



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada Ponente

SP714-2022

Radicación n.º. 53625

(CUI 76520600018020100039302)

(Aprobado acta n.º54.)

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veintidós
(2022)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Surtida la sustentación, la Corte resuelve el recurso de casación formulado por el defensor de **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga que, por primera vez en segunda instancia, condenó al acusado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS

1. El 19 de febrero de 2010, en la URI de Palmira (Valle), el Patrullero de la Policía Nacional, **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** adscrito a la SIJIN, en presencia de una agente del Ministerio Público, practicó una PIPH¹ a una cantidad cercana a un kilo de cocaína incautada en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón. La Procuradora se desplazó hacia una oficina contigua, con el propósito de solicitar a una servidora de la Fiscalía presenciara la destrucción de la sustancia. Durante su momentánea ausencia, el uniformado sustrajo para sí de la muestra una cantidad cercana a 200 gramos del alcaloide.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2. El 19 de diciembre de 2012, ante el Juzgado 7 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira Valle, la Fiscalía imputó a **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el artículo 376 del Código Penal.

3. Con posterioridad, el 5 de junio de 2013, fue presentado el escrito de acusación por el mismo delito y la correspondiente audiencia se llevó a cabo el 12 de junio de

¹ Prueba de Identificación Preliminar Homologada. Ver, al respecto, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia//wp-content/uploads/policijudicial/DOCPJFISCALIA/Instructivo%20%28PIPH%29.pdf>

2014, ante el Juzgado 3 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Palmira.

4. La audiencia preparatoria se surtió el 24 de octubre de 2014 y la del juicio oral los días 24 y 25 de abril de 2017. A su finalización, el Juzgado anunció sentido de fallo de carácter absolutorio. La lectura de la decisión tuvo lugar el 6 de julio de 2017.

5. La Fiscalía y el representante del Ministerio Público interpusieron recurso de apelación contra la sentencia anterior. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2017, revocó la providencia de primer grado y, en su lugar, condenó a **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** a 6 años de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y dispuso librar la correspondiente orden de captura.

6. El defensor interpuso recurso de apelación contra el fallo emitido por el Tribunal. Sin embargo, mediante auto del 25 de abril de 2018, la Sala de Casación Penal lo rechazó por improcedente, sobre la base de que el mecanismo aún no se encontraba reglamentado. Así mismo, ordenó devolver el trámite surtido al Tribunal, con el fin de reestablecer los términos de ejecutoria de la sentencia, para la interposición del recurso de casación.

7. Presentado el recurso extraordinario, mediante auto del 21 de agosto de 2019, el entonces Magistrado Ponente dispuso superar los posibles defectos de la demanda y la declaró ajustada. Esto, tras advertir la necesidad de garantizar el principio de doble conformidad, por estarse ante una primera condena en segunda instancia. En consecuencia, convocó a audiencia de sustentación.

8. Ante la imposibilidad de realizar la audiencia anterior, a causa de las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia del Covid-19, el 19 de abril de 2021, se determinó adelantar el trámite previsto en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020. Por lo tanto, se concedió al recurrente, a la Fiscalía y al Ministerio Público la oportunidad para que, entre el 4 de mayo de 2021 y el 25 de mayo del mismo mes y año, presentaran por escrito la sustentación de la demanda y los alegatos que estimaran pertinentes. En ese lapso, las partes y el agente del Ministerio Público allegaron, vía electrónica, memoriales mediante los cuales expresaron sus argumentos frente a la sentencia del Tribunal y la demanda de casación.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

9. El Tribunal consideró que existían evidencias suficientes para condenar a **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ**.

10. Sostuvo que, conforme a la declaración de la Procuradora Judicial que denunció el hecho, la testigo pudo percibir, a simple vista, que una parte del estupefaciente pesado y sometido momentos antes a PIPH por el acusado, había sido sustraído. Destacó que, según su declaración, observó una actitud “maliciosa” en el uniformado, razón por la cual, le ordenó pesar de nuevo el estupefaciente, en dos balanzas disponibles en el lugar. Subrayó que, como resultado, según la testigo, en efecto, se constató una diferencia de aproximadamente 200 gramos entre el peso establecido con anterioridad a la práctica de la PIPH (992 gramos) y el obtenido luego, con propósitos de verificación (792 gramos).

11. Consideró insostenible la tesis del Juzgado y del defensor, en el sentido de que el referido desfase en los pesos calculados de la sustancia se debía a fallas en las balanzas utilizadas. Indicó que, de acuerdo con la Personera CLARA INÉS HURTADO, y el Policía OSCAR GUARÍN, en la URI se utilizaban dos grameras, una de marca RANGER (digital) y otra de marca OHAUSE (manual), pero solo la primera presentaba un margen de error, el cual, además, era solo de 20 o 30 gramos. En este sentido, afirma que lo relevante es que con la balanza que operaba correctamente se registró un faltante del alcaloide, de aproximadamente 200 gramos, entre los dos momentos en los cuales fue pesado.

12. De otro lado, destacó que el propio Patrullero vinculado a los hechos reconoció a la agente del Ministerio Público que notó el faltante, a la Fiscal GLADYS MILENA

VALLEJO, que dispuso la captura del policía, y a la asistente de la Fiscal, -ALEYDA TAMAYO CRUZ, que había tomado parte de la sustancia incautada, a causa de necesidades económicas por las que atravesaba. Señaló, también que, según estas testigos, el suboficial acudió a ellas de manera desesperada, “llorando” y “suplicando” que le ayudaran, cuando se dio cuenta de que el hecho había sido descubierto. Subrayó, además, que, conforme a la declaración de la mencionada Procuradora, cuando esta se encontraba dejando constancia de la pérdida de la sustancia, el policía le abrazó las piernas y le manifestó que había arrojado por el sanitario el alcaloide faltante, que le ayudara y le prometía que algo así no volvería a ocurrir.

13. El Tribunal aseveró que era imposible que las tres servidoras se “confabularan para cometer la perversidad de incriminar falsamente a un inocente”. Estimó, además, que el testimonio de la agente del Ministerio Público resultaba transparente y motivado por el compromiso de su cargo. De igual manera, destacó que la citada Asistente de Fiscal, para la época de los hechos, era amiga del procesado, de modo que no existen razones para dudar tampoco de la sinceridad de su declaración. Por último, afirmó que, de no haber tomado parte del hecho, el suboficial procesado no habría efectuado dichos actos de reconocimiento.

14. Desde otro punto de vista, el fallo de segundo grado sostiene que las manifestaciones del acusado, si bien no pueden ser consideradas constitutivas de confesión en el proceso penal (argumento del juez de primer grado para

descartarlas), constituyen indicadores de su autoría en el delito. Tales manifestaciones, junto con la circunstancia de que era la única persona que manipuló el estupefaciente la noche de los hechos, a juicio del Tribunal, conducen de manera necesaria a la conclusión sobre su responsabilidad penal. Advirtió, también, que, para arribar a esta determinación, no resultaba trascendental que la droga sustraída no haya sido encontrada luego de lo ocurrido.

15. De este modo, el Ad quem condenó al acusado a 6 años de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, negó los mecanismos sustitutivos de la prisión. En relación con esta determinación, argumentó que la prohibición de otorgar los referidos beneficios se encontraba impuesta por el artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 170 de 2014, dado que la conducta está relacionada “con el tráfico de estupefacientes”.

IV. LOS ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

16. Aunque enuncia tres cargos, el recurrente formula sustancialmente dos argumentos contra la sentencia del Tribunal.

17. En primer lugar, sostiene que la pérdida de 200 gramos de cocaína incautada no existió. Explica que, según las pruebas, el procesado recibió 1.092 gramos para la realización de la PIPH y, por su parte, a la investigadora

SANDRA JULIETH ENRIQUEZ ECHAVARRIA, con posterioridad a lo ocurrido con el uniformado, le fueron entregados 1.085 gramos del alcaloide. De este modo, argumenta que la cantidad inicial del estupefaciente es “casi equivalente” a la entregada a la investigadora.

18. Para reforzar lo anterior, agrega que, a lo largo del proceso, quedó demostrado que la balanza en la cual se hizo el pesaje de la cocaína no estaba debidamente calibrada. Esto, indica, hacía que arrojara valores diferentes y, para el presente caso, genera dudas sobre el peso real del estupefaciente incautado. De este modo, concluye que la sustracción de la droga ilegal, atribuida a su representado, realmente no ocurrió.

19. Finalmente, argumenta que la presunta confesión realizada por el acusado, sin la presencia de abogado defensor, debe ser desestimada.

20. En segundo lugar, el recurrente señala que, para negar los mecanismos sustitutivos de la prisión, el Tribunal aplicó el artículo 68A del Código Penal, pero en la versión vigente al momento de la sentencia, no cuando ocurrieron los hechos. Explica que, cuando estos acaecieron, el texto de la disposición no impedía conceder tales beneficios en casos de tráfico de estupefacientes, sino solamente a quienes hubieran sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. La prohibición aplicada por el Tribunal, señala, solo surge con leyes posteriores, que modificaron la norma en mención.

21. De este modo, afirma que la determinación del juez de segunda instancia viola el deber de justificación de las decisiones judiciales y los principios de legalidad, favorabilidad y debido proceso. Sustenta que, si hubiera aplicado la disposición vigente al momento de los hechos, su representado tendría derecho a la prisión domiciliaria, conforme al artículo 38B del Código Penal. Esto, por cuanto se cumplen todas las exigencias previstas en esta disposición, salvo la relativa a que no se proceda por conductas relacionadas, entre otras, con el tráfico de estupefacientes (numero 2, del artículo 68A ídem).

22. Según el impugnante, dicho requisito, precisamente, no sería aplicable por las razones indicadas, derivadas del principio de legalidad. En este sentido, estima que es posible, conforme a la tesis de la *lex tertia* empleada en otras oportunidades por la Sala, utilizar el actual artículo 38B del Código Penal (que permite la prisión domiciliaria para delitos cuya pena mínima sea igual o menor 8 años), sin la prohibición objetiva, que impide otorgar el beneficio para el delito relacionado con el tráfico de estupefacientes.

23. Así, el defensor solicita, de forma principal, absolver a su representado y, subsidiariamente, otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria.

V. ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTE

24. El **FISCAL TERCERO DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL** indica que en la medida en que el acusado se deshizo de inmediato de la sustancia sustraída, su conducta no se subsume en el delito de “conservación” de cocaína. Argumenta que, esta acción implica la tenencia destinada a la “preservación”, lo cual no ocurrió en el presente asunto. En consecuencia, considera que la conducta investigada es atípica y, por lo tanto, la sentencia debe ser casada y disponerse la absolución del procesado.

25. El ente acusador señala que, si la Sala encuentra probada la tipicidad de la conducta, el recurso no se encuentra, entonces, llamado a prosperar. Estima que el planteamiento del recurrente, consistente en la inexistencia de la pérdida del estupefaciente, sobre la base de que el peso bruto de la sustancia corresponde al “envoltorio o la basura”, no tiene asidero. Señala que, en la diligencia inicial de pesaje en la cual participó el entonces Patrullero **JIMMY LEONARDO HERRERA**, la cocaína ya había sido despojada de cualquier elemento diferente. En este sentido, asevera que la conclusión a la que llegó el Tribunal, sobre la pérdida de una cantidad aproximada de 200 gramos de sustancia preliminarmente positiva para cocaína, constituye una apreciación adecuada y acorde con el conjunto de las pruebas.

26. De otra parte, sostiene que el argumento relacionado con los mecanismos de sustitución de la pena tampoco está llamado a prosperar. Explica que, si se aplica el artículo 38B en su versión original (vigente para el momento de los hechos), no procede la prisión domiciliaria porque se requiere que el delito tenga una pena mínima de 5 años, lo cual no se cumple en este caso (el mínimo son 6 años de prisión). Y, por su parte, si se da aplicación al contenido actual de ese precepto, que incrementa el mínimo a 8 años de prisión, se prohíbe conceder el beneficio para delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, que es la conducta por la cual se procede en este caso.

27. Así, concluye que aquello que, en realidad, reclama el demandante es una *lex tertia*, es decir, tomar elementos normativos de regulaciones distintas para asignar una consecuencia, procedimiento que, resalta, le está prohibido emplear al sentenciador.

28. La **PROCURADORA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL** consideró, también, que la impugnación no está llamada a prosperar.

29. En relación con el argumento relativo a la apreciación de las pruebas, subraya que está probado que el envoltorio de la sustancia inicialmente incautada pesaba 922 gramos y que, al volverse a pesar para efectos de destrucción, sólo contenía 792 gramos. Así mismo, que, según los testimonios, el acusado admitió haberse “apoderado” de la referida diferencia, con el fin de solucionar una necesidad

económica. En consecuencia, concluye que, tanto la ocurrencia del delito como la responsabilidad del acusado se encuentran demostradas.

30. En lo que concierne a los mecanismos sustitutivos de la prisión, destaca inicialmente que el Tribunal incurrió en un error en la elección de los extremos punitivos aplicables. Explica que, tomó en cuenta la pena para el delito juzgado, prevista en una norma anterior a la vigente para el momento de los hechos. Esta equivocación, sin embargo, señala, no puede ser corregida por así impedirlo la prohibición de reforma en perjuicio, debido a que solo el defensor impugnó el fallo de segunda instancia.

31. Precisado lo anterior, plantea que, si bien es cierto el Tribunal aplicó el actual artículo 68A del Código Penal, que prohíbe conceder mecanismos sustitutivos de la pena en supuestos de delitos como el relacionado con el tráfico de estupefacientes, en todo caso el beneficio no procedía en el presente asunto. Señala que, a la luz de la norma en vigor para la época de los hechos, no se cumple el elemento objetivo, en tanto la pena mínima de prisión por la conducta por la cual se emitió condena es superior a 5 años. Así, estima que no se produjo afectación alguna a los derechos del procesado.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

32. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial interpuesta por el defensor de **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** 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 las decisiones CSJ AP, 3 abr. 2019, rad. 54215 y CSJ AP, 3 sep. 2020, rad. 34017.

5.2. Delimitación de los problemas a resolver

33. La Corte advierte que la demanda de casación que ahora se resuelve y cuyos posibles defectos fueron superados para asegurar el derecho a la doble conformidad, será analizada de manera amplia, con el fin de garantizar el derecho a un recurso judicial suficiente contra la primera decisión de condena.

34. Como primera cuestión, la Sala observa que el recurrente discute la conclusión sobre la responsabilidad penal del acusado a la cual llegó el Tribunal, a partir del problema relativo al peso de la sustancia incautada, antes y después de que el presunto faltante fuese detectado por una agente del Ministerio Público. Este punto también fue decisivo en el fallo del juez de primer grado, mediante el cual se absolvió al procesado, pues aquél consideró que la mera sumatoria de los contenedores y el estupefaciente indicaba que la disminución de la cocaína nunca había tenido lugar. La cuestión es analizada, así mismo, por la Fiscalía en su alegato ante la Corte, para sostener, en cambio, que el Tribunal acertó en su conclusión, sobre la sustracción del alcaloide.

35. En la determinación sobre si hubo, o no, un faltante se han debatido implícitamente dos aspectos. Se ha discutido en torno a los elementos específicamente sometidos a pesaje ((i) solo la sustancia, (ii) esta y sus contenedores o (iii) el alcaloide, su contenedor y el embalaje original). De igual forma, el hecho de si las balanzas utilizadas incidieron en la inferencia sobre el referido faltante. Lo anterior implica entonces clarificar este elemento de análisis, a partir de lo que resultó probado en el juicio oral (5.3.).

36. Como segunda cuestión, el defensor censuró al Tribunal el hecho de haber tomado en cuenta las presuntas manifestaciones efectuadas por el uniformado a tres servidoras públicas que atendían las diligencias el día de los hechos. En estas, al parecer, el Patrullero habría reconocido

la responsabilidad de lo ocurrido. El recurrente estima, sin embargo, que se trata de una confesión no válida, debido a que el implicado no estaba acompañado por un abogado, de tal manera que sus afirmaciones no pueden apoyar una decisión de condena.

37. La Corte, entonces, examinará el contenido de las declaraciones de las referidas testigos y, en particular, en lo relativo a las indicadas manifestaciones del policía sobre su autoría en los hechos. Enseguida, determinará, en caso de que tuvieran que ver con su responsabilidad, si son admisibles para arribar a una eventual condena, a la luz de la jurisprudencia. Examinará también en este apartado si, como lo estima la Fiscalía ante la Corte, la conducta sería atípica, en relación con el verbo rector “conservar”. De este modo, definirá si habrá de confirmarse, o no, la sentencia de carácter condenatorio proferida por el Tribunal (5.4).

38. Por último, la Sala resolverá el argumento del demandante, según el cual, la aplicación de la norma sobre mecanismos sustitutivos de la prisión infringió el debido proceso. A su juicio, debió procederse con arreglo, no a la versión actual del artículo 38B del Código Penal, sino conforme a su texto al momento de los hechos. La Corte reiterará su jurisprudencia en torno al problema planteado por el demandante y resolverá conforme al principio de trascendencia. Una vez resuelto este aspecto, determinará si hay lugar a decidir sobre la concesión de la prisión domiciliaria, como lo solicita el defensor (5.5.).

5.3. El peso de la sustancia

39. La Fiscalía sostuvo en la acusación que el Patrullero, hoy procesado, en las instalaciones de la SIJIN de Palmira (Valle), efectuó una PIPH a la cocaína que se le entregó para testeo y pesaje. Indicó que, la sustancia dio un peso bruto de 1.092 gramos y neto de 992 gramos. Señaló que, sin embargo, cuando la Procuradora que atendía la diligencia regresó luego de haberse ausentado unos instantes y dispuso que se calculara una vez más su gramaje, la sustancia pesó 792 gramos netos en la balanza marca RANGER y 804 gramos netos en la balanza marca OHAUSE. Así, conforme a la acusación, se habrían sustraído aproximadamente 200 gramos del peso neto inicial.

40. El juez de primer grado, por su parte, consideró que la desaparición de los citados 200 gramos de la muestra inicial no estaba probada. Afirmó que, según los policías OSCAR FAIDIVER GUARÍN OSPINA, NORMA CONSTAZA RODRÍGUEZ CÁRDENAS, y SANDRA YULIETH ENRÍQUEZ ECELAVARRÍA, la “basura” pesó 267 gramos. Señaló que, estos, sumados a los 792 gramos netos que, según la Procuradora, pesó la cocaína, arrojan 1.059 gramos. La anterior cifra, adicionada a los 33 gramos de margen de error que, según los testigos, en promedio presentaba la balanza RANGER debido a su mal estado de funcionamiento, arrojan 1.092 gramos. En consecuencia, concluyó el Juzgado, este peso coincide con el peso bruto al que se refirió inicialmente la agente del Ministerio Público, de tal manera que el faltante nunca existió.

41. Al resolver el recurso de apelación, el Tribunal no consideró la operación matemática ni los elementos de hecho derivados de las declaraciones, en los cuales el Juzgado basó sus conclusiones. Solamente sostuvo que, según la Procuradora que acompañó la diligencia, en efecto, se constató una diferencia de aproximadamente 200 gramos entre el peso establecido con anterioridad a PIPH (992 gramos) y el obtenido luego, cuando aquella ordenó la verificación del gramaje (792 gramos). Sobre esta base, determinó que el delito efectivamente había ocurrido.

42. Por su parte, el recurrente ante la Corte dirigió su argumentación hacia un punto similar al del Juzgado. Destacó que, según afirmó la investigadora SANDRA JULIETH ENRÍQUEZ ECHAVARRÍA, luego del incidente con el Patrullero, recibió para conservar, en cadena de custodia, 1.085 gramos del alcaloide, incluidas la “basura” y otros elementos. Esta cantidad, subrayó el defensor, es muy semejante a la entregada al acusado, para realización de la PIPH, de modo que, no se puede afirmar que se hayan desaparecido los 200 gramos señalados por la Agente del Ministerio Público.

43. Por último, en el alegato como no recurrente, la Fiscalía ante la Corte cuestiona el argumento del defensor. Señala que, el “envoltorio o basura” no puede contar porque en la diligencia inicial de pesaje la cocaína ya había sido despojada de cualquier otro elemento. Por esta razón, asevera que, tiene razón el Tribunal al determinar que el faltante efectivamente se registró, en los mismos términos indicados por la acusación.

44. Planteada en los anteriores términos la discusión, interesa, entonces, analizar el contenido demostrativo de las evidencias pertinentes, a fin de clarificar lo ocurrido. La Procuradora, EVELYN VALENCIA SAAVEDRA, manifestó que la noche de los hechos fue llamada para asistir a un procedimiento de PIPH en las instalaciones de la URI de Palmira (Valle del Cauca), donde, además, funcionaban las instalaciones de la SIJIN. Explicó que, rutinariamente se practicaba la citada prueba con reactivos, se pesaba el estupefaciente y se procedía a su destrucción. Aclaró que, sin embargo, en este caso el alcaloide no había sido destruido a causa de los hechos que dieron lugar al presente proceso.

45. Explicó que, esa noche se efectuó la PIPH, mediante la cual se determinó que la sustancia en cuestión era cocaína. Finalizado lo anterior, señaló que salió del recinto en el que se encontraba hacia la oficina contigua de la asistente de Fiscal, ALEYDA TAMAYO, con el fin de pedirle que la acompañara a presenciar la destrucción de la sustancia incautada. Esto, pues la Fiscal se había retirado de la oficina y había dispuesto que se procediera de esa forma.

46. Señaló que, al regresar al lugar, pese a haber transcurrido muy pocos minutos, notó ostensiblemente disminuida la sustancia en la bolsa que la contenía y percibió una actitud “maliciosa” en el Patrullero. Por esta razón, explicó que le dijo al uniformado que volviera a pesarla, con el fin de que la asistente de la Fiscal verificara lo consignado

en el acta. Indicó que el suboficial volvió a poner la sustancia en la pesa manual y ella pudo constatar, entonces, que había un faltante aproximado de 200 gramos del estupefaciente, en comparación con el peso inicial.

47. En su respuesta al contrainterrogatorio, a partir del informe que había dejado la noche de los hechos, la testigo precisó que habiendo sido pesada inicialmente en la balanza de marca Ranger, la sustancia arrojó inicialmente un gramaje bruto de 1092 gramos y uno neto de 992 gramos. De igual forma, según el citado informe, al ordenar pesar de nuevo el estupefaciente con fines de verificación, en la balanza Ranger, arrojó la cifra de 792 gramos y en la balanza Ohaus, de 804.3 gramos.

48. De otra parte, la Procuradora relató que la sustancia estuvo siempre en una bolsa plástica *“de las que utiliza la Fiscalía... se trata de unas bolsas que tienen un sellado con sella pack, en la parte de arriba estaba en la misma bolsa.”* A este respecto, puntualizó que cuando regreso al lugar, *“yo la encontré en la misma bolsa sino sustancialmente disminuida”*. En relación con el procedimiento que realizó el Patrullero, la testigo destacó que, al recibir el alcaloide, él le quitó el embalaje con el que venía, estableció su peso bruto y, a continuación, fijó su peso neto.

49. En este orden de ideas, conforme al testimonio de la agente del Ministerio Público, EVELYN VALENCIA SAAVEDRA, y a la constancia dejada por ella la noche de los hechos e

incorporada al expediente, se encuentra probado que el procesado recibió estupefaciente para ser testeado y pesado, en su calidad de miembro de la SIJIN. Así mismo, que inicialmente el policía pesó el estupefaciente y dio una cifra de 1.092 gramos brutos y 992 gramos netos. Además, que en la verificación ordenada por la Procuradora y efectuada por el Patrullero, el peso neto de la sustancia reflejó una disminución en 200 gramos, en la medida en que pasó de 992 gramos a 792 (balanza Ranger) o a 804.3 (balanza Ohaus) gramos.

50. De la misma manera, según el relato de la testigo, para obtener el peso inicial, el policía le quitó el embalaje que traía la sustancia, de modo que, se infiere de su narración, quedó solamente en el contenedor de plástico, tipo sella pack, en la cual venía y permaneció. Así, se entiende que, al pesarla dentro de dicha bolsa, arrojó la cifra de 1092 gramos brutos. Luego, al extraerla del contenedor y calcular su peso, el gramaje obtenido fue de 992 gramos.

51. La Sala aprecia veraz el relato de la testigo sobre los anteriores datos y lo consignado en la constancia parcialmente leída en la audiencia de juicio oral. Estas pruebas no solo se perciben internamente coherentes, claras y detalladas, sino que no se aprecia razón alguna, por la cual, la testigo habría querido faltar a la verdad al referirse en ellas a las mencionadas cifras. Además, en la constancia, si bien la agente del Ministerio Público se expresa en primera persona, aparecen las firmas del procesado y los uniformados OSCAR GUARÍN OSPINA, WILLINGTON GAMBOA

CAICEDO y VÍCTOR GIRALDO MUÑOZ, así como de la asistente de Fiscal, ALEYDA TAMAYO CRUZ. Frente al contenido de los documentos, estos no expresaron objeción ni advertencia alguna.

52. Ahora bien, la tesis del juez de primer grado y de la demanda de casación, que excluiría la hipótesis de la sustracción de la cocaína en 200 gramos, se apoya, básicamente, en la declaración y en el informe de campo de SANDRA YULIETH ENRÍQUEZ ECHAVARRÍA. Se trata de la investigadora del CTI, a quien se le entregó la sustancia para las pruebas técnicas, luego de lo ocurrido con el Patrullero **HERRERA HERNÁNDEZ**. La testigo señaló en su informe que la evidencia número uno, que contenía la proporción más grande de cocaína, arrojó un peso neto total de **786** gramos. De igual forma, precisó que la evidencia número 4, consistente en una bolsa plástica en cuyo interior se encontraban las bolsas y empaques que conforman “la basura de las sustancias...” pesaba **267** gramos netos.”

53. De esta manera, la sumatoria del peso de la “basura”, los gramos netos del estupefaciente y los 30 gramos aproximados de error que podía presentar una de las balanzas arrojarían un gramaje (1.083) cercano al peso bruto inicial reportado por la Procuradora la noche de los hechos (1092 gramos). En consecuencia, no sería cierta la conclusión de la pérdida de la sustancia. La referida investigadora del CTI, sin embargo, aclaró lo anterior en los siguientes términos:

“a mí me entregan un elemento material probatorio, sellado todo en un conjunto, en una sola pieza, sellada, en una bolsa plástica firmada por la doctora Evelyn, en su interior, ese elemento, cuando yo lo abro consta de cuatro cosas, que en el informe fotográfico que sí se puso a disposición está, una, una bolsa transparente con una sustancia pulverulenta, dos, una bolsa pequeña con otra sustancia, unos gránulos (sic) y como tres, otra sustancia de cuatro bolsitas pequeñas, y otra con unas basuras, unas bolsas, unos papeles, entonces para efectos de ser claros y ser más claro en la evidencia, y ser más claro en el PIPH, ser mejor en el entendimiento, cojo esos elementos y los divido en cuatro para efectos del pesaje y del PIPH, ahí es donde los divido en evidencia, 1, 2, 3 y 4²”.

54. De este modo, según la investigadora, la evidencia 4 consta de desechos plásticos y de papel, que alcanzaron una cifra de 267 gramos. Estos elementos fueron puestos en la única pieza sellada y entregada a la investigadora, por la agente del Ministerio Público. Según refirió en su declaración la citada investigadora, tales materiales (“la basura”) constituían el embalaje original del estupefaciente incautado e inicialmente entregado al Patrullero, para las pruebas correspondientes. Sin embargo, como puede advertirlo la Sala, lo anterior no significa que el embalaje haya hecho parte del “peso bruto” de la sustancia, a partir del cual la agente del Ministerio Público notó el faltante.

55. El juez de primera instancia y el defensor ante la Corte asumen lo contrario, pues estiman que aquello que la investigadora denominó “basura” y que, según clarificó en el juicio oral, correspondía al embalaje, debe sumarse al peso neto de alcaloide. En otros términos, entienden que el

² A partir del minuto 18:07

embalaje fue incluido dentro del concepto de “peso bruto”, en la constancia de las cifras que dejó la agente del Ministerio Público la noche de los hechos. No obstante, la hipótesis que defienden falla en este punto, como lo muestra un sencillo razonamiento.

56. En el pesaje inicial al cual se refiere la Procuradora, entre el peso bruto y el peso neto de la cocaína, hubo una diferencia de apenas 100 gramos (el peso bruto fue de 1092 gramos y el peso neto de 992 gramos). Por lo tanto, en este cálculo del “peso bruto” no pudo estar comprendido el embalaje original de la sustancia, pues el peso de este fue calculado por la investigadora del CTI en 267 gramos. Una diferencia de 167 gramos entre los pesos brutos de una y otra medición no resulta explicable, ni siquiera a partir de la diferente calibración entre las balanzas que se empleen.

57. Se constata, en cambio, que, como se pudo inferir de lo indicado por la agente del Ministerio Público, cuando el uniformado recibió el estupefaciente lo despojó del embalaje, enseguida, calculó su peso bruto en la bolsa tipo sella pack en la que se transportaba y, a continuación, pesó la sustancia para obtener su peso neto. Por lo tanto, en los datos proporcionados por la Procuradora, el peso bruto incluía solamente la bolsa plástica, pero no el embalaje. En estas condiciones, es evidente que la conclusión sobre el faltante de 200 gramos que identificó la Procuradora, contrario a lo que consideraron el juez de primera instancia y el recurrente, no se ve desvirtuada por la información sobre el peso del

embalaje proporcionada en las pruebas de la investigadora del CTI.

58. En semejante sentido, planteó su aproximación el Fiscal en su alegato como no recurrente. Aunque de modo genérico, este sostuvo que el “envoltorio o basura” no podía contar, pues cuando se pesó en la primera oportunidad, la sustancia ya había sido despojada de cualquier otro elemento.

59. Debe notarse, por otro lado, que la declaración de la investigadora del CTI, antes bien, aporta notable solidez a lo indicado por la agente del Ministerio Público. En efecto, esta manifestó que al pesarse la sustancia que notó disminuida, se registró la cifra de 792 gramos (con la balanza Ranger) y 804 gramos (con la balanza Ohaus). En concordancia con lo anterior, la investigadora refirió que el peso neto del estupefaciente recibido fue de 796 gramos, gramaje básicamente cercano a los anteriores. Las diferencias, según la propia investigadora, se explican en las distintas calibraciones que poseen los equipos. Así mismo, en que, según lo refirieron, la personera, CLARA INÉS HURTADO, y el policía OSCAR GUARÍN, la balanza Ranger utilizada en la URI presentaba un cierto margen de error.

60. Se descarta, por último, también, el argumento que explica la pérdida del estupefaciente en las fallas técnicas de una de las balanzas utilizadas inicialmente. CLARA INÉS HURTADO DURÁN, LUCY STELLA ZÚÑIGA SAAVEDRA y OSCAR FAIDIVER GUARÍN OSPINA, testigos de la defensa,

declararon sobre las inexactitudes de la gramera utilizada para el procedimiento de pesaje, las cuales podían llegar a ser de 20 o 30 gramos. CLARA INÉS HURTADO DURÁN, personera delegada, afirmó en este sentido, que se estaban presentando problemas con las balanzas porque no arrojaban los valores correctos. Las afirmaciones de estos testigos, no obstante, no fortalecen el planteamiento de la defensa.

61. Como se acaba de mostrar, es verdad que el mal estado de funcionamiento de la balanza Ranger podía justificar diferencias en los pesajes. Sin embargo, para llegar a la conclusión de que se habían sustraído aproximadamente 200 gramos de cocaína en el presente asunto, se empleó también la balanza Ohaus que, según se indicó en el proceso, se hallaba en condiciones normales de funcionamiento. Además, incluso si se hubiera tomado como punto de partida, únicamente, la información proporcionada por la balanza Ranger, sus fallas no alcanzaban a justificar aritméticamente el hallazgo de 200 gramos de faltante que dio lugar al presente proceso, como lo reconoció la propia CLARA INÉS HURTADO DURÁN en el contrainterrogatorio.³

62. En este orden de ideas, la Sala encuentra demostrado que la noche de los hechos, mientras la Procuradora que atendía la diligencia de PIPH y destrucción del alcaloide incautado se ausentó unos instantes, se sustrajeron 200 gramos de la sustancia. Corresponde ahora

³ La testigo señaló que el margen de error que se presentaba en las balanzas no era muy alto. Precisó que podía ser de 20 a 30 gramos, y que no era posible una inexactitud que alcanzara los 200 gramos. Así mismo, destacó que en los pesajes por ella presenciados no se dio un margen de imprecisión tan elevado.

analizar si existe suficiente evidencia que vincule al acusado con la pérdida del estupefaciente y, en particular, si sus propias manifestaciones pueden ser tomadas como hechos indicadores de su responsabilidad penal.

5.4. La responsabilidad del acusado

63. La agente del Ministerio Público, EVELYN VALENCIA SAAVEDRA, relató que, cuando detectó el faltante gracias a la revisión del pesaje, había reconvenido al procesado y al uniformado GAMBOA que también se hallaba en el lugar. Les dijo que el estupefaciente no podía perderse, que buscaran en las instalaciones y les pidió que comenzaran revisando su bolso y sus pertenencias.

64. Indicó que, en ese momento, procedió a llamar a la Fiscal de turno para que hiciera presencia en el lugar. Así mismo, precisó que cuando estaba terminando de dejar constancia sobre lo sucedido, **JIMMY LEONARDO HERRERA**, quien era el único que había manipulado el estupefaciente, *“de manera natural, propia de él, se acercó a mi llorándome, diciéndome que por favor le colaborara, que no lo perjudicara, que él tenía muchas deudas, que estaba recién casado, que su esposa tenía una oficina o una tienda, miscelánea, y que tenía muchas deudas, que le colaborara, que él me prometía que no volvía a hacer un acto como esto, y lloraba, y lloraba, y lloraba...”*

65. De la misma manera, declaró que mientras llegaba la Fiscal y cuando ya la asistente de esta, ALEYDA TAMAYO, se

hallaba en el lugar, “...el señor *Jimmy Herrera* no hacía sino... *abordarnos a nosotras dos que estábamos pues como en el procedimiento con el fin de que le ayudáramos con una versión, que pues le ayudáramos para que el no fuera a ser ni judicializado ni que esto pasara a conocimiento de las autoridades y mucho menos de sus jefes en la policía*”⁴.

66. Así mismo, refirió que el Patrullero GAMBOA, quien también se hallaba en las instalaciones de la URI, si bien no participó en la conducta, luego de lo ocurrido se acercó a ella y le anticipó que **JIMMY LEONARDO** le contaría la verdad y le preguntó que “*si le podía ayudar*”. Refiere que le indagó que, de aparecer la sustancia, cuál sería su actitud. Frente a esto, señala la testigo que le indicó que le hiciera saber al Patrullero implicado “*que apareciera la sustancia, que le va a ir mejor, pero mi actitud será la misma porque ya el informe lo elaboré y no lo voy a cambiar*”.

67. De otra parte, la testigo declaró también que, cuando se determinó poner en conocimiento de la Fiscal la pérdida del estupefaciente y se procedió a su búsqueda, se encontraron algunos restos, detrás de unos de los computadores que se hallaban en las instalaciones. Así mismo, que, con posterioridad, **JIMMY LEONARDO HERRERA**, además de pedirle ayuda, le manifestó que con la intención de desaparecer la cantidad sustraída, la había arrojado por el sanitario.

⁴ A partir del minuto 53:35

68. En concordancia con lo declarado por la procuradora EVELYN VALENCIA SAAVEDRA, la fiscal GLADIS MILENA VALLEJO DUCLERQ refirió que, acudió a atender lo ocurrido con el procesado, la noche de los hechos. Indicó que, al arribar a la URI, mientras se enteraba en su oficina de lo sucedido, **JIMMY LEONARDO HERRERA** ingresó *“con los ojos llorando, y se tiró al piso, y empezó a rogarme y a suplicarme, doctora por favor ayúdeme, ayúdeme porque yo cometí un error, pero, ayúdeme, y yo le dije yo no te puedo ayudar.”* Dijo que también le manifestó que, *“cuando se asustó... había tirado la sustancia por el baño”*. Preciso, además, que, las anteriores manifestaciones las había pronunciado en presencia del suboficial WILLINGTON, coordinador en ese lugar de la policía judicial.

69. De la misma manera, la citada declarante refirió que el citado coordinador se dirigió a ella y le dijo: *“doctora, por favor colabórele al muchacho, colabórele que todos cometemos un error, pero colabórele”*. Señala que, en ese momento, entonces, tomó la decisión de llamar a la coordinadora, NUBIA LLANOS, para solicitar el envío de un grupo de funcionarios del CTI que asumiera la investigación. Así mismo, refirió que procedió simultáneamente a elaborar un informe sobre lo acontecido y a verificar que la sustancia no daba el peso arrojado, tanto antes como después de la PIPH.

70. El testimonio de ALEYDA TAMAYO CRUZ, asistente de la citada fiscal es, así mismo, coincidente con los dos mencionados en precedencia. Indicó que, el entonces

Patrullero **JIMMY LEONARDO HERRERA** le refirió *“que lo había hecho por necesidad... que lo perdonáramos, que le colaboráramos... incluso Jimmy, pues yo la iba en esos momentos bien con él, él se me arrodilló y me abrazó las piernas y me decía, ayúdeme ALEYDA, y yo le dije yo no puedo ayudar, cómo le voy a colaborar yo en una situación de esas, hasta le dije yo... cómo se le ocurre haber hecho eso...”*.

71. De igual forma, explicó que, una vez se detectó el faltante del estupefaciente incautado, se lo informó a la fiscal para que hiciera presencia. Aseveró que, una vez ella llegó, el procesado y el coordinador de policía judicial les pedían a las dos que ayudaran al primero. Explicó de manera detallada que, el coordinador de policía judicial intercedió en varias ocasiones para que se hiciera un intento por favorecer a **JIMMY LEONARDO HERRERA**.

72. En este orden de ideas, a partir de las anteriores testigos, a juicio de la Sala, se encuentra debidamente demostrado que **JIMMY LEONARDO HERRERA** sustrajo, aproximadamente, 200 gramos del estupefaciente que de forma previa había sometido a PIPH y al respectivo pesaje, en su condición de miembro de la SIJIN. La agente del Ministerio Público que acompañaba el procedimiento practicado por el uniformado, la fiscal GLADIS MILENA VALLEJO DUCLERQ y su asistente coinciden en que el propio Patrullero, al darse cuenta de que el hecho había sido descubierto, reconoció ante ellas su conducta, explicó que su motivación habían sido dificultades económicas y manifestó su arrepentimiento.

73. De igual forma, las tres concuerdan en que, mientras se lamentaba, les pidió con súplicas que le “ayudaran”, que le “colaboraran”, para que no fuera judicializado. En el mismo sentido, la Procuradora y la Fiscal relataron que el acusado les hizo saber que, al sentirse “asustado”, con el propósito de desaparecer la cantidad sustraída, la había arrojado por el sanitario. Adicionalmente, tanto la Fiscalía como su asistente detallaron que el suboficial coordinador del grupo de policía judicial intercedió insistentemente ante la primera con el fin de que el implicado fuera ayudado, para lo cual partió todo el tiempo del reconocimiento de la conducta en cabeza de **JIMMY LEONARDO HERRERA**.

74. La Corte comparte el punto de vista del Tribunal, en el sentido de que la coincidencia entre las citadas versiones y la inexistencia de razones para considerar que las testigos quisieran perjudicar al acusado conduce a conferir credibilidad a dichos testimonios. Debe subrayarse, además, la particular armonía entre los aspectos relevantes de las declaraciones, la espontaneidad que puede apreciarse en los relatos y la consistencia entre las respuestas proporcionadas en los diversos interrogatorios.

75. Conviene resaltar, así mismo, la declaración de ALEYDA TAMAYO, en la cual reconoce que, en la época de los hechos, “*la iba*” con el procesado y que, incluso, le reprochó en un plano más personal la conducta realizada. Este testimonio posee una capacidad demostrativa particular, que otorga solidez a las otras dos declaraciones con las que

coincide, pues no solo pone de manifiesto la posición institucional que asumió la declarante. Muestra también la manera, un poco más privada, en la que se aproximó al policía, al criticarle su comportamiento e indicarle la imposibilidad de ayudarlo.

76. Su narración se encuentra construida mediante un lenguaje común y espontáneo, que denota sinceridad, pero también los comprensibles sentimientos que, en el ámbito de lo humano, le produjo la situación. En este sentido, dada la relación de proximidad que tenía con el Patrullero en la época de los hechos, su testimonio deja claro que lo ocurrido, en efecto, corresponde a la realidad y, por ende, que las manifestaciones de responsabilidad por parte del suboficial, en verdad, tuvieron lugar.

77. Para la Sala constituye también un hecho indicador de la autoría del acusado en la conducta punible, no solo sus propias manifestaciones. Según las testigos, también el coordinador de la policía judicial de la URI intercedió por él y les confió que, en efecto, su compañero había cometido "*un error*". No se observa por qué razón las declarantes tendrían que construir una versión como esta si no correspondiera a lo realmente sucedido. No se mostró, ni parece claro, en particular, con qué motivación habrían de vincular, injustificadamente, a un tercero en torno a lo ocurrido.

78. Ahora bien, como testigos de la defensa, LUCY STELLA ZÚÑIGA SAAVEDRA, fiscal a quien correspondió conocer

de las sindicaciones contra **JIMMY HERRERA HERNÁNDEZ**, dio a conocer el procedimiento surtido desde el momento de los hechos hasta que le fueron entregados los informes correspondientes. De igual forma, indicó las razones por las cuales dispuso la libertad del procesado, consistentes en que, a su juicio, no se configuraba la causal de flagrancia. Al respecto, se refirió al periodo que había transcurrido entre el momento inicial del hecho y la materialización de la aprehensión, además de la inexistencia de orden de captura.

79. A su vez, OSCAR GUARÍN OSPINA, uniformado presente la noche de los hechos, relató las circunstancias por las cuales se dispuso la aprehensión de su compañero **HERRERA HERNÁNDEZ**. Expresó que, se encontraba de turno con él y con el intendente WILLINGTON y que, en desarrollo de los actos urgentes, cada quien se responsabilizaba de judicializar su caso. Igualmente, refirió: *“ese día él estaba realizando un pesaje en compañía de la doctora EVELYN, pero yo me encontraba con el intendente en otro computador. Cuando de un momento a otro la doctora Evelyn dice que van a hacer la destrucción y que había un faltante. En ese momento el intendente y el suscrito nos dirigimos al sitio donde ellos estaban realizando el pesaje”*.

80. En criterio de la Sala, las afirmaciones de los declarantes de descargo no restan en modo alguno credibilidad a las testigos convocadas por la Fiscalía y analizadas con anterioridad. Por el contrario, proporcionan información sobre momentos y situaciones relativas a hechos que, a la postre, coinciden con los relatos efectuados por

aquellas. En especial, debe notarse que ninguno de ellos niega o desvirtúa las manifestaciones de reconocimiento de responsabilidad efectuadas por el propio acusado, a las cuales se ha hecho mención en precedencia.

81. Ahora bien, como se indicó, el recurrente ante la Corte sostiene que las manifestaciones del procesado constituyeron una confesión, la cual, habiéndose expresado sin la asistencia de un abogado, no pueden ser tenidas en cuenta. La Sala discrepa de este planteamiento. Lo anterior, por cuanto ni en segunda instancia, ni ahora en la Corte, se asumen las citadas manifestaciones como una confesión. Por el contrario, en los términos ilustrados, son los testimonios de las personas que las presenciaron directamente los que son apreciados en conjunto, a fin de determinar si permiten inferir la responsabilidad efectiva del acusado.

82. A este respecto, la Sala ha reiterado que, en la Ley 906 de 2004, la confesión no está regulada como un medio de prueba autónomo, de manera que si la Fiscalía pretende incorporar una declaración rendida por el acusado por fuera del juicio oral, debe asumir el cumplimiento de las cargas correspondientes. Así mismo, ha señalado que las manifestaciones realizadas por el procesado como parte de su reacción y comportamiento al momento de su aprehensión no pueden tenerse como prueba. Sin embargo, sí asumen la calidad de *“datos a partir de los cuales el fallador debe realizar un proceso inferencial frente a ese aspecto puntual de tema de prueba”* (CSJ SP 16564, nov. 2016).

83. Ha explicado la jurisprudencia, en tal sentido, que las manifestaciones en mención, las reacciones o expresiones verbales, fuera del trámite del trámite penal, no son actos con connotaciones jurídicas, de índole procesal, sino circunstancias de hecho que han de ser valoradas por el juez al momento de apreciar integralmente la prueba. Particularmente, ha subrayado que pueden constituir hechos indicadores de otros, relativos a la ocurrencia del injusto y la responsabilidad del acusado. Así, en el marco de la Ley 600 de 2000, ilustró lo anterior en términos aplicables, también, a las actuaciones adelantadas conforme a la Ley 906 de 2004:

“Ahora bien, el hecho de no ajustarse las expresiones verbales del procesado a una declaración de parte (o, lo que es lo mismo, a un acto de índole eminentemente procesal) de ninguna manera implica, por ese solo motivo, que carezcan de validez probatoria. Y la razón es sencilla: no hay que entenderlas como un acto jurídico, sino como circunstancias fácticas, manifestaciones de la conducta humana, fenómenos exteriorizados en el mundo real, que en tanto tales deberán ser abordados como tema de prueba por los jueces si tienen pertinencia jurídica.

(...)

no es acertado equiparar, en la Ley 600 de 2000, la manifestación de una persona hecha a cualquier otra, en la cual se incrimina por la realización de un delito en circunstancias que no implican judicialización, con una actuación de carácter procesal en la que no se le han respetado sus derechos ni garantías judiciales. Lo uno se trata de una acción posterior al injusto, que como tal puede ser apreciada para construir un indicio de responsabilidad, y lo otro (la confesión) obedece a un acto procesal, no a una simple circunstancia fáctica, en el que la persona admite responsabilidad ante el funcionario competente dentro del

contexto de un proceso penal...”⁵

84. De esta manera, aquellas asunciones de responsabilidad pronunciadas ante testigos, fuera del trámite del proceso, por quien se considera partícipe de un hecho, no constituyen en modo alguno un acto procesal, ni dan lugar a una consecuencia de estas características. Son, como otros sucesos fácticos, manifestaciones externas de conducta que, en tanto percibidas por quienes luego declaren en el juicio oral, pueden constituir el punto de partida en la construcción de inferencias de responsabilidad penal. Conforman, por lo tanto, junto con las demás, el conjunto de las evidencias destinadas a ser judicialmente valoradas.

85. Además, en desarrollo del proceso penal, es claro que la prohibición de tomar las afirmaciones autoincriminatorias como prueba opera especialmente desde el momento en el cual el posible autor de un delito es privado de la libertad, no con anterioridad:

Para la doctrina y jurisprudencia extranjeras, no existe duda alguna en cuanto a la ilicitud de las manifestaciones realizadas por un capturado, sindicado o procesado cuando a éste no se le ha suministrado información acerca del derecho a no incriminarse. // Dicha garantía, sin embargo, opera desde el momento en que las autoridades de policía le restringen a la persona su derecho a la libertad, y no antes”⁶.

86. En estos términos, la privación de la libertad a causa de la posible comisión de un delito es, entonces, el acto

⁵ CSJ SP SP3006-2015, rad. 33837.

⁶ *Ibidem*.

jurídico a partir del cual los autorreconocimientos de responsabilidad podrían adquirir un carácter distinto. Esto, se entiende, porque las manifestaciones se harían ante las autoridades que ejercen funciones en desarrollo del proceso penal, de tal manera que podrían ocasionarle al implicado posibles efectos adversos. En estos supuestos, las autoincriminaciones dejarían de ser meros hechos para cobrar alcances jurídicos.

87. En el presente caso, las reacciones que tuvo el Patrullero luego de descubrirse el faltante de alcaloide que solo él había manipulado fueron pronunciadas antes de que se iniciara el proceso penal en su contra y ante personas que luego comparecieron al juicio oral en calidad de testigos. El implicado no solo reconoció su responsabilidad. También exteriorizó otras reacciones como sus lamentos, su sensación de desespero al verse descubierto y su petición de clemencia, todo lo cual fue percibido, relatado por las testigos y valorado en conjunto.

88. De esta manera, el reconocimiento que de su conducta llevó a cabo el Patrullero implicado no constituyó en modo alguno un acto procesal. Se efectuó ante otros sujetos que hicieron parte de escenario circunstancial en el contexto del cual ocurrieron los hechos, no, en rigor, ante autoridades que ejercieron sus funciones dentro del presente proceso penal y antes de que se diera inicio formal a las diligencias. Además, sus manifestaciones tampoco se pronunciaron luego de haberse procedido al acto de su aprehensión.

89. En este orden de ideas, las apreciaciones de las manifestaciones de autoría del acusado en el delito constituyeron un hecho que, en virtud de la prueba testimonial, podía ser valorado para la determinación de responsabilidad. No fueron asumidas como una confesión, sino en la forma de circunstancias fácticas reveladas por los testigos, que permitían inferir que aquél había ejecutado la conducta punible. A partir de lo anterior, según se ha ilustrado, se concluyó que, en efecto, fue el Patrullero quien sustrajo una parte del estupefaciente que, previamente, había recibido para la realización de una función propia de su cargo.

90. De esta manera, constatada la realización del delito, debe precisarse en último lugar que, contrario a lo sostenido por el Fiscal Delegado ante la Corte, la conducta realizada por el procesado no fue atípica. El argumento del ente acusador consiste en que el imputado se deshizo de inmediato de la sustancia sustraída, de modo que el comportamiento no se subsume en el delito de “conservación” del estupefaciente. Señala que esta acción implica la tenencia destinada a la “preservación”, lo cual no ocurrió en el presente supuesto.

91. Según lo ha planteado la Sala, reiteradamente, en anteriores oportunidades, en el marco del delito imputado al procesado, *“pese a que el verbo rector conservar comporta un acto que se extiende en el tiempo (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). De este modo, dado que no se requiere el transcurso de un lapso específico, tampoco se precisa el propósito de preservación, al que hace referencia la Fiscalía. Basta que el sujeto activo haya tenido la sustancia, así sea por un breve espacio de tiempo, para que el delito se entienda consumado.

92. En este caso, por lo tanto, no resulta relevante que el Patrullero, al notar que el hecho había sido descubierto, haya tenido solo por un corto lapso la sustancia, antes de arrojarla al inodoro. El aspecto crucial es que, conforme lo indicado por la prueba testimonial, reconoció haber sustraído el estupefaciente de la muestra principal, con lo cual, llevó a cabo el verbo “conservar”, para los efectos del tipo penal correspondiente. La conducta ejecutada, así, se adecúa a la calificación jurídica dada por la Fiscalía y por la cual se emitió decisión de condena.

93. En este orden de ideas, la Corte concluye que tanto el delito como la responsabilidad en cabeza del acusado se encuentran debidamente probadas, a partir de las pruebas practicadas en el juicio oral. En consecuencia, habrá de confirmar la sentencia de condena emitida por el Tribunal Superior de Buga. Como última cuestión, la Sala analizará el argumento relacionado con la presunta vulneración del principio de legalidad, a causa de la aplicación del artículo 38B en su versión actual, relativo a la imposibilidad de conceder beneficios penitenciarios para delitos como la conservación de estupefacientes.

5.5. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión

94. La Sala comparte que, como lo puso de presente el Ministerio Público, en la dosificación de la pena, el Tribunal incurrió en dos errores. En primer lugar, consideró que, conforme al artículo 376 del Código Penal, en el cual se subsume la conducta por la cual emitió decisión de condena, el límite mínimo de la pena es de 6 años de prisión. Por lo tanto, en la medida en que no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, dosificó imponiendo este tiempo de privación de la libertad.

95. Sin embargo, en el momento en que ocurrieron los hechos, la pena original del tipo ya había sido aumentada por la Ley 890 de 2004, en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, de modo que el límite inferior correspondía a 96 meses de prisión. Con todo, como también lo advirtió el agente Ministerio Público, dado que el recurrente impugnó en solitario el fallo de segunda instancia, en virtud de la prohibición de reforma en perjuicio, no resulta posible corregir el error. La sanción, por ende, será confirmada en los términos tasados por el Tribunal.

96. En segundo lugar, el recurrente argumenta que se desconoció el debido proceso, al negarse la prisión domiciliaria. Indica que, si hubiera aplicado la disposición vigente al momento de los hechos, su representado tendría derecho al citado mecanismo sustitutivo, conforme al

artículo 38B del Código Penal. Esto, por cuanto se cumplen todas las exigencias previstas en esta disposición, salvo la relativa a la prohibición del beneficio para el tráfico de estupefacientes (numero 2, del artículo 68A ídem), la cual precisamente no sería aplicable.

97. Aunque el defensor acierta en su tesis sobre la norma aplicable y el Tribunal también cometió, en este evento, un error en la selección del precepto, la equivocación es intrascendente, pues, en todo caso, no era procedente la concesión del beneficio solicitado. El texto del artículo 38 del Código Penal, llamado a regular el caso, había sido modificado por la Ley 1142 de 2007. Al momento de ocurrencia de los hechos, la disposición establecía, entre otros requisitos, para la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del sentenciado, “1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.”

98. Como en este evento la pena mínima para el delito por el cual fue condenado el acusado excedía de 5 años, no procedía el otorgamiento de la prisión domiciliaria que se reclama. En estas circunstancias, aquello que solicita el recurrente, como lo admite en el escrito de sustentación, es realmente la aplicación de una *lex tertia*, es decir, la toma en consideración de elementos normativos de regulaciones distintas para aplicar una consecuencia jurídica. En esa dirección, argumenta que debe aplicarse el requisito de la pena mínima (de 8 años), previsto en el actual numeral 1 del

artículo 38B del Código Penal, pero no la exigencia de “*que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000*”, contenida en el numeral 2 del citado artículo 38B, pues el artículo 38 original no establecía este requisito.

99. La jurisprudencia de la Sala, sin embargo, ha excluido, en supuestos como el presente, la creación de una tercera ley. Ha considerado que ello es labor propia del legislador y que, hacerlo, implicaría una combinación que desnaturalizaría la figura del beneficio o subrogado, terminaría contrariando su finalidad y desconocería el principio de igualdad (CSJ SP2998-2014, rad. 42623)⁷. Ha precisado que, en algunas ocasiones excepcionales, la llamada *lex tertia* puede operar (CSJ SP, 3 sep. 2001, 16837), pero siempre que los preceptos confrontados remitan a institutos, subrogados o sanciones diferentes, y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego.⁸

100. En este orden de ideas, la Corte concluye que, en el presente asunto, la norma aplicable para el análisis de la prisión domiciliaria era el artículo 38 del Código Penal (en su versión vigente para el momento de los hechos), no el actual artículo 38B, como erradamente lo consideró el Tribunal. Sin embargo, dado que conforme a la norma que aplicaba tampoco la prisión domiciliaria podía ser concedida, debido

⁷ Ver, así mismo, CSJ AP1684-2014, rad. 43209 y CSJ AP5599-2018, rad. 53899.

⁸ Ver CSJ AP2510-2019, rad. 54305.

a que no se satisfacía el requisito de que la pena mínima por el delito fuera de 5 años, no hay lugar a modificar la decisión cuestionada. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de condena adoptada por el Tribunal Superior de Buga.

101. 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 instancia y, como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe el recurso de casación.⁹

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

RESUELVE

Primero. NO CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual **CONDENÓ** a **JIMMY LEONARDO HERRERA HERNÁNDEZ** del delito de por el cual fue acusado.

Segundo. Contra este proveído no cabe recurso alguno.

⁹ 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


Casación Penal@2022



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



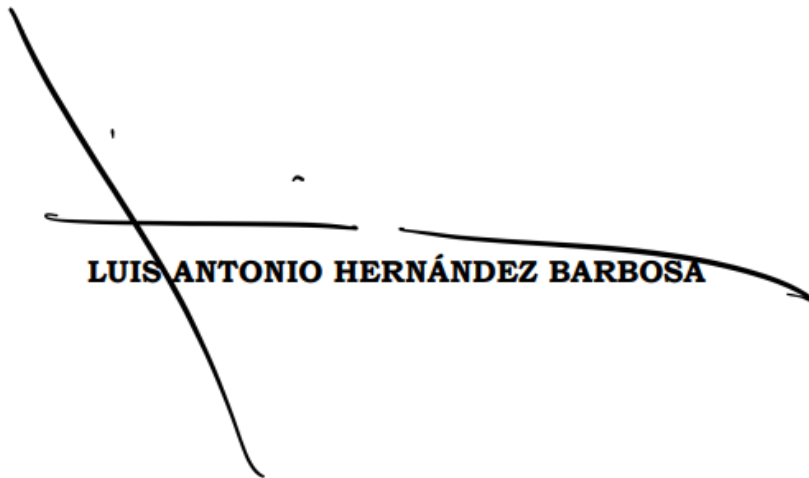
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



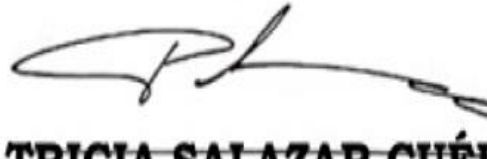
DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2022