

“Las opiniones emitidas por testigos que no comparecen en calidad de peritos

Al respecto, en la decisión CSJSP19617, 23 nov 2017, Rad. 45899 se dejó sentado lo siguiente:

El artículo 402 de la Ley 906 de 2004 establece que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”. Por su parte, los artículos 405 y siguientes ídem, que regulan la prueba pericial, precisan, entre otros aspectos, cuándo es procedente (405), los requisitos que debe reunir una persona para que pueda comparecer en calidad de perito (408), y la presentación de informes previos (413). A la luz de esta reglamentación, en principio podría afirmarse que solo los peritos están habilitados para emitir opiniones durante el juicio oral.

Sin embargo, existen aspectos de alto interés para la administración de justicia, de los que suelen ocuparse los ciudadanos en las conversaciones cotidianas y que, ordinariamente, dan lugar a la emisión de opiniones espontáneas, como es el caso de los estados de ánimo, el “nerviosismo” y otros aspectos comportamentales.

Estas exteriorizaciones de lo que sucede al interior del sujeto pueden ser determinantes para decidir sobre la responsabilidad penal, especialmente cuando se trata de demostrar los elementos estructurales del dolo y, en general, los fenómenos mentales que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos.

Se trata, sin duda, de inferencias que realiza el sujeto cognoscente, a partir de fenómenos que puede percibir directamente por los sentidos (temblor, sudoración, dificultad para hablar, etcétera), y que pueden ser producto (las inferencias) de procesos mentales conscientes o inconscientes. Esto, sin duda, aparea riesgos para la administración de justicia, sobre todo cuando no se realiza un interrogatorio adecuado que ponga en evidencia los datos a partir de los cuales el testigo concluye que el procesado, la víctima u otra persona se encontraba en un estado de alteración como los que se acaban de describir, no se le pregunta por las causas de esa perturbación (según lo que pudo percibir directamente), por su conocimiento previo sobre los cambios comportamentales de esa persona en particular, etcétera. Lo anterior sin perjuicio de que se alleguen otros medios de prueba sobre esa temática.

Por tanto, en este tipo de casos es determinante establecer: (i) los datos a partir de los cuales el testigo infiere el nerviosismo u otro tipo de alteración en un determinado sujeto; (ii) las razones que pueden haber generado esa reacción; (iii) los conocimientos previos del testigo sobre las alteraciones psíquicas de esa persona en particular; etcétera. Si estos aspectos no son tratados adecuadamente durante el interrogatorio cruzado, es posible que el juzgador no cuente con suficientes elementos de juicio para realizar sus propias inferencias sobre los aspectos jurídicamente relevantes (el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, por ejemplo), ya que para ello es indispensable que los hechos indicadores estén plenamente demostrados, según se indicó en el anterior numeral.

2. El único testimonio practicado en el juicio oral

Además de las estipulaciones ya referidas, únicamente se cuenta con el testimonio de la patrullera.

La testigo señaló que para el 17 de enero de 2017 se encontraba laborando en la ciudad de Bogotá, en la localidad Los Mártires, que se caracteriza por las continuas problemáticas con los “habitantes de calle”, especialmente por el consumo de alucinógenos.

Agregó que, para esa fecha, aproximadamente a las 10:00 de la mañana, estaban patrullando por la carrera 19 A con calle 11, cuando vio a una mujer que “se puso nerviosa” al advertir su presencia. Ante ello, procedió a requisarla y le halló, en uno de sus bolsillos, las 48 papeletas de cocaína atrás reseñadas.

Señaló que la procesada “accedió voluntariamente al registro” y “no manifestó nada”, a pesar de que, generalmente, las personas que se encuentran en la misma situación aducen que la droga es para su consumo.

En su opinión, la retenida parecía “habitante de calle”, aunque no se refirió a su apariencia física, las ropas que vestía, ni suministró algún dato que sirviera de fundamento a su conclusión.

Cuando la Fiscalía le preguntó si la retenida estaba “sobria”, contestó que “no logré captar, se notaba normal”.

Resaltó que la referida mujer estaba sola, deambulando por las calles, aunque inmediatamente después aclaró que cuando la vieron le solicitaron el registro cuyo desenlace ya se conoce. En esta parte de la declaración aseguró que la retenida se puso nerviosa cuando le solicitaron el registro.

Agregó que “por lo general ella se veía por las calles, uno la identifica como habitante de calle”. Sin embargo, no aclaró las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon dicha observación.

El defensor no hizo uso del contrainterrogatorio.

El delegado del Ministerio Público optó por formular algunas preguntas.

Indagó a la patrullera por el número de habitantes de calle que ha capturado. La testigo respondió que “entre 10 y 15”, durante los 3 años que laboró en esa zona.

Cuando se le preguntó por su conclusión acerca de que los “habitantes de calle” suelen portar hasta tres papeletas cuando son para su consumo, señaló que ello se desprende de su experiencia en el sector. Agregó que la capturada “lo que manifestó es que es para el consumo de ella, por lo general para el consumo se llevan 3”.

Finalmente, se le preguntó si en ese lugar existían expendios de droga. Respondió que sí, pero no sabe cuántos.

Producto del precario interrogatorio realizado por la delegada de la Fiscalía, el testimonio de la patrullera deja diversas dudas sobre las circunstancias que rodearon la captura de la procesada.

En primer término, señaló que ésta se puso nerviosa cuando los vio. Luego, adujo que dicha alteración se produjo cuando le solicitaron el registro. En todo caso, la testigo no se refirió a las reacciones de la procesada, que le permitieron inferir que “*estaba nerviosa*”, verbigracia, si palideció, estaba temblando, movía sus manos o cualquier parte de su cuerpo de una manera particular, etcétera.

Del mismo nivel fue el interrogatorio atinente a la supuesta condición de “*habitante de calle*”. La testigo aseguró que la capturada tenía esa condición, pero nada dijo sobre su apariencia física, su vestimenta o cualquier otro dato que permitiera inferir lo que estaba afirmando.

En esa misma línea, la patrullera inicialmente dijo que la capturada estaba deambulando por la zona, pero inmediatamente después dio a entender que no hubo solución de continuidad entre el momento en que la vieron, su reacción nerviosa, el registro y la posterior incautación de la sustancia.

Sobre la referida condición, señaló que “*por lo general se veía por las calles*”, pero no aclaró dónde y cuándo la había visto. Tampoco, si: (ii) en otras ocasiones se “*puso nerviosa*” al notar su presencia, (iii) la habían sometido a otros registros, (iv) la habían asociado de alguna manera a los expendios de droga que, según dice, existían en el sector, (v) en alguna oportunidad la vio consumiendo droga, (vi) sabía con qué personas se solía relacionar, etcétera.

Sobre esto último, nadie consideró necesario indagar por los expendios de droga que, según la testigo, existen en el sector. Igualmente, no se le preguntó sobre las labores adelantadas para su desmantelamiento (*laboró tres años en la zona*), la relación de esa actividad ilegal con la captura de entre 10 y 15 “*habitantes de calle*” y, por supuesto, el vínculo que la procesada pudiera tener con las organizaciones dedicadas a dicha actividad.

Finalmente, cuando se le preguntó por la sobriedad de la retenida, la testigo se limitó a decir que no se percató de ello y, luego, dijo que “*la vio normal*”. En todo caso, no suministró algún dato que sirva de respaldo a su escueta conclusión sobre ese aspecto en particular.

Así, aunque la Fiscalía solo presentó el testimonio de la patrullera, asumió el interrogatorio con un notorio desdén, lo que impidió conocer circunstancias relevantes para establecer, más allá de duda razonable, si la retenida portaba la sustancia con el ánimo de comercializarla. Al respecto, la juez de primera instancia no consideró oportuno realizar preguntas aclaratorias.

3. Los errores del fallo condenatorio

Para inferir que la procesada portaba la sustancia con el ánimo de comercializarla, los juzgadores hicieron alusión a los siguientes hechos indicadores:

La cantidad de droga incautada

Según el Juzgado, “*de acuerdo con las reglas de la experiencia, cuando se porta una cantidad tan alta de estupefacientes el propósito no es usualmente para el consumo y así lo explicó la testigo, al indicar que normalmente el adicto porta 2 o 3 papeletas de estupefaciente y no 48*”. Este argumento fue retomado por el Tribunal. Dicha postura, amerita los siguientes comentarios:

Es cierto que la procesada portaba una cantidad de droga que excede los montos estimados como dosis personal, pero también lo es que no se trata de una cantidad que de suyo indique su destinación para el tráfico y no para al consumo personal.

En cuanto a la forma como estaba empacada, se trata de un dato que resulta igualmente útil para soportar las tesis antagónicas, toda vez que: (i) la testigo de cargo aseguró que en la zona existían sitios de expendio de droga, (ii) por tanto, es razonable asumir que alguien interesado en adquirir la sustancia para su consumo acuda a ese lugar, y (iii) si esa es la forma como usualmente se dispone la droga para su comercialización, es claro que en las mismas condiciones de empaque es recibida por quien la compra para consumirla.

De otro lado, al enunciado “*el adicto normalmente porta entre 2 o 3 papeletas de estupefacientes*” se le atribuye el carácter de máxima de la experiencia, sin tener en cuenta que, (i) no corresponde a la observación cotidiana, pues la cantidad de sustancia que lleva consigo un drogadicto no es algo que pueda percibirse de forma permanente por el conglomerado social, (ii) si se aceptara, para la discusión, que es así, no existirían elementos de juicio para predicar la universalidad o generalidad de la supuesta regla, y (iii) la patrullera Cárdenas se limitó a exponer su opinión, basada en su particular experiencia (*sin especificar los detalles*), lo que bajo ninguna circunstancia puede tenerse como máxima de la experiencia.

La procesada era “habitante de calle” y, por tanto, no tenía dinero para adquirir los 19 gramos de cocaína como dosis de aprovisionamiento.

En el fallo de primer grado, que, como se sabe, conforma una unidad con el de segunda instancia en todo aquello que no se contraponen, se lee lo siguiente:

Siendo la procesada una habitante de calle, que deambula por las vías de la ciudad sin posibilidades económicas que le permitan atender sus necesidades básicas como techo, alimento y vestido, no cuenta tampoco con medios económicos para adquirir y llevar consigo 19,4 gramos de cocaína sin ser consumidora de estas sustancias.

(...)

Cuando una persona es consumidora de estupefacientes a tal extremo que se le imponga la necesidad de aprovisionarse en cantidades tan altas, lo lógico es que mientras deambula por la calle, tal como fue capturada, esté consumiendo una dosis de esa droga, sin embargo, la uniformada no dio cuenta de ese hecho, por el contrario señaló que esta tenía aspecto de habitante de calle, pero que estaba en condiciones sanas (...).

Por su parte, el Tribunal se refirió a la ausencia de pruebas sobre la adicción de la procesada al consumo de drogas, al tiempo que resaltó la experiencia de la patrullera para identificar a los consumidores de ese tipo de sustancias, planteamientos que resultan inadmisibles para sustentar una decisión de condena por las siguientes razones:

A pesar de la escueta información suministrada por la única testigo de cargo, los juzgadores dan por sentado que: (i) la procesada era “habitante de calle”, (ii) no tenía capacidad económica para adquirir la droga, (iii) no estaba en capacidad de asumir el pago de sus necesidades básicas, y (iv) no era adicta a sustancias estupefacientes.

Como ya se indicó, la testigo de cargo se limitó a *etiquetar* a la procesada como “habitante de calle”, sin aportar un solo dato que soporte su conclusión. En efecto, ni siquiera se sabe cuál era la apariencia física de la procesada para ese momento, las vestimentas que usaba, el lugar destinado para su descanso, si era beneficiaria de los planes oficiales de apoyo a esa población, etcétera.

De otro lado, dan por sentado que la procesada no era consumidora de drogas. Para ello, se basan en la escueta afirmación suministrada por la patrullera (“*la vi normal*”), sin tener en cuenta el aparte del testimonio donde afirma que no se percató de su estado de sobriedad. De nuevo, la testigo se limitó a emitir su opinión, sin suministrar algún dato que permita establecer el fundamento de la misma.

Además de suponer aspectos que no fueron referidos por la única testigo, los juzgadores incurrir en una contradicción, toda vez que dan por sentado que la procesada hacía parte del grupo de “habitantes de calle” que, según la patrullera de la Policía, se dedicaban a consumir drogas y a importunar a los residentes en la zona, y, al tiempo, concluyen que la procesada no consumía estupefacientes, con la clara intención de sustentar su tesis sobre el ánimo de comercialización.

En la misma línea, en el fallo recurrido se establece otra supuesta máxima de experiencia, según la cual los adictos a las drogas, luego de adquirir la sustancia, optan por su consumo mientras se movilizan por las calles.

De nuevo, los juzgadores le dan dicho carácter a un enunciado que: (i) no corresponde a fenómenos o situaciones que pueden observarse cotidianamente, del que sea posible extraer una regla sobre la forma como casi siempre suceden, y (ii) por tanto, carece de generalidad o universalidad, que constituye una nota característica de las máximas de experiencia.

La actitud sospechosa de la procesada

En la misma línea argumentativa del fallo de primer grado, el Tribunal destacó la “*actitud sospechosa que mostraba la aquí acusada la mañana factual, siendo justamente ese comportamiento lo que llamó la atención de la agente de la Policía Nacional*”. Concluye que esa actitud “*es propia de quien teme ser descubierto por la autoridad cuando ejecuta algo indebido...*”.

Estos planteamientos ameritan los siguientes comentarios:

Según se indicó en el acápite anterior, la única testigo no explicó si el “*nerviosismo*” de la capturada surgió cuando vio a los integrantes de la patrulla o cuando la sometieron al registro, ni cómo se exteriorizó.

No puede perderse de vista que los uniformados solían someter a ese tipo de registros a los consumidores de droga que rotulaban como “habitantes de calle”. Ello permite entender el origen de la conclusión de la patrullera sobre la cantidad de papeletas (3) que solían llevar consigo estas personas para su propio consumo.

Por tanto, ante la precaria información suministrada por la testigo de cargo, no es claro si el registro de que fue objeto la capturada fue producto del control habitual a los *“habitantes de calle”* o si medió una situación diferente, que permitiera intuir una conducta ilícita.

Además, la testigo se limitó a exponer su opinión (*“estaba nerviosa”*), sin explicar los datos a partir de los cuales infirió esa supuesta alteración. No se sabe exactamente cuál fue la actitud que asumió la procesada, ni el momento en que se produjo esa reacción, lo que impide analizar si la misma tiene alguna relación con el supuesto propósito de vender estupefacientes.

Adicionalmente a lo que se ha dejado dicho, los juzgadores omitieron datos importantes de la escueta declaración rendida por la patrullera:

No tuvieron en cuenta lo relatado por ella sobre la existencia de varios expendios de droga en la zona donde se produjo la captura, ni su alusión a la retención de 10 o 15 *“habitantes de calle”*, al parecer por el supuesto porte de drogas con ánimo de tráfico.

Pasaron por alto la importancia de aclarar aspectos como: (i) las labores adelantadas por los policiales asignados a la zona para dismantelar los expendios en mención, (ii) la relación de esos sitios de comercialización con el consumo de drogas de los *“habitantes de calle”* asentados en la zona, (iii) si la procesada, a quien identifican como *“habitante de calle”*, tenía alguna relación con los referidos expendios, etcétera.

Estas omisiones impidieron establecer si la procesada hacía parte de la red de traficantes referida por la testigo de cargo, o si acudía a ese sitio para comprar la droga para su consumo, como al parecer solían hacerlo las personas que deambulaban constantemente por el sector.

De igual manera, impiden decidir si la procesada debe ser sancionada por atentar contra la salud pública, bajo una de las modalidades previstas en el artículo 376 del Código Penal, o si, por el contrario, debe ser objeto de atención por parte del sistema de salud para mitigar los efectos de su supuesta adicción a las drogas.

Una duda de este nivel debe resolverse a favor de la procesada.

En síntesis, sumado a que la Fiscalía realizó un interrogatorio notoriamente deficiente de la única testigo de cargo, que impidió aclarar las circunstancias que rodearon la captura de la procesada, los juzgadores incurrieron en diversos errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de identidad y falso raciocinio, que dieron lugar a la emisión de una decisión de condena, así:

A partir de las conclusiones infundadas que expuso la patrullera, dieron por sentado que la procesada era *“habitante de calle”*, se *“puso nerviosa”* durante la diligencia de control policial, no tenía capacidad económica para comprar 19 gramos de cocaína, llevaba un número mayor de papeletas del que normalmente portan los habitantes de calle para consumo, no era consumidora, entre otros aspectos destacados en precedencia.

Omitieron aspectos importantes del relato de la testigo policial, como la existencia de expendios de drogas en el sector, la frecuente captura de *“habitantes de calle”* en la zona, y la ausencia de información sobre los procedimientos orientados a dismantelar las referidas actividades ilegales y a verificar si los *“habitantes de calle”* hacían parte de esas organizaciones o, simplemente, las utilizaban para adquirir la droga para su consumo.

Transgredieron el principio lógico de no contradicción, porque, de un lado, concluyeron que la procesada hacía parte del grupo de *“habitantes de calle”* asentados en la zona, dedicados al consumo de droga y a importunar a los residentes, y, de otro, dieron por sentado que se trata de una persona ajena al consumo de estupefacientes, dedicada al expendio de los mismos.

Para justificar el paso de los hechos indicadores al hecho jurídicamente relevante (*la procesada actuó con ánimo de tráfico*), utilizaron enunciados que no tienen la connotación de máximas de experiencia, por no corresponder a reglas que puedan extraerse de la observación cotidiana y que, además, carecen por completo de generalidad o universalidad.

Concluyeron que la forma como la droga estaba empacada resultaba compatible con la hipótesis de que la tenía para su comercialización, sin explicar por qué, de haber sido adquirida para el consumo, tendría un empaque distinto, máxime si se tiene en cuenta que se hallaba en un lugar donde, según la testigo de cargo, pululan los expendios de esas sustancias.

Los únicos hechos indicadores debidamente demostrados, a saber, la cantidad de droga (*19,4 gramos de cocaína*) y la forma como estaba dispuesta (*con la aclaración hecha en el numeral anterior*), resultan insuficientes para inferir, más allá de duda razonable, que la capturada portaba la sustancia ilegal para comercialización, pues la cantidad, de suyo, no resulta concluyente, mientras que la forma de empaquetamiento es una circunstancia que deviene compatible con las hipótesis acusatoria y defensiva”.