



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

SP566-2022

CUI 05001600000020180154201

Radicación No. 59100

(Aprobado Acta No.43)

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022).

OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve la impugnación especial formulada por el defensor de **JORGE LUIS GIRALDO SERNA** contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual fue condenado por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

I. HECHOS

1. El 17 de agosto de 2018, en desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro a un inmueble ubicado en la zona rural del barrio Olaya Herrera, sector la Carpa, de la ciudad de Medellín, fueron hallados 9.340 gramos de marihuana e implementos para su distribución y empaque, así: (i) 18 bolsas plásticas; (ii) 376 cigarrillos; (iii) envoltorios y (iv) 7 bolsas pequeñas de color negro. **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, junto con otras cuatro personas, se hallaban en el interior de la vivienda, razón por la cual se procedió a su captura inmediata.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. El 18 de agosto de 2018, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento¹. La Fiscalía atribuyó al procesado, en calidad de coautor, el delito de fabricación y porte de estupefaciente y el Juzgado decretó su detención preventiva en centro carcelario.

2.2. El 18 de diciembre de 2018 fue presentado el escrito de acusación² y su verbalización tuvo lugar el 6 de marzo de 2019 ante el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Medellín. En la misma fecha, se aprobó el

¹ Fls. 10 - 12 c. o. 1.

² Fls. 15-42 *ibidem*.

preacuerdo entre los demás procesados y la Fiscalía, motivo por el cual se decretó la ruptura de la unidad procesal. En consecuencia, el presente radicado continuó su trámite únicamente contra **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**.³

2.3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 10 de mayo de 2019⁴ y el juicio oral se surtió los días 26 de agosto⁵, 16 y 24 de septiembre del mismo año⁶. En esta última sesión, el Juzgado dio a conocer el sentido del fallo de carácter absolutorio. De igual forma, dispuso la libertad inmediata del acusado.

2.4. La audiencia de lectura de fallo tuvo lugar el 9 de diciembre siguiente⁷, decisión contra la cual la Fiscalía interpuso recurso de apelación.⁸

2.5. Mediante sentencia del 1 de septiembre de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín resolvió el recurso. Decidió revocar el fallo impugnado y, en su lugar, condenar a **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, como coautor del delito imputado, a 98 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, a multa de 124 salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁹

2.6. La decisión fue objeto de la impugnación especial formulada por la defensa¹⁰, la cual entra a resolver la Sala.

³ Fls. 25-30 *ib.*

⁴ Fls. 32-33 *ib.*

⁵ Fls. 37 *ib.*

⁶ Fls 44-46 *ib.*

⁷ Fls. 51-57 *ib.*

⁸ Fl.s 58-66 *ib.*

⁹ Fls. 99-107 *Ibidem.*

¹⁰ Fls. 112-122 *Ibidem.*

III. DECISIÓN IMPUGNADA

3.1. El Tribunal advirtió que en el juicio declararon tres de las personas de las sorprendidas y capturadas en el lugar de los hechos, entre ellas William Posada Velásquez alias “Cucho William”, quien aseguró que el enjuiciado se encontraba en la casa por ser su amigo de infancia y que solo estaba fumando marihuana. Sostuvo que, sin embargo, esta versión quedó desvirtuada por el testimonio de los uniformados que adelantaron el allanamiento, quienes afirmaron que en ese sitio no se estaba consumiendo el estupefaciente. De acuerdo con su relato, resalta el Tribunal, el aroma de la sustancia, cuando se quema o se fuma, es característico y distinto al que percibieron al momento de ingresar al lugar.

3.2. Así mismo, señaló el *ad quem* que, según el investigador Jaime Carvajal Echavarría, en la vivienda no advirtieron colillas de cigarrillos que sugirieran el consumo de la droga, lo cual deja ver que William Posada intentó favorecer al acusado, mediante una explicación de lo ocurrido no coherente con las demás pruebas recaudadas. Destaca que no es cierto que los capturados estuviesen en el patio, sino al interior de la residencia y que solo huyeron hacia la parte trasera de la vivienda cuando observaron la presencia de la Policía. Este contexto, a su juicio, permite concluir que el acusado conocía que en ese sitio había grandes cantidades de estupefaciente y pese a eso prefirió permanecer allí, sin otra justificación.

3.3. Desde otro punto de vista, el Tribunal dice compartir el planteamiento del juez de primera instancia, en

el sentido de que es distinto hacerse el de la “*vista gorda*” respecto de la comisión de un delito, que ser cómplice o coautor del mismo. Sin embargo, en su criterio, el acusado sí tomó parte de la comisión de la conducta punible. Indica que la estadía de **GIRALDO SERNA** en el sitio donde era notoria la ejecución del injusto, junto a uno de los delincuentes más perseguidos de Medellín, es una circunstancia que, evaluada de manera individual no arroja ninguna conclusión. No obstante, advierte que cuando lo anterior se armoniza con los demás hechos probados durante el proceso, “cualquiera entendería estar involucrado en una conducta punible”.

3.4. En ese sentido, El Tribunal hace suya la “*máxima de la experiencia*” aducida por el fiscal en sus alegaciones como “*autoprotección*”. Esta consistiría en el instinto que le habría indicado al procesado abandonar el sitio antes que quedarse allí, por un espacio amplio de tiempo. Argumenta que, en sentido contrario, según la declaración de Fernedy Antonio Vargas Rueda -otro de los capturados en el inmueble- el acusado estuvo en el inmueble un lapso aproximado de tres horas.

3.5. Por último, el *ad quem* objeta el argumento de la sentencia de primera instancia, conforme al cual, el hecho de que en el lugar se haya aprehendido a una mujer, quien a la postre no fue procesada, es también indicativo de la no responsabilidad del acusado. Afirma que este no es un dato que permita inferir que el enjuiciado no participó en la comisión del delito. En el caso de aquella persona, precisa, quedó probado que se encontraba en el lugar debido a que era la encargada de realizar el aseo al inmueble.

3.6. En los anteriores términos, a partir de la máxima de la experiencia advertida -autoprotección- y la convergencia de los datos probados, el Tribunal concluyó que existía prueba indiciaria sobre la responsabilidad del procesado en el ilícito investigado. En consecuencia, emitió la decisión de condena reseñada con anterioridad.

IV. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

4.1. El defensor manifiesta su inconformidad, a partir de dos argumentos generales. *(i)* Por un lado, considera que se violaron el derecho de defensa y el debido proceso, porque no se presentaron en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, que precisaran la conducta y forma de participación de su representado. *(ii)* Por otro lado, estima que el Tribunal incurrió en errores al valorar las pruebas practicadas en el juicio oral.

4.2. *i)* Respecto del primer argumento, sostiene que el contenido de la acusación desconoce el principio de legalidad consagrado en varias disposiciones del bloque de constitucionalidad. Argumenta que la Fiscalía imputó al acusado la conducta de “conservar” estupefaciente, pero no le puso de manifiesto los hechos en los que esa acción supuestamente se concretó. Así mismo, señala que tampoco precisó las circunstancias para haberlo considerado coautor del delito, más allá de señalar que se encontraba en el inmueble en el cual fue aprehendido.

4.3. *ii)* En relación con el supuesto error de apreciación probatoria, cuestiona que el Tribunal haya deducido “objetivamente” de la acción de “*estar*” en el inmueble allanado la de “*conservar*” el estupefaciente. Afirma que de la presencia del procesado en la vivienda objeto del operativo no se puede concluir que incurrió en uno de los verbos rectores previstos por el legislador. Según el defensor, varias circunstancias impiden efectuar esta inferencia.

4.4. Plantea que no existe prueba de que en otras oportunidades, **JORGE LUIS GIRALDO SERNA** hubiera estado en ese inmueble y tampoco fue señalado como miembro de la organización criminal perseguida por las autoridades. Así mismo, indica que si bien es cierto los policías afirmaron que en la vivienda no se estaba fumando marihuana, también lo es que el inmueble tenía una zona abierta, a través de la cual pudo disiparse el olor antes del ingreso de la fuerza pública. Igualmente, señala que la citada acción puede realizarse a través de pipas artesanales, lo cual explicaría que no se hallaran colillas en el suelo.

4.5. Desde otro punto de vista, el recurrente critica la regla de la experiencia utilizada por el Tribunal, denominada por este “*autoprotección*”. Argumenta que: *(i)* entre William Posada y el acusado existía una amistad de varios años y *(ii)* que el lugar en el que acontecieron los sucesos es cercano a la vivienda del procesado, por lo cual, no tenía motivos para temer un procedimiento policial o una agresión de terceros. *(iii)* Señala también que no existe prueba de que el enjuiciado acostumbrara a visitar ese inmueble *(iv)* y que, de asumirse

que la autoridad llegaría al sitio, lo lógico sería que hubiesen ocultado la droga o presentado resistencia al operativo. Adicionalmente, (v) destaca que así pueda esperarse de los ciudadanos *“un sentimiento de aprehensión frente al derecho y frente a la norma [...] no puede dejarse de lado, que el hecho de que la norma resulte indiferente al ciudadano signifique que este se encuentre delinquiendo”*.

4.6. Por último, el defensor sostiene que **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, como consumidor de estupefacientes y amigo personal de alias *“el Cucho”*, pudo conocer y hasta consentir el comportamiento ilícito. Sin embargo, desde su punto de vista, ni lo anterior ni el hecho de encontrarse en donde se ejecutaba el delito implica que pueda considerársele coautor del hecho.

4.7. A partir de los anteriores argumentos, el recurrente solicita decretar la nulidad de lo actuado. Subsidiariamente, pide revocar el fallo atacado y, en su lugar, dejar incólume la decisión de primer grado, mediante la cual se absolvió a su representado.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1. Competencia

5.1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial interpuesta por el defensor de **JORGE LUIS GIRALDO SERNA** contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual lo condenó, por primera vez,

como coautor del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Lo anterior, según lo previsto en el artículo 235.7 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018. Así mismo, de conformidad con el criterio contenido en la decisión CSJ AP, 3 abr. 2019, rad. 54215 y CSJ AP, 3 sep. 2020, rad. 34017.

5.2. En virtud del principio de limitación, la labor de la Corporación se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se formulan reparos, estudio que, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

5.2. Delimitación de los problemas a resolver

5.2.1. A la luz de los argumentos de la impugnación, (i) en primer lugar, deberá analizarse si, como afirma el defensor, la imputación fáctica realizada al acusado fue indeterminada, de tal manera que vulneró sus garantías del debido proceso y derecho de defensa. Para el efecto, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre las características que debe reunir la atribución de los hechos jurídicamente relevantes, de cara a sus finalidades en el marco del debido proceso (5.3.). A continuación, examinará si en el presente asunto, la misma fue adecuadamente efectuada o se incurrió en alguna irregularidad, con la potencialidad de ocasionar la nulidad de la actuación (5.4).

5.2.2. De no advertirse irregularidad alguna en relación con lo anterior, en segundo lugar, la Sala habrá de examinar la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal.

En particular, deberá establecer si, como lo sostiene la defensa, se llegó a conclusiones insostenibles a la luz de los medios de convicción practicados en desarrollo del juicio oral (5.5.)

5.3. La imputación fáctica. Alcances y características

5.3.1. La Sala ha sostenido de manera reiterada que, conforme lo previsto en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, los hechos jurídicamente relevantes de la imputación deben expresarse de manera sucinta, clara, precisa y completa. En este sentido, ha señalado que al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe, entre otros aspectos, (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; y (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad. Ha de indicar, además, las circunstancias de hecho, relativas a la agravación o atenuación punitiva, las de mayor o menor punibilidad, etcétera” (ver CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

5.3.2. De la misma manera, al optar por una imputación sobre participación plural en el delito, el ente acusador debe identificar, entre otros elementos, (i) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (ii) la forma en la cual fueron divididas las funciones; y (iii) la conducta realizada por cada persona en particular. Es relevante también señalar (iv) la trascendencia

del aporte realizado por cada imputado o acusado, con el propósito de establecer fundamentalmente la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311 y SP741-2021, Rad. 54658).

5.3.3. De modo más específico, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que, si se plantea un supuesto de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, la Fiscalía debe constatar los elementos estructurales de dicha figura. Aquí es de particular importancia la descripción típica de que se trate y el respectivo desarrollo doctrinario o jurisprudencial, luego debe verificar si los hechos del caso pueden ser subsumidos o no en ese referente normativo (Ver, entre otras, CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

5.3.4. En general, la correcta imputación, en los planos fáctico, jurídico y personal, como es sabido, se halla inescindiblemente vinculada al principio de congruencia y, por esta vía, a los derechos de defensa y debido proceso. De esta forma, solo si el imputado conoce con exactitud los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica podrá llevar a cabo, en plenitud, el ejercicio del derecho de contradicción. La *imputación fáctica*, sin embargo, cobra una relevancia particular, en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.¹¹

¹¹ El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prevé: “el *acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*».

5.3.5. Así, esta Sala ha sostenido que mientras la determinación jurídica posee una connotación flexible, pues resulta factible su modificación en el juicio, lo propio no ocurre con la imputación fáctica.¹² La descripción de los hechos atribuidos y de las circunstancias de comisión relevantes, se ha reiterado, debe ser completa y no puede ser objeto de alteración sustancial a lo largo del proceso, pues es particularmente ese ámbito de la imputación el punto de partida para una adecuada labor defensiva. El núcleo de la imputación fáctica debe mantenerse, por ende, desde la formulación de la imputación hasta la sentencia ejecutoriada (y SP741-2021, Rad. 54658).

5.3.6. Como resultado de lo anterior, cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso. De la misma manera, no solo ante una discordancia sino también en los casos en los cuales la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente los hechos en los cuales consisten los cargos, estos actos procesales habrán dejado de cumplir su propósito y el debido proceso resulta menoscabado. En este escenario, ha dicho la Sala, procede la invalidez del trámite,

¹² La variación de la imputación jurídica procede incluso cuando la nueva calificación no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación (ver, al respecto, CSJ SP, 22 ago. 2018, rad. 46227; CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589; CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun. 2015, rad. 41685).

como única forma de subsanar la irregularidad (CSJ SP14792-2018, Rad. 52507).

5.4. El caso concreto. La imputación fáctica fue correctamente efectuada

5.4.1. La Sala aprecia que en el presente asunto, tanto en la audiencia de formulación de los cargos como en aquella en la cual tuvo lugar la acusación, la imputación fáctica fue adecuadamente efectuada. En consecuencia, no observa irregularidad alguna que haya podido limitar el ejercicio del derecho de defensa del acusado. En el audio correspondiente a la audiencia de formulación de imputación del 18 de agosto de 2018, la Fiscalía manifestó:

“Ustedes en el día de ayer se encontraban en una residencia, se encontraban en la residencia que está ubicada en coordenadas 6°16' 33.1"Norte - 75°36'30.2 oeste, sector de la Carpa, barrio Olaya Herrera de la ciudad de Medellín [...] y apenas observan a los funcionarios de Policía Judicial salen hacia la parte de atrás, salen corriendo y es allí cuando la Policía Nacional en diligencia de allanamiento y registro ingresan y encuentran que en la habitación al ingreso en la entrada principal a las 15:15 horas hay una bolsa color negro que en su interior contiene 18 paquetes de bolsas plásticas que contenían una sustancia vegetal color verde, con olor similar a la marihuana, posteriormente encuentran que en la habitación número 1, al costado izquierdo, encuentran sobre la mesa de color café algunas sillas de mesa y allí encuentran 36 cigarrillos, 376 cigarrillos de una sustancia vegetal referida como paquetes para cigarrillos, papel aluminio y 7 bolsas pequeñas de color negro, contentiva de sustancia vegetal color verde de olor similar a la marihuana, y en la habitación número 2 ingresan y se encuentran entonces que allí, a las 15:30 horas, hay unos elementos materiales de prueba en los siguientes lugares, en la mesa de centro con 3 cajones y encima se ubica un televisor, en el primer cajón de arriba hacia abajo se hayan 3 armas de fuego con su respectivo proveedor con 30 cartuchos para la misma y dos supresores de ruido, seguidamente, siendo las 3:40 horas se halla un dinero en efectivo por un valor de dos millones de pesos y billetes de diferente denominación, en el mismo cajón donde se encontraron las armas de fuego, a las 15:41 horas, de color café, al lado del televisor, se hallan 3 teléfonos celulares, así mismo, a las 15:43 horas, se hallan 3 celulares más sobre la cama y un bolso gris con negro donde en su interior habían dos pasaportes,

*posteriormente, en un tocador de madera color café, ubicado al costado derecho de la cama, siendo las 15:50 horas, se hayan 29 cartuchos calibre 5.56 y 12 cartuchos calibre 38 milímetros, y de igual manera, siendo las 15:55 horas, se halla una cédula encima del televisor a nombre de Carlos Iván Cadena Orozco con cédula 1.036.621.030 y se fija esos elementos.
[...]*

*Ustedes se encontraban en una residencia en donde se observa que es una residencia no grande, es una residencia en donde se puede palpar, observar y oler que a la entrada hay unas bolsas plásticas que [...] desprende un olor que es similar a la marihuana y todos conocemos ese olor, tenemos, entonces, que en la mesa hay unos cigarrillos ya armados, hay una marihuana ya abierta extendida, y tenemos, asimismo, los papeles para armar los respectivos cigarrillos y la maquinita para esto
[...]*

*Ustedes al ingresar y ver la policía nacional, obviamente como están en algo ilícito, salen despavoridos, salen corriendo, y son reducidos en el patio, esa conducta delictiva de la cual ustedes estaban en curso se encuentra en código penal.
[...]*

*A todos ustedes por encontrarse en esa residencia, por saber que allí había una sustancia de estupefaciente de la cual era evidente su olor, era evidente su cantidad, se les formula imputación en calidad de autores, todos en este aspecto serían coautores, de una conducta que se encuentra en el capítulo 2 del tráfico de estupefacientes y otras infracciones, y está en el título XIII de los delitos contra la salud pública, artículo 376, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
[...]*

*A ustedes se les va aplicar este inciso tercero, la cantidad de droga que se encontró allí se tiene que sumar, porque una estaba en la parte de la cocina, ahí a lado de la cocina, y la otra, que son los cigarrillos estaban armados, uno son 8.080 gramos y el otro corresponde a 1.260 gramos lo que nos da una suma de [...] 9.340 gramos
[...]*

En calidad de autores con el verbo rector de qué, de almacenar, conservar y elaborar, porque [...] tenían la marihuana en las bolsas, la tenían en la nevera, la tenían en la mesa y tenían los cigarrillos que estaban elaborando, esos tres verbos rectores [...] en calidad de qué, de coautores porque todos estaban allí, porque eran muchos cigarrillos, porque una sola persona no elabora esa cantidad de cigarrillos, 376, y adicional a eso [...] había más almacenaje de esa sustancia [...]

5.4.2. En concordancia con lo anterior, en la audiencia de formulación de la acusación celebrada el 6 de marzo de 2019¹³, la Fiscalía sostuvo:

*“En desarrollo de diligencia de allanamiento y registro, se pudo determinar que, para el día 17 de agosto de 2018, siendo las 15:00 horas, en el inmueble ubicado en las coordenadas 6°16'33.1"N - 75°36'30.2"W, en el sector La Carpa del barrio Olaya Herrera de la ciudad de Medellín, se encontraban los señores William Posada Velásquez, Óscar Fernando Oquendo Osorio, Ferney Vargas Rueda, **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.128.465.079, expedida en la ciudad de Medellín; también se encontraba en el lugar Leiver Martínez Rivas y Fredy Santiago Bryto Cortes, y estas personas, su Señoría, sin permiso de autoridad competente, conservaban en una nevera ubicada en la sala del referido inmueble, una (1) bolsa de color negro que [en] su interior contenía dieciocho (18) bolsas plásticas, que a su vez incluían marihuana en un peso neto que arrojó un total de 8.080 gramos de esta sustancia, su Señoría, sometido a los correspondientes peritazgos.*

*De igual manera, también estas personas, incluido el señor **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, conservaban en la habitación denominada número 1 de la referida vivienda, sobre una mesa de madera, treientos setenta y seis (376) cigarrillos de cannabis; de igual manera, empaques para elaborar esos cigarrillos, papel aluminio y siete (7) bolsas pequeñas de color negro que contenían en su interior marihuana, arrojando un peso neto total de mil doscientos sesenta (1.260) gramos de marihuana.*

[...]

*El acusado, el señor **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, conocía que conservaba estupefacientes y así quiso hacerlo, por lo cual con su conducta lesionó efectivamente y sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la salubridad pública que está descrito en el Título XIII, delitos contra la salud pública, capítulo segundo, del tráfico de estupefacientes y otras infracciones y, específicamente, en el artículo 376 del Código Penal Colombiano.*

De igual manera, el acusado tenía, para esa época, su Señoría, la capacidad de comprender que conservar sustancias estupefacientes estaba prohibido por la Ley penal, pues, se trataba de una persona mayor de edad, no sufría ninguna incapacidad de tipo cognoscitivo y no había sido declarado inimputable, y, más aún, tenía la capacidad de auto determinarse de acuerdo a esa comprensión, pues, lo hizo de manera libre y voluntaria y sin coacción alguna.

¹³ Fls. 25-30 *Ibidem*.

Así las cosas, el acusado era consciente que realizar esta conducta delictiva era prohibido por la Ley penal, siéndole exigible abstenerse de convenir con las demás personas la comisión de esta conducta punible, es decir, de conservar dicha sustancia estupefaciente en las circunstancias narradas por parte de este delegado”¹⁴.

5.4.3. En los anteriores términos, contrario a lo sostenido por el defensor, se observa que la Fiscalía imputó de forma adecuada los supuestos fácticos a partir de los cuales consideró configurado el delito por el que, a la postre, acusó al procesado. De un lado, afirmó que en el inmueble en el cual se llevó a cabo la diligencia de allanamiento se encontró marihuana y precisó los sitios específicos del bien, así como los diversos muebles y contenedores en los cuales se hallaba. De igual manera, detalló la existencia de algunos elementos que indicarían la finalidad de expendio que, al parecer, iba a tener el estupefaciente.

5.4.4. De otro lado, el ente acusador atribuyó a **JORGE LUIS GIRALDO SERNA** el hecho de encontrarse, junto con los demás capturados, al interior de la residencia en la cual fue hallada la sustancia ilegal. Sobre la base de esta proximidad física y espacial con la sustancia, se entiende, le imputó la acción de “*conservar*”. Conforme a la narración de los hechos, dicha conducta se habría realizado en connivencia (coautoría) con los demás sujetos presentes en el lugar. Además de lo anterior, la Fiscalía señaló las razones que fundamentarían la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta punible.

¹⁴ Record 1:19:05 y s.s.

5.4.5. Además, se observa que en las mencionadas audiencias la Fiscalía efectuó una mezcla de los cargos con sucesos indicadores y con el contenido de los elementos probatorios de los que dijo disponer. Sin embargo, lo relevante es que presentó las circunstancias de hecho en las cuales hizo consistir la realización del delito, así como la responsabilidad, en coparticipación, del procesado. Y, particularmente en la acusación, delimitó la conducta al primero de los verbos alternativos mencionado en el tipo penal respectivo, esto es, “*conservar*”.

5.4.6. En este orden de ideas, resulta evidente que se planteó un conjunto de circunstancias de hecho, que constituyeron el soporte fáctico de la acusación. Aquellas -circunstancias-, además, no fueron alteradas en el curso del proceso y sobre esta base se profirieron las sentencias de primero y segundo grado. Por lo tanto, ha de concluirse que en el caso concreto no ha existido vulneración alguna en torno a la claridad de los cargos, conocidos ampliamente por la defensa técnica y material, respecto de los cuales tuvo el tiempo suficiente para elaborar la estrategia defensiva que desarrolló en las etapas subsiguientes del proceso, hasta llegar a esta instancia. Así, la censura no cumple con los principios de acreditación y trascendencia exigidos para que se decrete la nulidad pretendida.

5.5. La apreciación de la prueba

5.5.1. Analizado el argumento anterior, debe ahora examinarse si, como lo sostiene el impugnante, la valoración

probatoria realizada por el Tribunal presenta debilidades desde el punto de vista de los hechos inferidos, que afectan la solidez de sus conclusiones.

5.5.2. El recurrente no discute que **GIRALDO SERNA** se hallaba en la vivienda habitada por William Posada Velásquez (otro de los capturados), en el momento en el que se adelantó el allanamiento por parte de las autoridades. Tampoco objeta que allí se encontrara el estupefaciente al que se refiere la acusación, cuyo peso total arrojó 9.340 gramos. Lo anterior fue acreditado, además, por los testimonios de los tres agentes de policía que intervinieron en el operativo y los cuatro declarantes de descargo.

5.5.3. Aquello que el defensor cuestiona es la conclusión a la que arribó el *ad quem*, en el sentido que de la acción de “estar”, es decir, de “hallarse” o “encontrarse” en el inmueble allanado se haya inferido la conducta punible de “conservar” -el estupefaciente-, en cabeza del acusado. Varios elementos impedirían efectuar este razonamiento. Parte de su crítica, a este respecto, también se centra en que la regla de la experiencia que denominó “autoprotección” tampoco conduciría a la conclusión sobre la responsabilidad del imputado.

5.5.4. Según lo ha clarificado la Sala, en el marco del análisis del delito imputado al procesado en este caso, *“conservar” es un vocablo que traduce una actitud de pasividad frente a un objeto, hasta el punto que bien podría describir la simple tenencia, desprovista de una finalidad específica.*” (CSJ AP, 21 ene. 2003, rad. 20376). También ha afirmado que: *“pese a que el verbo rector conservar comporta un acto que se extiende en el tiempo, tal como lo ha*

sostenido la Sala (CSJ SP 18 dic. 2003, rad. 16823), no se requiere que transcurran horas o días, basta que se constate que el elemento se guardó o se mantuvo en una particular circunstancia ...” (CSJ AP, 14 jun. 2017, rad 49967).

5.5.5. En el presente asunto, la Fiscalía y el Tribunal consideraron que **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, previo acuerdo con los demás capturados -coautoría-, “*conservaba*” la sustancia referida en el inmueble allanado. Para el efecto, catalogaron como hechos indicadores, la presencia del inculcado en la vivienda, la cantidad de marihuana incautada, su ubicación y demás elementos recaudados en la misma. De igual forma, el hecho de que en ese lugar no se estaba fumando la sustancia estupefaciente, de manera que no podía estimarse que el imputado fuera apenas un consumidor.

5.5.6. Pues bien, los testimonios de los agentes del orden Jaime Carvajal Echavarría, Carlos Andrés Monsalve y Diego Andrés Álvarez concuerdan en que, al momento de su ingreso al inmueble, todas las personas ahí presentes huyeron hacia la parte trasera de la edificación. Así mismo, afirmaron que ninguna de ellas se encontraba fumando la sustancia, pues no se encontraron colillas en la vivienda ni se percibía el olor característico, suficientemente conocido por ellos, en virtud de sus funciones.

5.5.7. Estas declaraciones se aprecian espontáneas y coherentes y no se observa que los deponentes hayan tenido ánimo alguno de querer causar perjuicio al procesado. En este sentido, proporcionan soporte probatorio a los hechos en los cuales se basaron las inferencias efectuadas por el

Tribunal. No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, los razonamientos del *ad quem* no resultan suficientes para encontrar demostrada la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

5.5.8. Esta Sala ha sostenido que en los casos en los cuales el proceso comienza con una captura en flagrancia, “*la Fiscalía tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado, que le permita estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando hay lugar a ella. Si la actividad investigativa subsiguiente a la captura permite descartar la hipótesis delictiva, no habrá lugar al llamamiento a juicio*”¹⁵. En contraste con lo anterior, en este caso se observa que, con posterioridad a los resultados de la aprehensión en situación de flagrancia, no se diseñó ni adelantó un programa metodológico riguroso, orientado a demostrar, mediante las evidencias adecuadas, particularmente la coautoría del imputado en la conducta.

5.5.9. A ese respecto, la Fiscalía no estableció con precisión la connivencia previa o concomitante del acusado con los demás capturados, en el marco de un plan criminal, para hacer presencia en el inmueble allanado. Tampoco mostró, mediante una inferencia sólida, la conciencia de todos los que allí estaban de que la causa que los convocaba era tener en ese lugar o conservar la sustancia prohibida. Se abstuvo, además, de evidenciar mediante otros hallazgos, por ejemplo, posteriores al operativo, que el imputado había tomado parte, de algún modo, en actuaciones dirigidas a llevar y conservar el alcaloide en el lugar en el cual fue capturado.

¹⁵ Ibidem.

5.5.10. Desde otro punto de vista, en su declaración, William Posada Velásquez refirió que el procesado era un amigo de infancia y que acudió al inmueble para consumir marihuana. Aunque el Tribunal asumió que esto último no podía ser así porque los agentes del orden no detectaron señales de consumo reciente -como la derivada del olor que deja la combustión del estupefaciente- según las pruebas, el acusado se hallaba en el lugar aproximadamente desde tres horas antes del operativo. En consecuencia, tampoco es posible descartar de manera absoluta que hubiera fumado la sustancia un tiempo antes o que aún no lo hubiera hecho al momento del allanamiento.

5.5.11. De igual forma, las evidencias dejaron claro que William Posada Velásquez era quien tenía la disponibilidad de la vivienda, pues fue la persona que atendió el operativo y, además, se responsabilizó directamente de todo el alcaolide incautado, por ser el residente del inmueble. Además, como lo plantea el defensor, tampoco se probó que el procesado hiciera parte de la organización criminal perseguida o que visitara frecuentemente el lugar. De hecho, ninguno de los testigos de cargo que declararon señaló que la fuente humana que dio lugar al allanamiento haya hecho referencia a actuaciones del procesado.

5.5.12. Por último, debe añadirse que, como lo destacó el juez de primera instancia, el uniformado Jaime Carvajal Echavarría indicó que el procesado fue capturado únicamente porque el estupefaciente se hallaba a la vista en el inmueble allanado. Sin embargo, no logró precisar qué se encontraba haciendo al momento del operativo, ni estuvo en

condiciones de proporcionar detalles sobre su conducta, que lo vincularan inequívocamente con la conservación de la marihuana hallada en la vivienda.

5.5.13. De esta forma, las pruebas practicadas en el marco del juicio oral conducen a la configuración de una duda razonable, en relación con el hecho de que el procesado haya acordado con los demás capturados *conservar* en el inmueble el estupefaciente incautado. Por un lado, elementos como la presencia del inculcado en la vivienda y el hecho de que en el instante del operativo este no estuviera fumando marihuana podrían constituir hechos indicativos de la posible responsabilidad penal del acusado, como lo consideró el Tribunal. Sin embargo, por otro lado, William Posada Velásquez afirmó que el procesado se encontraba en el inmueble porque era su amigo de infancia y estaba allí con el propósito de consumir alucinógeno, no de hacer parte de la empresa criminal dedicada a su conservación y distribución.

5.5.14. La duda anterior se hace aún más patente porque la Fiscalía no demostró otros elementos de hecho, que permitieran inferir de manera clara que la razón por la cual el imputado se hallaba en la vivienda fuera otra, asociada a la modalidad de coparticipación imputada. En otros términos, no evidenció a partir de la fuente humana que justificó el allanamiento o de otros medios de convicción, que su presencia en la vivienda obedeciera a un proyecto delictivo previamente acordado y la función que dentro del mismo debía cumplir para el éxito de esa empresa ilícita. Además, tampoco desvirtuó las afirmaciones de William Posada

Velásquez, en el sentido de que el imputado visitó el lugar únicamente con el objeto de aprovisionarse y consumir el estupefaciente encontrado.

5.5.15. En consecuencia, la atribución de responsabilidad que se hizo en el fallo de segunda instancia, deviene insuficiente para superar la exigencia legal consistente en el conocimiento más allá de toda duda razonable, como condición sin la cual es imposible emitir fallo condenatorio, aspecto sobre el cual se ha establecido:

“ [...] puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

Por la dinámica propia del sistema regulado en la ley 906 de 2004, las hipótesis que potencialmente pueden generar duda razonable pueden ser propuestas por la defensa. Sin embargo, no puede descartarse que, como en este caso, dicha hipótesis esté implícita en la acusación y/o sea detectada por el juez durante el juicio oral, así las partes no hagan expresa alusión a ella”¹⁶.

5.5.16. En consecuencia, al no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia que cobija al procesado, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se mantendrá la absolución dispuesta por la primera instancia.

5.5.17. Se advierte que, contra esta decisión no procede recurso alguno. Esto, en la medida en que la sentencia se equipara a una decisión de la Corte de segunda

¹⁶ CSJ. SP3168-2017, 8 mar. 2017, rad. 44599, criterio reiterado en SP19617-2017, 23 nov. 2017, rad. 45899.

instancia y, como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe la casación.¹⁷

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR, con fundamento en las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia del 1° de septiembre de 2020, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual condenó a **JORGE LUIS GIRALDO SERNA**, y, en su lugar, **CONFIRMAR** el fallo emitido por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por el cual lo absolvió del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

Segundo: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

¹⁷ Ver, al respecto, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579, CSJ AP 1263-2019.

Notifíquese y Cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022