
 <p><b>JUSTICIA PENAL BUGA</b></p>	<p><b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b></p>	
<p>Código: GSP-FT-45</p>	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

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

Magistrada Ponente:  
**MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO**

Radicado: 76520-6000-180-2009-80049-01/AC-099-15  
Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015)

Proyecto discutido y aprobado por Acta No. 93

**1. OBJETIVO.**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira, por medio de la cual condenó a WILBER MAURICIO HERNANDEZ POTES identificado con la cédula de ciudadanía No. 6'322.167 como autor responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1.-** Los hechos génesis de este proceso tuvieron ocurrencia en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón el 6 de abril de 2009 cuando Wilber Mauricio Hernández Potes acompañaba a su hermano Héctor Hernández Potes quien regresaba a Madrid España donde se hallaba residenciado; su equipaje fue escogido por las autoridades aeroportuarias para ser previamente requisado hallándose al interior de su maleta estupefacientes. Hasta ese sitio llegó el hoy procesado con un maletín negro para entregárselo a su hermano y al ser requisado le fue hallado al interior de sus paredes 405.5 gramos de cocaína, razón por la cual fue igualmente capturado.

2.2.- El 7 de abril de 2009 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Palmira –Valle, se legalizó su captura, se formuló imputación por la conducta anterior bajo la denominación jurídica de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y la señora Jueza se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, siendo apelada esta decisión por la Fiscalía delegada, recurso del cual posteriormente desistió por escrito presentado ante el Centro de Servicios de los Jueces Municipales.

2.3.- El 7 de mayo de 2009, se presentó el escrito de acusación y le correspondió el conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira que lo remitió mediante orden proferida el 5 de abril de 2010 al reparto de los otros juzgados por haberle sido asignada sólo la carga de procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2.000. Empero, la página siguiente registra es el envío por ese mismo despacho al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión, el 7 de abril de 2014. Dicho despacho lo devuelve el 8 de agosto de 2014 por cuanto tratándose de un asunto donde se encuentra pendiente adelantar el juicio oral, no está incluido dentro de las medidas que autorizan su competencia.

2.4.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira – Valle, adelanta la audiencia de Formulación de acusación el 5 de diciembre de 2014. La audiencia Preparatoria se celebró el 11 de febrero de 2015. La audiencia de juicio oral tuvo lugar los días 24 y 25 de febrero de 2015 y allí se practicaron las siguientes pruebas.

**Por la Fiscalía:**

- i. **Hermes Orlando Truque Narváez.-** Llevo 7 años y 8 meses vinculado a la policía nacional, he prestado mis servicios aquí en Palmira en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, ahí presté mis servicios desde el 2007 hasta el 2010. Como actividades al interior del aeropuerto me desempeñaba como policía de vigilancia y revisábamos los vuelos internacionales, nacionales en nuestras disponibilidades, nosotros revisábamos las maletas y los pasajeros que se trasladaban hacia distintas ciudades nacionales e internacionales. El 6 de abril del año 2009 recuerdo haber participado en capturas, para ese día terminé primer turno y prestaba mi disponibilidad en el vuelo Cali-Madrid internacional. Para ese día aproximadamente siendo las 14:45 horas **se capturó a un señor que recuerdo tenía el nombre como Héctor, de ahí cuando ya nos dio las señales**

**de la droga tuvimos todo eso, cuando estaba capturado entró un muchacho, aproximadamente de 20 a 25 años el cual llevaba un maletín como de mano, el señor se llamaba Wilber, no recuerdo los apellidos por el tiempo que ha pasado, el señor también fue capturado porque en la maleta que él manifestó llevar que era del hermano, Héctor antes mencionado, llevaba también la misma sustancia en el bolso de mano que manifestó en ese momento que era del hermano.** Héctor fue capturado dentro de las instalaciones del aeropuerto donde nosotros manejábamos un sistema de seguridad donde el jefe el comandante le daba a uno para revisar las maletas, el jefe era el que perfilaba las personas, nosotros revisábamos las maletas y cuando sacábamos todos los elementos nos asegurábamos con el guía canino con su respectivo perro, en ese momento fue capturado el señor Héctor pues manifestó que el señor Wilber que era hermano que fue el que antes ingresó que no estaba dentro de la seguridad, cuando nos dio positivo lo de la captura pues uno alerta a los compañeros, porque uno no sabe la reacción del señor que va a tomar entonces ahí en ese momento fue cuando el señor Wilber ingresó sin autorización al recinto de nosotros planteamos como seguridad entonces ahí fue cuando también se dio la captura del señor Wilber, él traspasó las barreras de seguridad para llegar donde el hermano, porque de igual forma a esas barreras solo entran las personas que se dirigen a viajar. La sustancia en la maleta se encontraba como lo que le llaman encauchetada, era como quien dice un doble fondo de la maleta. **La verdad es muy fácil ingresar a donde estaba Héctor porque simplemente se ponen unas varillas y una reja que por debajo pasarían normalmente, o sea no tiene un control, simplemente tiene el control de donde se entrevista la persona y hacia dónde se dirige hacia nosotros que somos los que revisamos las maletas. En el evento que Héctor no hubiera sido detectado con la droga Wilber habría podido pasarle la maleta sin haberse percatado, porque la verdad en ese filtro se requisan solamente las maletas de bodega porque las maletas de mano se le hace el registro en el transcurso del filtro internacional cuando son internacionales o nacional. Wilber pasó las barreras sin ningún tipo de prevención porque cuando viajan así personas a Madrid o a otros países la multitud de gente a despedir o a curiosear es bastante, es difícil controlar las personas porque como le digo es una cinta nada más que los separa de donde estamos nosotros a donde están las personas que no viajan.** Se elige a las personas para someter a requisa, se selecciona cuando van solas, cuando llegan tarde al vuelo, cuando se desesperan por viajar o cuando van simplemente nerviosas, uno nota los nervios y también selecciona uno las personas cuando van con su familia, qué trabajo, qué hace, entonces uno le da manejo porque necesariamente no se requisa el 100% del vuelo. Una vez se obtiene un positivo de una persona que lleva alguna sustancia en sus maletas y se captura en flagrancia, la primera actuación cuando uno ya está seguro que lleva una sustancia se le leen los derechos del capturado, se le hace la incautación y se lo dirige hacia el segundo piso donde queda la estación de policía a realizar las diligencias necesarias y a

dejarlo a disposición de autoridades competentes. En el caso de Wilber se llevaron a cabo todos los pasos, se hacen con cualquier capturado. Ese vuelo era internacional y es uno de los más complicados que hay, éramos aproximadamente 6 patrulleros 1 guía canino con su respectivo perro y el jefe del filtro que era el encargado de perfilar a cada persona. Cuando Wilber es sorprendido con la maleta recuerdo que él no fue agresivo ni mucho menos, él simplemente al vernos con el hermano Héctor, yo llamé a los compañeros porque vuelvo y le repito uno no sabe la reacción que va a tomar él, entonces **él entró y al violar la seguridad de nosotros necesariamente hay que registrarlo, entonces cuando nosotros lo registramos y nos dio positivo lo que llevaba la sustancia, él dijo que esa maleta era del hermano Héctor. No le preguntamos a Héctor si la maleta era o no era de él, porque en ese momento uno la verdad no cuenta con la constancia necesaria de que sí es el hermano o puede ser otra persona**, simplemente se le encuentra el producto y se lo lleva también a él, porque él es quien lo porta en ese momento independientemente que sea el hermano, él es quien lo lleva en su cuerpo en el bolso. Si a un pasajero que va a abordar un vuelo olvida una maleta fuera de la seguridad y quisiera que le entregaran esa maleta el procedimiento que se hace es digamos si la maleta es de mano no es necesario que pase, es decir, si él la va a enviar por bodega es necesario que él mismo vuelva por su maleta y haga el mismo procedimiento que hizo con las primeras maletas. Yo suscribí documentos de los pasos realizados cuando se aprehende a alguna persona en flagrancia, en ese entonces nosotros nos dedicábamos a hacer el informe de captura en flagrancia y los documentos como los derechos del capturado, el acta de incautación y el procedimiento normal. Así no aparezca mi firma yo sí participé en la captura del señor Wilber.

Fiscal solicitó poner de presente documentos para que los reconozca.

Aquí realmente estuve en el operativo del 6 de abril de 2009, este es el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, el acta de incautación y la lista que nosotros manejamos a cada uno de los pasajeros que son registrados en el filtro, yo aparezco suscribiendo el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia con fecha 6 de abril de 2009, reconozco este documento que se me ha puesto de presente por mi firma y la letra. En este tipo de documentos informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia se plasma todo el procedimiento que se hace, los derechos del capturado que se le hacen, el respeto de los derechos humanos del capturado y lo que pasó en el vuelo 014, las horas y todo lo relacionado en el informe. En este documento está plasmado lo que he manifestado sobre la captura de Wilber Mauricio Hernández Potes. Da lectura al informe, donde refiere que el señor Wilber Mauricio Hernández Potes llevaba un maletín, que le iba a entregar a su hermano, para el cual el canino dio señal activa de narcóticos y al revisarlo manualmente se encontró que las paredes del maletín tenían plaquetas encauchadas color blanco

que tenía un olor fuerte y penetrante características de la cocaína, y al hacer la prueba de narcotest dio positivo para cocaína. El segundo documento que se me ha puesto de presente es el acta de incautación, reconozco el documento porque es el que manejamos en nuestra institución cada que hay una incautación de alucinógeno, arma o cualquier delito que se cometa, no aparece aquí plasmada mi firma como quien lo realizó pero participé de la incautación. Da lectura a lo incautado a Wilber Mauricio Hernández Potes. El otro documento que se me pone de presente es una planilla que nosotros llevamos para un control de las personas que viajan y que son registradas en la cual va el nombre del patrullero que es responsable de la persona que registra, aquí no aparece el señor Wilber Mauricio Hernández Potes porque él en ningún momento iba a viajar, aquí aparece Héctor Augusto Hernández Potes aparece aquí porque es realizado por un funcionario de la policía, el pasajero era Héctor y no Wilber. Este listado de pasajeros lo suscribí yo, este se va elaborando cuando el comandante de nosotros pasa a la persona y para saber se le pide el pasaporte, la cédula de ciudadanía, ahí es donde uno ya mira con lo que les da la aerolínea para confirmar si ellos van a viajar, estas personas no han realizado ningún otro filtro para ingresar a la aeronave, ese es el primer proceso que se debe hacer, donde requisan las maletas para ya dirigirse a las ventanillas de la aerolínea para que les empaquen sus maletas. Al ciudadano Wilber se le leyeron sus derechos de capturado, nuestra institución maneja un formato de buen trato y derechos del capturado entonces a él se le leyeron esos derechos y se le explicaron.

Fiscalía solicitó poner de presente un documento.

Este documento se llama acta de derechos del capturado, donde se relaciona el nombre y apellidos del señor Wilber Mauricio Hernández Potes, cédula de ciudadanía, fecha y lugar de nacimiento, nombre de los padres, estado civil, ocupación, dirección y teléfono. La fecha y hora en las que fue aprehendido el ciudadano fue 6 de abril de 2009 a las 15:15 horas. Se le entera de los derechos en el momento que se verifica que es positivo lo que lleva en el bolso, se les dice el derecho a indicarle a una persona a quien deba comunicar su aprehensión, derecho a guardar silencio, que no está obligado a declarar contra sus consanguíneos, derecho a entrevistarse con un abogado de confianza. Este documento aparece suscrito por la persona a la cual se le entera de sus derechos, además está firmado por el Patrullero Arias Alzate Edgar Leandro, yo no suscribí este documento, pero estuve presente cuando se le leyeron los derechos.

**CONTRINTERROGATORIO.-** Sí estuve presente en el lugar de los hechos. En el momento que Wilber ingresa, necesariamente toda persona que ingresa allá con maleta se le hace el registro. En el registro de la maleta en el primer filtro que nosotros entramos no aparece el nombre del propietario de la maleta porque quien lo marca es la aerolínea no la Policía Nacional. No, nosotros como policía

registramos las maletas, quien marca con el nombre la maleta es la aerolínea. Hicimos el registro a esta maleta primero el señor Héctor es el que va a viajar, él entra se le hace una entrevista por el comandante de nosotros el encargado del puesto ahí, entonces se le pregunta a donde va, que hace a que se dedica, para donde viaja, cuanto lleva allá, si es primera vez o es residente de allá, se le anota en una planilla que nosotros manejamos y el policía que está en las mesas es el que lo requisa, ese vuelo se le sacan todas las pertenencias que llevan ahí y posteriormente las maletas van hacia el guía canino con el perro. La maleta que portaba Wilber Mauricio Hernández Potes no aparece registrada a nombre de Héctor Augusto Hernández Potes. **Cuando registramos la maleta además del narcótico que yo recuerde había la mayoría útiles de aseo y cosas personales. En el momento de preguntarle al señor Wilber la procedencia, porque era una persona que verificamos con la aerolínea que no viajaba y no tenía por qué estar dentro del sistema de seguridad que nosotros planteamos, él manifestó que las maletas eran del hermano. Al revisar lo que portaba dentro de la maleta se les preguntó a ambos hermanos a quién pertenecía la misma pero en ese momento el que portaba la maleta era Wilber.** Héctor Augusto Hernández en ese momento nosotros lo conducimos hasta las instalaciones policiales del segundo piso, él no manifestó nada. Yo no fui interrogado en las audiencias preliminares. No fui el encargado de verificar la lista de pasajeros del vuelo 014 de Avianca, vuelvo y le repito que siempre hay un comandante con nosotros que es el encargado de verificar antes de eso pedir la lista a la aeronave, quien viaja y es el que anota y perfila a las personas para su propio registro. En el registro de los pasajeros del vuelo de Avianca aparece mi firma, esa lista es simplemente un control que nosotros llevamos, no aparece nuestra firma sino que el mismo comandante nos traslada a la persona y nos anota ahí el nombre. No vi como pasajero al señor Wilber Mauricio Hernández Potes, en ningún momento aparecía en el check in, ni en la aerolínea. **Le reitero en esos vuelos va mucha gente solamente nosotros manejamos una cinta que es la que asciende desde donde estamos nosotros hacia donde están las personas, él (Wilber) pasó por debajo de la cinta hacia donde nosotros hacemos el propio registro, cuando pasó por debajo de la cinta no se le dijo nada de que no pudiera ingresar, la verdad en ese momento como uno está en el procedimiento es muy difícil controlar a muchas personas, él en un momento de descuido entró, desconozco por qué entró, porque él en ningún momento tenía que entrar pues no estaba chequeado para viajar. Cuando él entró y dijo que la maleta era del hermano Héctor Augusto Hernández Potes, nosotros necesariamente le hacemos un registro a él, pasamos la maleta hacia el perro y el señor Héctor ya era trasladado hacia las estaciones de la policía en el segundo piso del aeropuerto.** En ningún momento Wilber Mauricio Hernández se comunicó con su hermano en el momento de los hechos, ellos ya se comunicaron en la estación, por seguridad de nosotros y de las personas, por no saber la reacción del señor Héctor, entonces

es inmediatamente trasladado por su seguridad y la de nosotros hacia la estación. **Nosotros nunca le permitimos la entrada a Wilber Hernández Potes porque él nunca estaba chequeado para viajar, él entró por su propia voluntad.** Se le registró la maleta porque es un procedimiento que se hace con todos los viajeros, necesariamente cuando él viola la seguridad hay que hacerle el registro. Vuelvo y le confirmo nosotros hacemos un espacio donde es simplemente para nosotros, para nosotros registrar las personas que viajan en el vuelo, en ese momento el vuelo 014 Cali-Madrid, las personas que van de acompañantes como el señor Wilber pudo haber sido porque no aparecía en la lista de Avianca, son muchas las personas, entonces él no tenía por qué ingresar a ese lugar. Al pedir los documentos a Wilber Mauricio Hernández Potes y al verificar el registro de vuelos del aeropuerto no se encontró similitud en inmigración, él nos manifiesta es en las instalaciones de policía aeroportuaria. Con respecto a si se verificó que dentro de la maleta hubiera un documento que demostrara la propiedad del maletín de Héctor Augusto Hernández Potes, lo que pasa es que la aerolínea simplemente maneja el nombre y el número de cédula, las maletas de mano no deben pasar por ese registro necesariamente, ya que a las mismas se les hace el respectivo registro en el filtro internacional si los vuelos internacionales, o si son nacionales en el filtro nacional, la aerolínea no tiene conocimiento de familiares simplemente el pasajero, el que va, número de cédula, nombre y apellido, no tienen más datos. Se determinó que la maleta pertenecía a Wilber porque era quien la portaba. La distancia de donde están los familiares a donde se hace el registro más o menos unos 3 o 4 metros. En el primer check in que nosotros hacemos ahí no despiden al familiar, ahí simplemente ellos lo acompañan a mirar que embarque sus maletas en la aerolínea que es lo que toda persona hace, luego lo que le digo de los 60 a 100 metros es donde ellos despiden al familiar que cuando ya entran al filtro internacional, si el vuelo es internacional, hay una puerta de seguridad que a ese filtro solamente también entra el pasajero, no puede entrar ningún acompañante de ninguno. Wilber no pasó por la puerta de seguridad, por la puerta de seguridad entra con el pasaporte y tiquete de vuelo el pasajero, en ningún momento él ingresó ahí, solo ingresó hasta donde estábamos haciendo nosotros el check in que es la primera etapa del vuelo, ahí es donde se hace la seguridad de las maletas eso específicamente no tiene un nombre.

Fiscal solicitó se tuvieran como pruebas los documentos que ingresaron con el testimonio del patrullero, informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia como evidencia número 1, acta de derechos del capturado y constancia de buen trato como evidencia número 2, acta de incautación como evidencia número 3 y el informe de registro de pasajeros de vuelo internacional de la aerolínea Avianca vuelo 014 a Madrid como prueba número 4.

- ii. **Orlando Meneses Gil.**- Dactiloscopista funcionario del Inpec en el área de reseña de dactiloscopia de la penitenciaría de Palmira. Inicialmente fui detective del departamento administrativo de seguridad DAS, allá hice una especialización en el área de dactiloscopia y técnica en automotores. Como experiencia llevo 28

años desempeñándome como dactiloscopista activo primero en el DAS y después en el Inpec, en el cual llevo 19 años. Atendiendo al sistema implementado en Colombia yo utilizo el sistema dactiloscópico Henry americano. Para rendir un informe dactiloscópico con certeza cuando es positivo tiene que ser el 100% de cierto, solamente se rinde un informe no positivo cuando las crestas no dan suficiente claridad para una confrontación dactiloscópica. Reconoce el informe lofoscópico que rindiera y ratifica la plena identificación realizada de Wilber Mauricio Hernández Potes.

Continuación de juicio oral de 25 de febrero de 2015.

- iii. **José Manuel Martínez Sosa.**- Soy químico y laboro para la fiscalía general de nación cuerpo técnico de investigación. Mi cargo es técnico investigador grado 4 adscrito al grupo de química de la sección criminalística del cuerpo técnico de investigación de la fiscalía general de la nación. Llevo vinculado con la institución 18 años. Las actividades que desempeño son las de identificación de las sustancias químicas que son allegadas al laboratorio para la identificación plena de las mismas. A laboratorio estoy vinculado desde el 5 de febrero de 1997 en la ciudad de Cali. Los resultados que emitimos se plasman en un informe de investigador de laboratorio. Después de explicar la técnica en el caso concreto, concluyó: "La sustancia extraída es cocaína y lo que se pudo extraer fue una cantidad de 405,5 gramos.". Homologó la prueba preliminar de la perito que no pudo comparecer al juicio oral, diciendo: "De esta prueba preliminar se puede extractar que la sustancia fue identificada preliminarmente como cocaína y derivados, aplicando los reactivos, y se puede también extractar que la sustancia que ella embala y rotula para enviar al laboratorio posee un peso bruto de 880,5 gramos, también ella acá clarifica en el último folio que envía la totalidad de la sustancia para el laboratorio con el fin de obtener la identificación plena y el peso neto de la misma, o sea dentro del documento está especificando que no le es posible determinar el peso neto, por eso lo envía todo al laboratorio. La diferencia entre los gramos que se embalaron, si se observa el folio 2 del informe ella menciona el peso bruto 880,5 gramos, yo reporto en el numeral 3 de mi informe un peso de 772,9 pero ese como yo recibo la sustancia, el material textil que presenta unos estampados está forrado con un plástico blanco, o retiro ese plástico blanco y reporto el peso neto solo de la sustancia que está impregnada, entonces la diferencia entre lo que ella reporta, entre los 880 y los 772 que yo estoy reportando en mi informe corresponde al plástico blanco que estaba recubriendo el material textil que tenía la sustancia impregnada."

Solicitó la Fiscalía se tenga como prueba la prueba preliminar PIPH que finalmente se integró con el anterior perito, e igualmente se tenga como prueba el informe definitivo de investigador de laboratorio.



**Por la Defensa.-**

- i. **Martha Lucía Hernández Potes.-** Estoy citada aquí por algo con mi hermano Wilber Mauricio Hernández, tengo entendido que como nosotros estábamos viviendo en ese entonces en La Emilia y entonces pues nosotros nos hemos cambiado de domicilio pero igual pues como el caso en que a él lo están juzgando aquí eso ya estaba concluido y él pues nada tenía que ver en este caso y pues nos resultó cambio de domicilio, nos salimos y según eso le han llegado otros documentos en donde lo están buscando pero no es porque él de pronto este escondido o huyendo sino que simplemente no se dio la nueva dirección de la casa donde él está, entonces por eso ahorita venimos nosotros aquí a declarar. Él se está acusando de estupefacientes. Los hechos por los que he sido citada pues en este momento debe ser por una declaración que yo di en el año 2009, 16 de abril del 2009, me tomaron una declaración de **mi hermano Wilber Mauricio que lo habían cogido como con una maleta con drogas pero esa maleta no era de mi hermano Wilber Mauricio Hernández, esa maleta era de mi hermano Héctor Augusto Hernández, que esa maleta la llevaba mi hermano en calidad de ayudando porque él iba a viajar y mi hermano no tenía nada de conocimiento qué llevaba mi otro hermano en esa maleta.** Rendí esa entrevista ante la fiscalía 149, me preguntaron si nosotros teníamos conocimiento que mi hermano Wilber Mauricio era vicioso, consumía o traficaba con droga, mi hermano es un muchacho muy de su casa, él es comerciante, en ese entonces trabajaba con Ramo y él en este momento es el que está con mi mamá, no es porque sea mi hermano pero es un buen muchacho, no fuma, no toma, y nosotros el caso de mi hermano Héctor Augusto nos sorprendió mucho, no sé qué le pasó a él porque él tampoco tenía eso como de traficar con droga y mi hermano Wilber Mauricio ni cigarrillo fuma, entonces él estaba inocente de eso como lo declaró mi hermano en una declaración que él nos dejó, él nos dejó constancia de esa declaración, en donde él se allanó a toda culpa y demuestra que mi hermano es inocente y si me permiten se las puedo leer, aquí tengo la declaración que mi hermano me dejó. No se le permitió dar lectura. Wilber Mauricio vive con mi madre que él es quien ve por ella, porque ellos dos solos viven en una casa, es más mi mamá en este momento se encuentra incapacitada porque sufrió un accidente en una mano entonces a mi hermano en el tiempo libre le toca colaborarle en los aseos domésticos y él es quien ve por ella porque nosotros somos varios hermanos pero cada uno tenemos obligaciones y el único que está solo es él porque no tiene ni esposa ni hijos, vive con ella. Wilber no pretendía viajar a España, él hasta ahora nunca ha pretendido viajar ni ha tenido para salir del país no. Wilber no tiene visa ni pasaporte; estuve viviendo en la casa con mi mamá cuando vivíamos en la Emilia estuve con ella un año, cuando paso el suceso estaba yo con ellos. No vi comportamiento extraño a Wilber Mauricio durante el año que habitamos en la casa de mi mamá, ese muchacho es muy sano, muy serio, en este momento asiste a una iglesia, él es líder de esa iglesia y

es predicador allí, es un muchacho de muy buenos antecedentes, nunca ha tenido un antecedente penal, es predicador en la iglesia Pentecostés Sexta de Palmira allí en la Perseverancia. **Para el día de los hechos Wilber fue para el aeropuerto porque ese día viajaba mi hermano Héctor Augusto Hernández que salía a las 16:20 para Madrid España, y en ese momento pedimos prestado un carro con mi primo Luis Gonzaga Potes y se le pidió el favor a mi hermano Mauricio Hernández que llevara a mi hermano Héctor Augusto Hernández, él andaba en pantaloneta, prácticamente en chanclas y fue a llevar a mi hermano Héctor Augusto por hacerle el favor, Wilber Mauricio andaba deportivamente porque como él trabajaba en Ramo entonces él fue a llevar a mi hermano Héctor Augusto Hernández al aeropuerto, andaba con su novia. Wilber no salió de la casa con maletas, salió con las maletas de mi hermano y creo que llegando al aeropuerto porque nosotros no fuimos, fueron ellos no más, mi hermano le dijo que le ayudara con la maleta, pero como él estaba inocente, no sabía nada qué llevaba mi hermano él se la colocó en el hombro y ahí fue cuando ya lo llamaron que pasara el pasaporte mi hermano se acercó a pasar el pasaporte y ahí fue cuando lo detuvieron a él. Estos hechos me los comentó mi hermano Wilber Mauricio ya después de que salió nos contó cómo había pasado todo.** Después de la captura de Héctor Augusto él nos llamó y nos pidió perdón porque él había involucrado a mi hermano Wilber Mauricio, nos pidió perdón a todos que porque él no sabe que le había pasado porque en verdad, es más nosotros no sabemos qué le pasó, nos sentimos muy ofendidos con él porque pues como nos iba a hacer esto aquí de dejarnos con este problema con mi hermano que es un muchacho sano de su casa y él venía era a hacer esto sin nosotros saber, porque ninguno teníamos conocimiento que mi hermano nos iba a hacer esto, que iba a salir con drogas del país, ninguno sabíamos que él iba a salir con drogas del país, es más él llevaba 8 años por allá en España y en esos 8 años había hecho 3 viajes, y en ese último que él hizo que era el tercero fue que él hizo eso. Mi hermano Héctor Augusto es diabético. Con respecto a alguna notificación para asistir aquí, esta mañana me llamó mi hermano y me dijo, Martha que para que se presente al Palacio de Justicia y yo le pregunté por qué, él me dijo, hay una audiencia y yo bueno pues hay que ir, no debemos nada, entonces vamos. Cambiamos de residencia, en este momento yo vivo en el Sembrador y mi mamá y Wilber Mauricio viven en la Perseverancia. **Cuando capturaron a Héctor a él lo detuvieron y le dieron la casa por cárcel y le permitieron trabajar, un día salió a trabajar y de ahí no volvimos a saber nada de él.**

**CONTRainterrogatorio.-** La primera dirección donde vivíamos en Palmira era la Calle 39 No. 36-15 la Emilia, allí vivamos mi mamá, mi hermano Wilber Mauricio, mi nieta y yo. La droga era de mi hermano Héctor Augusto, la verdad dijo mi hermano, nos cogieron con estupefacientes, no sé qué es esa porque pues no la conozco, no la vi. **Esa droga le pertenecía a Hector Augusto lo sé porque la maleta que cogieron era de mi hermano Héctor Augusto, yo vi las**

**maletas con las que él pretendía viajar, nosotros la despachamos, nosotros la empacamos. Eso fue hace mucho tiempo recuerdo que era una maleta de mano negra pequeña.** Mis hermanas que son las que viajan entonces ellas son más prácticas para empacar maletas ellas le ayudaron a empacar, la verdad yo no. Yo no observé la droga en las maletas de mi hermano, supe que iba droga porque dijeron pero no la vi. Durante el tiempo que estuvo Héctor aquí él dormía y estuvo con nosotros en ese tiempo en la Calle 39 No. 36-15, allí también vivía Wilber. Yo no fui al aeropuerto, yo estaba en mi casa cuando sonó el teléfono una llamada y contestó mi hermana y entonces me dijo ve Martha que llamó Mauricio que lo detuvieron. **Yo no vi cuando detuvieron a Mauricio ni a Héctor, yo no estaba en el aeropuerto, yo estaba en mi casa, a mí no me consta nada de eso.** Después de que la policía incautó las maletas no las volvimos a ver. Mi hermano Mauricio me dijo que le habían incautado que una maleta de mano, pues la que él llevaba al hombro, la cogieron porque a él le pidieron el pasaporte de mi hermano y mi hermano lo llamó y él se fue allá. Eso lo sé porque me contó mi hermano, no soy testigo de las capturas.

- ii. **Wilber Mauricio Hernández Potes.-** Soy comerciante, mi residencia es en la carrera 24 No. 12-04 barrio la Perseverancia de aquí de Palmira. Estoy aquí porque a mí un vecino me manifestó que la defensoría del pueblo me andaba buscando entonces por ende o llamé a averiguar por qué me andaban buscando, ahí fue que me dieron el nombre de la doctora Nathaly Rojas, yo llamé para poderme colocar al tanto de todo porque yo residía en la Calle 39 No. 36-15 y ahí fue donde por la misericordia y la gracia de Dios, Dios me dio una casa la cual estoy pagando y **por eso me trasladé a esa vivienda, entonces por eso vine aquí porque como lo dije y como lo juré nada debo y por estoy aquí dando la cara. No tengo visa ni pasaporte, no he viajado nunca fuera del país.** En estos momentos yo vivo con mi señora madre la cual yo trabajo vendiendo faldas cristianas y por ende pago las cuotas de la casa y la alimentación y servicios. Mi hermano Héctor vino a visitarnos y él iba a viajar. Yo no le colaboré haciendo las maletas a mi hermano porque yo trabajaba en una empresa Ramo y entraba muy por la mañana para visitar los supermercados de cadena, y yo llegué en las horas de la tarde me cambié y estaba con mi novia y a mí me pidieron el favor que si lo podía llevar al aeropuerto y un familiar me prestó el carro y le hice el favor de llevarlo al aeropuerto pero no tenía conocimiento. Mi hermano nunca me comunicó qué pretendía llevar en la maleta, él no me manifestó ni me di cuenta y si él me hubiera dicho en el nombre de Jesús le digo que no, porque nosotros somos pobres pero humildes, gracias a Dios he trabajado con esfuerzo y así como trabajé con esfuerzo aquí están los resultados de mi casa y por ende el empleo que yo tengo que es de vender mercancía. El 6 de abril de 2009 fui al aeropuerto a hacerle un favor a él de llevarlo para que él viajara a España cuando yo entré al aeropuerto a él le estaban chequeando las maletas y un policía de ahí me llamó porque le sugirió a él del pasaporte, ahí es cuando él me llama entonces yo prosigo y le pregunto al agente, puedo pasar, y él me dice si venga que él tiene

ahí un pasaporte cuando yo entrego el maletín pequeño que él me pasa el morral, cuando él saca el pasaporte, esa maleta tenía ese contenido, ahí es cuando el policía me dice a mí que me retire porque yo estaba en pantaloneta y chanclas, hasta me dio pena ese día en la forma que yo estaba, porque yo no estaba vestido adecuado sino en un buso, una pantaloneta y unas chanclas, por hacer un favor. Yo no pretendía violar la seguridad del aeropuerto, resulta y acontece que cuando yo llego con el carro él baja las maletas grandes y la maleta de mano está en la parte de adelante, él lleva las dos maletas hacia adentro y yo me quedo estacionando el carro, cuando yo estaciono el carro yo me vengo con la maleta de mano, yo entro a buscarlo en las filas entonces el policía me pregunta usted va a viajar yo le dije no, entonces él me dijo espere aquí un momento entonces yo me quedé ahí, cuando él ya entra hasta allá y empiezan a requisarle las maletas ya para entrar como donde uno entrega los documentos ahí es cuando a mí me llama él y la policía le tiene las maletas y le dice vea usted tiene droga aquí donde está su pasaporte y su ticket de viaje, entonces el me llama y dice lo tiene mi hermano en el maletín pequeño, yo lo tenía aquí colgado, yo prosigo a entrar y a entregarle a él el maletín ahí es cuando la policía me dice bien pueda siga, yo entro hasta allá por orden de la policía y de un señor de Avianca que había ahí, porque él le pregunta, él puede pasar y le dice sí porque hasta un familiar puede entregar un documento o algo, entonces yo prosigo, le entrego las cosas a mi hermano, ahí es cuando ellos miran la maleta que yo llevaba que también tenía el contenido de la droga, pero en ningún momento lo violé porque si yo hubiera sabido, se lo digo delante de Dios, yo hubiera sabido que ese maletín tenía eso o alguna cosa en el nombre de Jesús se lo digo yo a él no lo llevo, no lo llevo. Yo le dije a la policía que la maleta era de mi hermano, porque él dice él es mi hermano entonces el policía le dice déjelo seguir a uno de Avianca porque ahí es donde está mi pasaporte y mi tiquete ahí es donde yo entro y ellos revisan y verifican el contenido de la maleta. Sí ellos pidieron autorización para requisar la maleta, yo le dije que sí claro, yo no me opuse, yo le dije sí claro porque eso no era mío, él me dijo usted vino con él y yo le dije sí yo vine a traerlo y yo estaba allá parado mientras ustedes le revisaban las maletas, porque ustedes me llamaron porque ahí estaba el pasaporte, el pasaporte estaba en un maletín en un bolsillito pequeño ahí estaba el pasaporte y el tiquete de viaje. Después de los hechos mi hermano nos pidió perdón, él fue a la fiscalía un 27 de enero y manifestó que yo no tenía nada que ver, él dijo perdóneme hermano yo no quería hacer esto, yo lo involucré en esto por hacerme un favor de llevarme al aeropuerto y siempre aclaró yo hasta tengo una copia que el dejó donde él decía que yo no tenía nada que ver con esto, por eso fue que como a mí nunca me notificaron en la casa donde yo vivía, a mí nunca me llegó un documento o algo, por eso me trasladé a la casa donde vivo ahora en el barrio la Perseverancia hasta ahora. Mi hermano ya fue condenado por estos hechos, cuando él fue a dar la indagatoria a la fiscalía, él nos da una copia y nos pide perdón por lo que hizo y ahí es cuando él le dice al fiscal que él se echa todos los cargos y que yo estoy absuelto de todo porque yo ni sabía qué contenido tenían las maletas, yo me madrugué a trabajar

cuando yo llegué fue que me encontré con la sorpresa que lo llevara al aeropuerto, hasta cansado lo llevé, pueden mirar el video del aeropuerto que yo estoy en pantaloneta y en chanclas. No tengo más que decir como le digo hasta el momento que viví en la Calle 39 No. 36-15 nunca me llegó una notificación y como él me dijo que ya yo había quedado libre de esto, por eso yo empecé a trabajar para ahorrar para el ahorro programado para mi casa y gracias a Dios la tengo ahora y la estoy pagando durante 15 años que aquí traje las escrituras y los recibos que he pagado de mi casa.

**CONTRINTERROGATORIO.-** El día que aprehendieron a mi hermano yo me quedé cuadrando el carro mientras él ingresaba al aeropuerto. Entre el momento que parqueé el carro y entré al aeropuerto no recuerdo cuanto tiempo transcurrió, no recuerdo el tiempo exacto la verdad. Cuando yo entro ya con la maleta no lo observo a él, yo estoy así cuando a mí me llamó la policía, no vi a Héctor, cuando Héctor me llamó ya sí lo vi, yo estaba a una distancia de 8 metros más o menos, mi hermano no gritó que le pasara la maleta, él le dijo a un agente que estaba con él que el que estaba allá, el que tenía con la maleta, entonces el agente me llamó, yo no escuché cuando él le dijo eso al policía, es que es cuando el agente le pregunta a él por el pasaporte, yo no escuché esa conversación, sé que le estaban exigiendo el pasaporte, porque cuando a él lo cogen con las maletas le preguntan por el pasaporte y por el tiquete entonces él le dice no lo tengo aquí lo tiene mi hermano en la maleta de mano que es el que está allá parado, sé eso porque cuando yo llegué, el agente me dice, es que él me dice que ahí, en el maletín está el pasaporte, le pide permiso a uno de Avianca y le dice, déjemelo entrar a él que ahí en el maletín de él está el pasaporte, cuando yo me quito el maletín ahí es cuando el policía lo verifica y tiene contenido de droga y saca el pasaporte y lo verifica con el vuelo de ese día. Cuando paso el maletín el hermano mío estaba ahí con unas maletas abiertas al lado de una valla que dice Avianca, estaba con la policía y con dos perros. **Con respecto a los dichos de la policía sobre que entré violando la seguridad a donde estaba mi hermano, con todo respeto es mentira de la policía y delante de Dios se lo digo porque cuando el policía me llama y entrego el maletín y ellos sacan el pasaporte y verifican el vuelo con un muchacho de Avianca,** resulta y acontece que el mismo policía me dice, su hermano está detenido, no yo, y le doy gloria a Dios porque él me dio la oportunidad, él me dijo, puede llamar a su casa a manifestar lo que está pasando, ahí es cuando yo llamo a mi casa y les cuento lo que pasó, ahí mismo dentro del counter de Avianca me dejó llamar. Yo no había visto a esos policías antes, no tenía ningún tipo de enemistad con ellos, para nada. Cuando fui a llevar a mi hermano, solo íbamos nosotros dos, yo llamé a avisar a mi familia porque lo que pasó fue algo maluco, cuando yo fui a llevar a mi hermano no íbamos con nadie más en el carro solo los dos. Mi hermano llevaba dos maletas y una de mano, las maletas de viajar eran grandes, por eso le digo que él las entró él mismo con la mano mientras yo corría el carro hacia una bajadita y ahí es cuando vengo yo con el maletín de mano porque él lo había dejado adelante. No

hice entrega de la maleta a mi hermano en ningún momento. No se la entregué porque como le digo él había entrado con las dos primero allá al coso donde están los viajeros, yo me fui en el carro a ponerlo, no en el parqueadero, sino a ponerlo en una hilerita, ahí lo dejé donde habían otros carros, y cuando yo me fui a bajar la maleta de él la pequeña de mano estaba adelante entonces yo la cogí y me vine despacio porque yo andaba en unas fachas que la verdad como estar en la casa estaba yo vestido, entonces cuando yo entro lo hago con el maletín así mirando, cuando miro así, él está hablando con un policía que lo tiene con unas cositas así como encerradas así en unas cosas de Avianca y unos cordones y hay un caminito, entonces él le dice al policía y el policía me señala y me hace así, pero el policía antes de yo entrar ahí le dice al muchacho que está ahí de Avianca le dice que por favor me deje seguir, él dice que siga, yo paso porque yo no sé qué llevaba la maleta en sí, cuando yo le paso la maleta a él, aquí habían dos maletas abiertas con dos perros y cogen la maleta abre el maletín y él saca el pasaporte cuando verifican esa maleta también, ahí es cuando él me dice, usted sabía que su hermano portaba droga porque si yo hubiera sabido yo boto esa maleta o le digo a él desde un principio que no haga eso, hay muchas formas de ganarnos la vida, de trabajar y esforzarnos, por eso le digo doctor. Mi amistad con mi hermano previo al incidente no era muy de hermandad, como con mis hermanas que sí hay una afecto más, con él no. Mi hermano no vivía con nosotros, vivía mi hermana, mi mamá y una de mis sobrinitas, él vivía en España cuando él vino que pasó eso él se quedó en la casa sí, estuvo como 20 días en la casa, mi relación con él en esos días yo entraba a las 5 de la mañana llegaba a 2 o 3 de la tarde de andar en bicicleta de visitar todos los supermercados porque yo trabajaba en Ramo, de ahí me iba para la iglesia y de ahí me iba a visitar a mi novia entonces yo mantenía muy distante. En el momento en que me cogen la maleta y encuentran al interior de ella una sustancia en ese momento mi hermano le dice a los policías que la maleta no es mía que es de él, él dice, él no tiene la culpa, él no tiene nada que ver en esto, esto es mío y yo estoy poniendo la cara y yo respondo, él no tiene nada que ver, él solamente vino a hacerme un favor, yo escuché cuando le dijo a los policías, entonces los policías me dicen a mí, hágase a un lado y yo le dije puedo hacer una llamada y me dijo sí haga la llamada, entonces yo hice la llamada y les dije vénganse que paso algo maluco aquí en el aeropuerto y le pedí el favor a un primo que me había prestado en carro que los recogiera. El vuelo de mi hermano salía a las 3 y pico que yo lo llevé, a las 3:15 estábamos en el aeropuerto porque yo salí de trabajar y me cambie y ahí mismo que lo llevara, no tengo presente la hora de salida del vuelo creo que por la tarde.

**2.5.-** El 26 de febrero de 2015 se continuó con los alegatos de conclusión. La Fiscalía solicitó condena por el delito enrostrado con fundamento en la flagrancia y la Defensa solicitó la absolución, alegando el desconocimiento y la buena fe del acusado al instante de llevar consigo el maletín donde llevaba el estupefaciente pues se dirigía a

entregarlo a su hermano a quien le habían encontrado otra cantidad en sus maletas y era quien viajaba para España, siendo éste su acompañante al aeropuerto, quien lo llevó guiado por la buena fe, la cual no fue desvirtuada por la Fiscalía. Se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio. Luego de un receso de 15 minutos, se llevó a cabo audiencia de individualización de pena y sentencia.

**2.6.-** El mismo 26 de febrero de 2.015 se da lectura a la sentencia condenatoria por el delito contra la salud pública y se conmina a una pena de 96 meses de prisión, se le niega el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Se ordena la captura, la cual se aplaza para la ejecutoria de la sentencia. Se interpone por la Defensa el recurso de apelación.

### **3. DECISION IMPUGNADA**

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira, sustenta la sentencia condenatoria en la flagrancia en la que fue capturado Wilber Mauricio Hernández al llevar consigo el maletín donde fue hallado por las autoridades de policía del Aeropuerto Bonilla Aragón el estupefaciente consistente en 405.5 gramos de cocaína, sin encontrar prueba, elemento material probatorio o evidencia física que desvirtúe la responsabilidad penal de este acusado. Desestima la prueba de la Defensa porque su hermana no fue testigo presencial de la incautación y de la captura. La única prueba que habría podido demostrar los descargos del acusado sería en su criterio el testimonio de su hermano Héctor Augusto Hernández Potes quien fuera capturado ese mismo día y de quien se dice le pertenecía igualmente el maletín que llevaba Wilber Mauricio, pero no compareció al juicio oral. El conocimiento de parte del acusado de la materialidad del ilícito que ejecutaba, lo funda en el hecho de haber llevado consigo el maletín, circunstancia que dio lugar a su captura en estado de flagrancia. Por consiguiente, encuentra la certeza exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para dictar en su contra sentencia condenatoria.

#### 4. EI RECURSO

La Defensa del sentenciado, se opone a la condena proferida por cuanto afirma que el A-quo desconoció las pruebas practicadas en el juicio oral, tanto las de defensa como las propias de la Fiscalía pues se sirve del único testimonio de cargo, del agente Hermes Orlando Truque para destacar antecedentes que confirman las explicaciones del acusado, además de hallarse comprobada la captura de Héctor Augusto Hernández Potes, hermano del vinculado, a quien le hallaron estupefacientes en su maleta, siendo el único quien iba a viajar a Madrid España; por tanto, en efecto su prohijado lo acompañaba ese día hasta el aeropuerto colaborándole con la carga del maletín donde fueron encontrados los 405.5 gramos de cocaína escondidos en las paredes del mismo.

El análisis de la prueba realizado por la togada culmina en la duda acerca de la responsabilidad del procesado, por tanto solicita la revocatoria de la condena y en su lugar la absolución por atipicidad y por carencia de elementos subjetivos de culpabilidad.

#### 5. CONSIDERACIONES

##### 5.1.- Competencia.-

Le asiste a esta sección de la Sala Penal del Tribunal Superior por tratarse de la decisión del recurso vertical interpuesto contra sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito de Palmira, adscrito a este Distrito Judicial, de conformidad con la regla de competencia dispuesta en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 que gobierna la ritualidad de este asunto.



## 5.2.- Problema jurídico.-

Le corresponde a esta colegiatura establecer si de las pruebas recaudadas en el juicio oral, se reúne el requisito del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 como es la certeza de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal o por el contrario se demuestra una causal de ausencia de responsabilidad o hay duda insuperable que dé lugar a revocar la sentencia y absolver al procesado.

## 5.3.- Del análisis de la responsabilidad penal de WILBER MAURICIO HERNANDEZ POTES.-

De las pruebas practicadas en el juicio oral, se tienen por probadas las siguientes circunstancias fácticas:

- a) El 6 de abril de 2009, la policía nacional que labora en el aeropuerto Bonilla Aragón, después de realizar el chekin de su pasaje Cali – Madrid España el señor Héctor Augusto Hernández Potes, escogió su equipaje para realizarle una revisión en un espacio improvisado del aeropuerto que se limita con cintas; en sus maletas le fue encontrada droga estupefaciente.
- b) Estando ahí, llegó su hermano Wilber Mauricio Hernández Potes según le dijo a los gendarmes con el propósito de entregarle al viajero el maletín de mano, el cual fue igualmente requisado, hallando en el mismo 405.5 gramos netos de cocaína. Ambos episodios son comprobados a través de la declaración del agente de la policía Hermes Orlando Truque y de la prueba preliminar y de laboratorio que se ingresara a través del perito químico José Manuel Martínez Sosa. Del primero, se destacan los siguientes apartes de su versión:

*“Para ese día aproximadamente siendo las 14:45 horas se capturó a un señor que recuerdo tenía el nombre como Héctor, de ahí cuando ya nos dio las señales de la droga tuvimos todo eso, cuando estaba capturado entró un muchacho, aproximadamente de 20 a 25 años el cual llevaba un maletín como de mano, el señor se llamaba Wilber, no recuerdo los apellidos por el tiempo que ha pasado,*

**el señor también fue capturado porque en la maleta que él manifestó llevar que era del hermano, Héctor antes mencionado, llevaba también la misma sustancia en el bolso de mano que manifestó en ese momento que era del hermano.”**

**“La verdad es muy fácil ingresar a donde estaba Héctor porque simplemente se ponen unas varillas y una reja que por debajo pasarían normalmente, o sea no tiene un control, simplemente tiene el control de donde se entrevista la persona y hacia dónde se dirige hacia nosotros que somos los que revisamos las maletas. En el evento que Héctor no hubiera sido detectado con la droga Wilber habría podido pasarle la maleta sin haberse percatado, porque la verdad en ese filtro se requisan solamente las maletas de bodega porque las maletas de mano se le hace el registro en el transcurso del filtro internacional cuando son internacionales o nacional. Wilber pasó las barreras sin ningún tipo de prevención porque cuando viajan así personas a Madrid o a otros países la multitud de gente a despedir o a curiosear es bastante, es difícil controlar las personas porque como le digo es una cinta nada más que los separa de donde estamos nosotros a donde están las personas que no viajan.**

**“Cuando Wilber es sorprendido con la maleta recuerdo que él no fue agresivo ni mucho menos, él simplemente al vernos con el hermano Héctor, yo llamé a los compañeros porque vuelvo y le repito uno no sabe la reacción que va a tomar él, entonces él entró y al violar la seguridad de nosotros necesariamente hay que registrarlo, entonces cuando nosotros lo registramos y nos dio positivo lo que llevaba la sustancia, él dijo que esa maleta era del hermano Héctor. No le preguntamos a Héctor si la maleta era o no era de él, porque en ese momento uno la verdad no cuenta con la constancia necesaria de que sí es el hermano o puede ser otra persona, simplemente se le encuentra el producto y se lo lleva también a él, porque él es quien lo porta en ese momento independientemente que sea el hermano,…”**

**“Cuando registramos la maleta además del narcótico que yo recuerde había la mayoría útiles de aseo y cosas personales. En el momento de preguntarle al señor Wilber la procedencia, porque era una persona que verificamos con la aerolínea que no viajaba y no tenía por qué estar dentro del sistema de seguridad que nosotros planteamos, él manifestó que las maletas eran del hermano. Al revisar lo que portaba dentro de la maleta se les preguntó a ambos hermanos a quién pertenecía la misma pero en ese momento el que portaba la maleta era Wilber.**

**“Le reitero en esos vuelos va mucha gente solamente nosotros manejamos una cinta que es la que asciende desde donde estamos nosotros hacia donde están las personas, él (Wilber) pasó por debajo de la cinta hacia donde nosotros hacemos el propio registro, cuando pasó por debajo de la cinta no se le dijo nada de que no pudiera ingresar, la verdad en ese momento como uno está en el procedimiento es muy difícil controlar a muchas personas, él en un momento de descuido entró, desconozco por qué entró, porque él en ningún momento**

*tenía que entrar pues no estaba chequeado para viajar. Cuando él entró y dijo que la maleta era del hermano Héctor Augusto Hernández Potes, nosotros necesariamente le hacemos un registro a él, pasamos la maleta hacia el perro y el señor Héctor ya era trasladado hacia las estaciones de la policía en el segundo piso del aeropuerto.”*

*“Nosotros nunca le permitimos la entrada a Wilber Hernández Potes porque él nunca estaba chequeado para viajar, él entró por su propia voluntad.”*

- c) En el juicio oral, el procesado Wilber Mauricio Hernández Potes renunció a su derecho a guardar silencio y dijo que ese día llevó en su carro a su hermano hasta el aeropuerto y mientras aquél se bajó con las maletas grandes, él fue a estacionar el rodante y le bajó el maletín de mano, cuyo contenido solapado en las paredes del artefacto, desconocía por completo, al punto que se acercó donde las autoridades para hacerle entrega pero le fue requisado y frente al hallazgo también se le capturó junto con su hermano. Pese a que discute haber pasado la línea de seguridad porque su hermano requería del pasaporte que se hallaba en el maletín, en lo esencial, no se aparta de las manifestaciones del gendarme.

La aprehensión en flagrancia, sin duda alguna da cuenta de la materialidad del delito consagrado en el artículo 376 del Código Penal, que reúne el primer presupuesto de la Tipicidad como es el objetivo, pues el señor Wilber Mauricio Hernández Potes fue sorprendido llevando consigo 405.5 gramos netos de cocaína al interior de las paredes del maletín que se encontraba en sus manos al momento del hallazgo.

Al ser escuchado en declaración en el juicio oral, de manera voluntaria presentó una “confesión calificada” del ilícito pues aceptó haber sido sorprendido ejecutando la materialidad del delito pero seguidamente adujo un “**error de tipo**” que excluye el “**dolo**” exigido para este ilícito en el tipo subjetivo, consistente en el conocimiento y la voluntad de ejecutar la acción o la omisión descrita en el tipo penal, de tal forma que al rendir sus explicaciones, aseguró que desconocía el contenido subrepticio e ilícito de ese maletín. De ser así, le asistía un “error invencible acerca la falta de concurrencia

en su conducta, de un hecho constitutivo de la descripción típica” como era el llevar consigo, droga estupefaciente, cuando cargaba ese maletín de mano.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia en relación con este causal de ausencia de responsabilidad que elimina la tipicidad en el actual esquema del delito, lo siguiente:

*“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.*

*De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.*

*Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.*

*El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.*

*En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.*

La línea jurisprudencial sobre el **error de tipo**, se puede condensar, entre otras decisiones, en los siguientes proveídos: en radicado **33.492** de 14 de diciembre de 2010, se dijo:

*De una parte, el error de tipo contemplado en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal se configura cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los*

elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa.

Así mismo, en el expediente **34.718** de 29 de septiembre de 2010, se afirmó:

Es sabido que en el error de tipo el sujeto activo de la conducta que prohíbe la norma, actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

En el consecutivo **35.062**, indicó esta Colegiatura:

La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida.

Igualmente en el radicado **36.294** de 25 de enero de 2012, se expresó:

El error de tipo se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado 'error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación'. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. De ello se desprende que el error invencible, entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar<sup>1</sup>.

Por otro lado, en el proceso **17.701** de 3 de diciembre de 2002, se expuso:

*Para la época del fallo de primera instancia regía el código penal de 1980, el cual contemplaba el dolo como una de las formas de la*

<sup>1</sup> Sentencia del 11 de marzo de 2009, radicación No 25.355, entre otros.

*culpabilidad (artículo 35), y como causal excluyente de la misma el error sobre el tipo (artículo 40-4).*

*Este tipo de error, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000 como causal de ausencia de responsabilidad, encuentra configuración, como lo tiene dicho la Sala (Cfr. sentencia 14 de marzo de 2002, Rad. 14254), cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o inoencible.*

Con todo, la persona que dirige su actuar por el curso punitivo, integra en su conciencia dos componentes: **uno**, **cognitivo** referido a la adhesión y acoplamiento –entre ella y el delito-, en tanto, el sujeto activo se ajusta al precepto, lo hace suyo e incondicional a él y, bajo tal entendimiento, no le importa vulnerarlo y le son indiferentes las consecuencias allí exhibidas, por tanto, sabe de antemano que la conducta está prohibida por el legislador, de cara a los elementos descriptivos y normativos condensados en el tipo; **dos**, el factor **volitivo**, implica un querer directo de ejecutar, consumir, realizar o perpetrar el comportamiento elevado a ilícito por mandato legal.” (Sentencia del 4 de julio de 2012, radicado 38.254).

Desde el punto de vista probatorio, dicha confesión calificada para su acogimiento demanda dos (2) presupuestos: (i) que sea verosímil y (ii) que al confrontarse con la prueba obrante en el plenario no sea desvirtuada.

El primer requisito, como lo es la verosimilitud por si sola, se cumple en el caso concreto pues no resulta exótica ni increíble frente a la experiencia, que un hermano

acompañe al otro al aeropuerto y le ayude sosteniendo su maletín de mano mientras aquél realiza el registro en la aerolínea y el trámite de la entrega de las maletas, máxime si se trata del consanguíneo que vive en el exterior y regresa a ese determinado país después de una visita al territorio patrio. Debe tenerse en cuenta que Héctor Augusto Hernández Potes, tenía sus manos ocupadas con dos maletas que constituían el equipaje para guardar en la bodega del avión y su hermano fue el único acompañante, por consiguiente bien pudo haberse ofrecido a cargarle el maletín de mano, mientras aquél terminaba esa gestión, sin asistirle conocimiento ni unidad de designio alguno respecto de la acción objetivamente típica.

Ahora bien, al confrontarse esta confesión calificada con la prueba testimonial aportada por la Fiscalía, el señor Wilber Mauricio Hernández Potes no tenía la condición de viajero; tampoco fue encontrado deambulando por el aeropuerto con dicha valija; tal condición fáctica tiene relación, conexidad con la presencia demostrada en ese sitio, de su hermano Héctor Augusto quien pretendía regresar a Madrid – España- y había sido momentos antes de ingresar su consanguíneo al área donde éste se hallaba, sorprendido, llevando en su equipaje (dos maletas) droga estupefaciente.

El hecho de hacer presencia en ese sitio, sin haber sido requerido por las autoridades, como lo dijo el propio testigo de la Fiscalía, hace creíble su testimonio acerca de su falta de conocimiento sobre el hecho constitutivo del delito, su ignorancia frente a “llevar consigo” en el maletín de mano de su hermano, 405.5 gramos netos de cocaína, máxime si estaban empaquetados al interior de las paredes del adminículo, porque resulta contrario a la razón, al sentido común, a la regla de la experiencia, que de haberlo sabido, se fuera prácticamente a entregar, traspasando la seguridad para acercarse donde la autoridad policiva realizaba los registros, exponiéndose sin ninguna necesidad a ser sorprendido en poder del estupefaciente, tal como en efecto, sucedió.

De tal manera que la prueba presentada por la fiscalía, lejos está de desvirtuar el error de tipo alegado por el acusado, por el contrario lo avala, pues de su requisa al interior del maletín tampoco halló elemento que desvirtuara que él mismo le pertenecía a su

hermano a quien se refirió desde un comienzo, manifestando el ánimo de entregarle el maletín cuando se acercó ante las autoridades, según lo dijo este deponente.

En consecuencia, la Fiscalía y el A quo fundaron la prueba de la responsabilidad penal en el tipo objetivo sin identificar que el problema jurídico probatorio a discutir, se cernía sobre la causal de ausencia de dolo alegada por el procesado, que si bien el señor Héctor Hernández Potes dejó de comparecer al juicio a corroborar el dicho del acusado y de su hermana Martha Lucía Hernández Potes a quien si le constan las circunstancias anteriores a la flagrancia que son relevantes para demostrar la razón por la cual Wilber Mauricio se hallaba en el aeropuerto con dicho maletín, resulta verdad que el único testimonio de cargo no soporta el tipo subjetivo, consistente en la modalidad de conducta antes citada, exigida para la ejecución de este reato.

La presunción de inocencia le asiste al acusado y es a la Fiscalía a quien le corresponde la carga de la prueba para desvirtuarla más allá de toda duda. Desde instantes primigenios de la investigación por el mismo dicho de la autoridad que dio cuenta de la captura en flagrancia y de sus antecedentes fácticos, el ente acusador podía advertir la teoría del caso de la Defensa; empero se quedó con la mera demostración de la flagrancia, siendo éste un caso más de los tantos, donde se comprueba que la misma por sí sola no constituye la prueba de la responsabilidad penal pues se queda en el mero tipo objetivo.

En definitiva, se encuentra ausente el requisito del artículo 381 del Código Adjetivo, contrario a lo concebido por el A-quo y como la duda debe resolverse a favor del procesado, la conducta se tendrá por ATÍPICA por falta del dolo y por ende de la configuración del tipo subjetivo.

Sin más consideraciones, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, EN SALA DE DECISION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



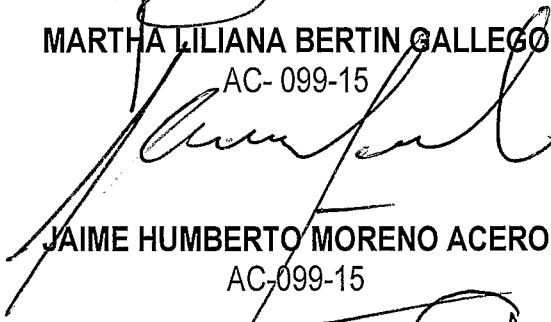
**RESUELVE:**

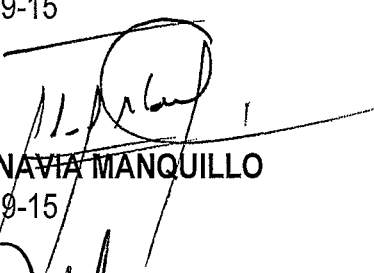
**PRIMERO:** Revocar la sentencia condenatoria proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira, por medio de la cual encontró penalmente responsable al señor WILBER MAURICIO HERNANDEZ POTES a título de autor del delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. En consecuencia se le ABSUELVE del cargo, por ATIPICIDAD de la conducta conforme a la duda reconocida respecto del presupuesto del TIPO SUBJETIVO del delito.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión procede el recurso de Casación, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación de esta sentencia y en un término máximo de treinta (30) días, presentarse por escrito la respectiva demanda que cumpla con los requisitos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese y cúmplase.

  
MARTHA LILIANA BERTIN GALLEGO  
AC-099-15

  
JAIME HUMBERTO MORENO ACERO  
AC-099-15

  
ALVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO  
AC-099-15

  
CLAUDIA PATRICIA BARBOSA SARRIA  
Secretaria Sala Penal