



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP19263-2017

Radicación n° 46573

(Aprobado Acta n° 377)

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación, la sentencia proferida el 28 de abril del 2015 por una Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (Caldas), por cuyo medio revocó el fallo absolutorio dictado en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de la Dorada (Caldas) y en su lugar condenó a JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, como más adelante se detallará.

HECHOS

En cumplimiento de la orden de registro y allanamiento emitida por la Fiscalía Tercera Seccional de la Dorada (Caldas), el 30 de noviembre de 2011 la policía judicial ingresó al inmueble ubicado en la transversal 1ª con calle 14 C del barrio Villa Ángela de Puerto Salgar (Cundinamarca), habitado por JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO y su señora madre, encontrando en su interior dos cigarrillos con sustancia vegetal, que arrojó resultado positivo para cannabis; treinta y dos bolsas transparentes con sustancia pulverulenta, que resultó positiva para cocaína y sus derivados, en cantidad de 21,8 gramos, y la suma de seiscientos mil pesos (600.000).

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. Por esos hechos fue capturado en flagrancia JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO y en audiencias preliminares realizadas el 1º de diciembre de 2011 en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada (Caldas), en función de control de garantías, la fiscalía legalizó la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en la transversal 1ª, calle 14 C, sin nomenclatura; la captura y formuló imputación en contra de PACHECO ROMERO, como posible autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 del C.P., bajo el verbo rector conservar, cargos no aceptados por el imputado. Al término de la formulación de la imputación, a solicitud de

la fiscalía se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. Presentado el respectivo escrito de acusación, la audiencia de formulación se llevó a cabo el 22 de febrero de 2012 en el Juzgado Penal del Circuito de la Dorada (Caldas).

3. La audiencia preparatoria se adelantó durante los días 26 de abril y 29 de mayo de 2012, en la que se fijaron las estipulaciones y decretaron las pruebas a practicar en el juicio oral.

4. El juicio inició el 17 de julio del mismo año, oportunidad en la cual el procesado se declaró inocente; continuó el 25 de octubre de 2013, 31 de enero, 23 de mayo y 2 de julio de 2014, fecha esta en la que se anunció el sentido del fallo, advirtiendo que sería absolutorio.

5. El fallo anunciado lo profirió el *A quo* 11 de diciembre de 2014, decisión contra la cual el representante de la fiscalía interpuso y sustentó el recurso de apelación.

6. En fallo de segunda instancia aprobado el 28 de abril de 2016 y leído 28 de mayo del mismo año, el Tribunal Superior de Manizales revocó la absolución, y en su lugar condenó a JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que fue acusado, imponiéndole la pena de prisión de cinco años (5), cuatro (4) meses y multa de dos (2) salarios

mínimos legales mensuales vigentes para el año 2011, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria; en consecuencia, se libró la correspondiente orden de captura.

Contra esta decisión el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda que fue admitida mediante auto del 18 de enero del presente año. La audiencia de sustentación correspondiente se llevó a cabo el pasado 12 de septiembre.

LA DEMANDA

Aunque no lo presenta como un cargo, el demandante se ocupa en gran parte de cuestionar libremente los que considera errores del fallo de segundo grado, por carecer de la doble conformidad.

Ya refiriéndose a los cargos, los ubica en (i) la falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso (num. 1º, art. 181 de la Ley 906 de 2004), y (ii) el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia (num. 3º *ibídem*), así:

Primer cargo. Enuncia la violación directa de los artículos 28 de la Constitución Política y 14 de la Ley 906 de 2004, a través de los siguientes reproches:

1. *«Error de hecho por falso juicio de identidad»* que hace consistir «en la distorsión sobre lo que se demuestra *«verdaderamente a través de los medios de prueba citados en acápite anterior»*, producto del *«razonamiento subjetivo y poco demostrativo plasmado en la sentencia»*

En desarrollo del cargo, cuestiona que la fiscalía no descubriera oportunamente ni la orden de allanamiento, ni el cd que contiene el registro de la práctica de esa diligencia, y que solo por petición del representante del Ministerio Público hubiera puesto en conocimiento de la defensa el video.

En la misma línea, se muestra en desacuerdo con el fallo de segundo grado en cuanto desconoció que el video de la diligencia da cuenta de que la fecha de la orden de allanamiento es el 25 de abril de 2011 porque así lo leyó el funcionario de la Sijín, Jhon Manuel Caro Beltrán, quien en declaración en el juicio oral reiteró dicha data.

Lo anterior, dice el demandante, conlleva a que el allanamiento realizado el 30 de noviembre de 2011 en la casa de habitación del procesado, sea ilegal por practicarse por fuera del término máximo previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, situación omitida por el *Ad*

quem, que *motu proprio* decidió atribuir a un error de lectura, el cambio en el mes en que se expidió la orden.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley a través de errores de derecho y de hecho:

1. Error de derecho por falso juicio de legalidad, en cuanto la diligencia de allanamiento se realizó a pesar de encontrarse vencido el término máximo de 30 días previsto en el artículo 224 de la Ley 906 de 2004. Insiste que la orden se expidió el 25 de abril de 2011 y el allanamiento tuvo lugar el 30 de noviembre de ese año.
2. Error de hecho por falso raciocinio en la valoración de las pruebas.
 - 2.1. Violación a la “regla de identidad” porque se desconoció que el video que registra la diligencia de allanamiento, así como la declaración del agente de la Sijín, Jhon Manuel Caro Beltrán, dan cuenta de que la fecha de expedición de la orden se contrae al mes de abril y no de noviembre, como erradamente lo razonó el tribunal.
 - 2.2. Violación a la regla de no contradicción por cuanto el juez *Ad quem* «planteó dos situaciones de ocurrencia en un mismo hecho...si la verdadera fecha fue el 25 de noviembre de 2011. Entonces tenemos que a su juicio, la del 25 de abril de 2011 se ubica en el plano de la falsedad.

No obstante, la última calenda en mención, fue la que verdaderamente se demostró...»

- 2.3. Violación a la regla de la razón suficiente, por cuanto se concluyó, a pesar de la prueba (video y testimonio del policial Caro Beltrán) que la fecha de expedición de la orden de allanamiento es el 25 de abril de 2011, tal como lo aceptó el declarante Caro. Agrega que se desconoció el principio de inmediación, por cuanto la segunda instancia no percibió aspectos de su práctica, como si lo hizo la juez *A quo*. Finaliza la presentación del cargo refiriéndose al yerro de *'falta de convicción'* a partir del cual el tribunal con la simple *'sospecha'* de que el declarante Jhon Manuel Caro Beltrán se equivocó en la lectura de la orden de allanamiento, desconoce que este durante su declaración no mencionó tal hipótesis.

Finalmente plantea la necesidad de que la Corte oficiosamente revise la totalidad de la actuación, por cuanto, indica, se presentaron innumerables irregularidades que no fueron objeto de pronunciamiento en el fallo, a pesar de haber sido puestas de presente por la defensa durante la presentación de los alegatos finales, tales como la adulteración de la evidencia, la falta de descubrimiento por parte de la fiscalía del registro filmico de la diligencia de allanamiento y la mala práctica de la prueba de PIPH.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del demandante

Reitera los términos de la demanda, insistiendo en que el juzgador *ad quem* violó directamente los artículos 28 de la Constitución Política y 2 y 14 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), e indirectamente al incurrir en un falso juicio de legalidad fundado en el otorgamiento de valor probatorio a la orden de registro y allanamiento expedida por la Fiscalía 3ª Seccional de la Dorada (Caldas), y al testimonio del funcionario de la policía que leyó la misma al momento de su cumplimiento el 30 de noviembre de 2011, en el lugar de residencia de JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO.

Considera que estando demostrada la ilegalidad del allanamiento y registro al lugar de habitación de PACHECO ROMERO, deviene la exclusión de los elementos materiales probatorios obtenidos en esa diligencia, tal como lo dispuso el juzgado de primera instancia, quien emitió el fallo valorando adecuadamente el testimonio del agente de la policía que lideró dicha diligencia, Jhon Manuel Caro Beltrán.

Continúa refiriéndose a la credibilidad del dicho de este testigo, para concluir que la tesis que adoptó la primera instancia, es la que debe primar; es decir, aquella referida a que la orden de allanamiento se expidió en el mes de abril de 2011, tal como quedó evidenciado en el video cuando Caro

Beltrán leyó la fecha, lo cual hace suponer que la orden de allanamiento presentada ante el juez de garantías y después en el juicio, fue cambiada para mostrar una fecha diferente y de esa manera darle apariencia de legalidad.

Finaliza su intervención con la petición subsidiaria de que la Sala asuma el conocimiento oficioso de la actuación, a través del cual hallará múltiples irregularidades que, dice, ameritan que la Corte se ocupe de ellas y profiera una decisión absolutoria.

2. Intervención de los no recurrentes

2.1. El fiscal delegado solicita a la Sala no casar el fallo recurrido, por encontrar que la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Manizales acertó al valorar conjuntamente las pruebas practicadas en el juicio, para concluir que la fecha en la que la fiscalía expidió la orden de allanamiento al inmueble donde reside JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, junto a su señora madre, es el 25 de noviembre de 2011, y no, como equivocadamente lo leyó el funcionario de la Sijín durante la diligencia, 25-04-2011.

Las pruebas apreciadas y valoradas por el *ad quem*, continúa, evidencian que las labores investigativas adelantadas por la Sijín de Puerto Salgar para contrarrestar el expendio de sustancias estupefacientes, empezaron en el mes de octubre del año 2011 y culminaron el 25 de noviembre del mismo año con la expedición de la orden de

allanamiento por parte de la fiscalía 3ª Seccional, la cual se cumplió el 30 siguiente, es decir, solo cinco días después de expedida.

En ese orden, ninguna irregularidad se encuentra en el fallo impugnado, pues no había lugar a declarar ilegal la diligencia de allanamiento y registro realizada el 30 de noviembre en el inmueble sin nomenclatura pero debidamente identificado por sus coordenadas y ubicación (transversal 1, calle 14 C), y en consecuencia, lo allí encontrado, por cuanto refulge evidente que la fecha leída «25-04-2011» por el policial Jhon Manuel Caro Beltrán al ingresar al inmueble y dar a conocer a los moradores la orden, corresponde a un error.

En relación con la petición para que la Corte se pronuncie oficiosamente, encuentra el delegado de la fiscalía, que se trata de la reiteración de las razones para que se declare ilegal el allanamiento y registro practicado el 30 de noviembre de 2011 en el inmueble habitado por JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, lo cual conllevaría como consecuencia la exclusión de la sustancia estupefaciente.

Por lo anterior, reitera que los cargos planteados por el demandante, no están llamados a prosperar.

2.2. La representante del Ministerio Público, luego de resumir los cargos, solicita no casar la sentencia recurrida, por encontrar que los dos cargos en los que se plantea error

en la valoración de la prueba, realmente se dirigen a proponer un *'vicio de forma'* referido a la fecha de expedición de la orden de allanamiento, con el cual se pretende que se declare ilegal el procedimiento de ingreso y registro al inmueble en el que residía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO.

Observa que el tribunal abordó el estudio de la totalidad de las pruebas y de esa manera se concluye que no existe irregularidad ni en la orden de allanamiento, ni en el procedimiento en sí, por cuanto se respetaron los presupuestos legales, principalmente los referidos a la vigencia de aquella.

Por lo anterior, solicita no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la demanda presentada fue declarada ajustada a derecho desde el punto de vista formal, de conformidad con los parámetros del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará de fondo los problemas jurídicos propuestos, siguiendo los fines asignados en virtud del recurso de casación, especialmente dirigidos a la búsqueda de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establece el artículo 180 *ibídem*.

Aunque el demandante no lo postula como un cargo, parte del recurso la dirige a cuestionar la falta de legalidad del fallo por tratarse de una condena proferida en segunda instancia; no obstante, no precisa cuáles son en concreto las supuestas irregularidades, y tampoco da a conocer cuál es, según su entendimiento, la decisión que se impone cuando el *ad quem* encuentra errores en el fallo objeto de estudio en razón del recurso de apelación interpuesto por el ente acusador en contra de la sentencia absolutoria.

Concebir, como lo hace el demandante, que el fallo absolutorio no puede ser revocado en segunda instancia porque ese solo acto vulnera los derechos del procesado, implica el desconocimiento al principio de la doble instancia establecido para las sentencias y los autos previstos en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004.

No le asiste razón al recurrente cuando en forma tangencial menciona que la revocatoria del fallo constituye afectación al principio de inmediación porque fue el *a quo* el que presenció la práctica de las pruebas, pues los registros técnicos aportan al *ad quem* una visión fidedigna de lo sucedido en el juicio oral, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y penal:

También la citada Corporación en sentencias CC C-046/07, C-250/11 y C-317/11 destacó la relatividad de la inmediación en la segunda instancia, ya que el recurso de apelación no es un proceso autónomo o un nuevo juicio en el cual se deban debatir o

controvertir todos los temas, ni requiere la práctica probatoria y la presencia del Ad quem en la misma, ya que «Es la oportunidad en la cual el juez controla una decisión adoptada en la primera instancia, sin tener que reconstruirse íntegramente la acusación y defensa, siendo la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa. Es evidente que al no haber una repetición del juicio, por tratarse no de un análisis general y abstracto tendiente a revisar la totalidad de lo actuado, es suficiente que cuente con los registros que sobre el mismo y la interposición y sustentación del recurso se hayan realizado en audio y/o video, y que hayan sido allegados al juez de la segunda instancia, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 146 del C.P.P. Con base en ellos, podrá adquirir elementos de juicio para la decisión que corresponda».

Por su parte, la CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131, recalcó que la inmediación no excluye la posibilidad de que el Tribunal en apelación o la Corte en casación tengan divergencias y por ende otra percepción probatoria de la expuesta por el a quo, porque si en uno y otro caso la parte hace cuestionamientos a la validez o al mérito judicial otorgado a una prueba, ambos órganos de la administración de justicia dentro de los ámbitos de sus competencias «se encuentran facultados para revisar los registros, y por este medio, de primera mano la prueba, tal y como fue practicada, exhibida o aducida en el juicio oral, a efectos de confrontarla con las declaraciones fácticas que a partir de ella hicieron los juzgadores, y establecer de este modo si le asiste o no razón al recurrente en la formulación del reparo».

Lo expuesto permite entender la inmediación como una forma procedimental que se debe observar bajo los lineamientos del sistema acusatorio relacionada con la práctica probatoria en el

juicio, facilitadora del análisis del juzgador pero que no impide al superior hacer lo propio. (CSJ SP880-2017, 30 ene. 2017, rad. 42656).

En síntesis, la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia no afecta el principio de inmediación probatoria y tampoco se estructura violación alguna de derechos o garantías del procesado que conlleven a la invalidación de lo actuado.

Entrando al estudio de fondo de los cargos, si bien el demandante enuncia dos reproches, uno al amparo de la causal primera y el segundo bajo la égida de la causal tercera de casación, realmente su pretensión común se encamina a la declaratoria de ilegalidad de la diligencia de allanamiento y registro practicada el 30 de noviembre de 2011 en la vivienda donde residía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, consecuentemente, aplicar la cláusula de exclusión y retirar del conjunto probatorio las bolsas con la sustancia estupefaciente hallada en ese lugar.

El cargo por violación directa de la ley (art. 181, num.1º ley 906 de 2004) se queda en el simple rótulo, por cuanto en el desarrollo el recurrente presenta diferentes reproches dirigidos siempre a cuestionar la apreciación de las pruebas, que en su entender, fueron valoradas erradamente, generando la violación del artículo 224 de la ley 906 de 2004.

En pos de su propósito, valga recordar, que se declare la ilegalidad del procedimiento de allanamiento, el impugnante indistintamente menciona la violación de las garantías fundamentales del procesado que derivan en irregularidades, seguidamente esboza errores de hecho por falso juicio de identidad, pero a continuación opta por un error de derecho por falso juicio de legalidad, todo lo cual, dice, conlleva a que la Sala case la sentencia, para en su lugar absolver a JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO de los cargos por los cuales se le formuló imputación y acusó, siempre, aduciendo que la diligencia de allanamiento realizada el 30 de noviembre de 2011 en la residencia de este es ilegal.

Como el planteamiento del defensor está orientado a demostrar que el juzgador le asignó -sin razón- «eficacia» a la diligencia de allanamiento y registro, se verificará si efectivamente esta se llevó a cabo en ausencia de alguno de los requisitos de validez.

En el caso concreto no se discute que miembros de la policía judicial de la Sijin de Puerto Salgar, con apoyo de integrantes de la Dijín, llegaron aproximadamente a las seis de la mañana del 30 de noviembre de 2011 al inmueble ubicado en ese municipio, barrio Villa Ángela, en la transversal 1 con calle 14 C, sin placa de nomenclatura pero individualizado por sus características y por ser la casa del lado derecho del inmueble identificado con el número 14-80.

Tampoco se cuestiona que en la casa allanada y registrada residía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO en compañía de su señora madre; sin embargo, la defensa sostiene que el ingreso de la policía judicial al inmueble se hizo en forma ilegal ante la ausencia de una orden escrita de la fiscalía cuya fecha de expedición no superara «los 15 días».

Bajo el anterior postulado, logra la Sala extraer del extenso e intrincado texto de la demanda, que el defensor presenta dos reproches, anunciando en primer orden la existencia de errores de hecho por falso juicio de identidad, provenientes de la tergiversación de dos pruebas: (i) el video en el que se registró la diligencia de allanamiento efectuada el 30 de noviembre de 2011, y (ii) el testimonio del policial Jhon Manuel Caro Beltrán.

No obstante, no enseña cuál es en concreto la distorsión en la apreciación de esas pruebas sino que se dedica a cuestionar al tribunal por no tener como verdad inconmutable que la fecha leída por Caro Beltrán al ingresar al inmueble allanado y ponerle de presente al arrendatario PACHECO ROMERO la orden de la fiscalía para el ingreso es «25-04-2011» como este lo reconoció durante la declaración en el juicio.

Sobre este aspecto, no encuentra la Sala que el tribunal hubiera apreciado estas pruebas distorsionando su contenido, toda vez que en modo alguno entendió que Caro Beltrán al leer la orden de allanamiento a los moradores del

inmueble vocalizó una fecha diferente al «25-04-2011», solo que reconociendo que así lo hizo, otorgó a ese acto la connotación de un error producto de la desatención.

Así lo consideró:

En verdad, para la sala aparece como una opción, de alta probabilidad, que así como pudo el policial leer correctamente, también que al momento de dar lectura a la orden como preámbulo del procedimiento exploratorio del inmueble, que era el que centraba su atención y concentración, fuera presa de una desatención que lo condujo a cometer el error de que la orden era del mes de abril, cuando realmente era del mes de noviembre.»

Entonces, el tribunal no interpretó nada diferente de lo que objetivamente se aprecia en el video, y es que, como lo anuncia el recurrente, el intendente Caro Beltrán al poner de presente la orden de allanamiento señaló que esta había sido expedida el «25-04-2011», estimación que coincide con la del recurrente.

Tampoco encuentra la Sala que el *ad quem* hubiera tergiversado el testimonio de Caro Beltrán, a quien en el juicio el defensor le preguntó si usaba gafas, si había tenido inconvenientes para leer la orden al ingresar al inmueble y si la fecha leída en voz alta correspondía con la que aparecía en la orden, a lo que el policial respondió que no tiene problemas con su visión y que él cree que lo leído se identifica con lo escrito. Así lo indicó:

Defensor: *lo que usted está leyendo es lo que aparece en esa orden, cierto?,*

JMCB: *si, debe ser.*

Testimonio que también en su exacta noción fue entendido por el tribunal sin deformar lo declarado por Caro Beltrán, a quien el defensor no le preguntó sobre la divergencia entre la fecha que aparece en la orden de allanamiento y registro y la leída por él, sino por el estado de su visión, aspecto que para nada descarta la existencia de una equivocación, como bien lo consideró el juzgador colegiado:

Lo que no se supera porque éste hubiese dicho en la vista pública “no tuve dificultades para leer la orden”, pues precisamente un error de lectura como el aludido se caracteriza [precisamente] por ocurrir en un momento de desatención, en el que, así como no se cuenta con la concentración suficiente para no equivocarse, mucho menos se posee la atención necesaria para ser consciente del error, el que no habrá de tenerse presente tiempo después y, quizá, ni siquiera en el acto.

Bajo tal entendido, lo que reprocha el defensor no es realmente que se hubiera distorsionado el testimonio de Caro Beltrán o el video en el que este aparece ingresando a la casa habitada por JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, sino el alcance que aspira se otorgue a estos medios probatorios.

En síntesis, el tribunal no tergiversó el contenido del video mencionado, ni el testimonio del intendente Jhon Caro

Beltrán, sino que, en el obligado ejercicio de valoración de la totalidad de las pruebas practicadas, que no se limitan a las ya mencionadas (video y testimonio de Caro Beltrán), encontró otras a partir de las cuales dedujo que el policial incurrió en una equivocación de lectura al mencionar la fecha de expedición de la orden de allanamiento.

De otra parte y con miras a responder los cargos referidos a la violación indirecta de la ley por error de derecho por falso juicio de legalidad, encuentra la Sala que el actor se desvía hacia el cuestionamiento total de las pruebas presentadas por la fiscalía y la apreciación que de ellas efectuó el tribunal *ad quem*.

En efecto, aunque el demandante encamina el reproche por la vía del error de derecho en la que le corresponde evidenciar la violación de la ley respecto de su práctica o aporte al juicio, el desarrollo del reproche es el propio de un error de hecho, en tanto crítica la estimación de las pruebas, pero sin señalar yerro alguno susceptible de ser corregido por la vía casacional.

Lo que si se advierte con mediana claridad, es que la supuesta ilegalidad del allanamiento y registro a la vivienda de PACHECO ROMERO, la hace consistir en su realización el 30 de noviembre de 2011, a pesar de que la orden tenía fecha de expedición «25-04-2011» como lo leyó el intendente Jhon Manuel Cario Beltrán al ingresar a la vivienda donde residía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, lo cual, agrega,

contraviene lo dispuesto en el artículo 224 de la Ley 906 de 2004.

Frente a los requisitos de legalidad para la realización del procedimiento de allanamiento y registro a un inmueble, no se ha discutido la exigencia de la preexistencia de una orden escrita emitida por el fiscal a cargo de la investigación (art. 219 Ley 906 de 2004)¹, cuya vigencia es de treinta (30) días durante la indagación preliminar y quince (15) días si el registro se pretende después de la formulación de imputación (art. 224 ib.)

Tampoco se ha debatido sobre el requerimiento referido al control de legalidad posterior exigido por el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En el presente caso, aunque el impugnante aduce que el término de vigencia de la orden de allanamiento es de quince días, debe precisar la Sala que por haber sido librada durante el trámite de una indagación preliminar el plazo de la ejecución de la orden escrita es de treinta días, punto que aunque merece ser aclarado, no reviste importancia en el *sub examine*, dado que el debate se centra en una orden expedida seis meses antes, según el defensor, o cinco días previos a la práctica de la diligencia, acorde con la hipótesis de la fiscalía.

¹ Excepto cuando se esté frente a un caso de flagrancia o a una de las situaciones previstas en el artículo 230 de la Ley 906 de 2004.

El accionante promueve diferentes reflexiones, todas encaminadas a que se admita que la fiscalía “*adulteró*” la fecha de expedición de la orden de allanamiento, con el fin de que quedara cobijada en el término establecido por el artículo 224 ya citado, objetivo que conllevaría la exclusión de la sustancia incautada que materializa la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por la cual se juzga a PACHECO ROMERO.

Ante el gatuperio de propuestas, no se percata el impugnante de la contradicción de algunas de ellas, como cuando afirma tangencialmente “existencia inmaterial” de la orden de allanamiento, significando con ello la ausencia del documento escrito; sin embargo, está claro y así lo admite el recurrente, la fiscalía si emitió una orden escrita que contiene los motivos fundados para afectar el derecho a la intimidad de JHONY ANDRÉS PACHECO, tal como lo muestra el video tomado durante la diligencia en el que se observa al intendente de la Sijín Caro Beltrán leyéndola.

Resulta entonces desatinado, que en el mismo cargo se cuestione la inexistencia material de la orden de allanamiento, mientras que se impugna la real fecha de su expedición.

Otro aspecto contradictorio es el referido a la supuesta actitud ladina de la fiscal durante la audiencia de control posterior de la orden y el procedimiento de allanamiento adelantada el 1º de diciembre de 2011 ante el juez 1º

Promiscuo Municipal en ejercicio de la función de control de garantías, quien, según el defensor, pretendió ocultar la orden al juez para evitar que se percatara del cambio de fecha; sin embargo, a la par sugerir que dicho cambio ocurrió antes de la audiencia, luego, es evidente que la versión del impugnante se excluye por si misma, debido a que si la fiscalía tuvo un día para cambiar la orden y a la audiencia se presentó con el documento ya corregido, como lo aduce el recurrente, ninguna razón tenía para ocultarla.

Basta mirar el registro técnico de la audiencia de control posterior de legalización del allanamiento y registro, para verificar que la fiscal constantemente mencionó la orden y si bien cuando describió el traslado al juez de los documentos que sustentaban la solicitud de legalidad omitió su entrega, una vez el funcionario le hizo ver la ausencia de la misma, la puso de presente.

Más aun, la defensa técnica de PACHECO ROMERO tuvo a la vista la orden de allanamiento desde el 1 de diciembre de 2011 cuando en medio de la audiencia de control posterior en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de La Dorada, se debatió no solo la legalidad del procedimiento de allanamiento y registro, sino de la orden que lo dispuso, lo cual se cumplió de manera exhaustiva, al punto que el defensor solicitó escuchar en declaración a uno de los integrantes del grupo de la Sijín que participó en la diligencia, luego de lo cual manifestó su conformidad con lo actuado, debido a que verificó la existencia de motivos fundados para

su expedición; que esta tiene como fecha de emisión el 25 de noviembre y se cumplió el 30 de noviembre, es decir, *«dentro del término que se consigna en el artículo 224 de la Ley 906 de 2004.»*

Bajo el anterior contexto, nada indica que el delegado del ente acusador pretendiera ocultar dicha orden de allanamiento, pues una vez se ejecutó por los integrantes de la Sijin, se procedió al subsiguiente trámite judicial presentándola ante un juez con función de control de garantías que en audiencia la legalizó en presencia del capturado JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO y su defensor, luego, resultaba un acto de deslealtad imposible de perpetrar ante la publicidad de ella en la audiencia preliminar evacuada el 1 de diciembre de 2011.

Aunado a lo anterior, el demandante confunde un acto de investigación con las evidencias producto del mismo, pues la orden a policía judicial sobre la cual se realiza el cuestionamiento, ciertamente no fue relacionada en el anexo al escrito de acusación que contiene el descubrimiento probatorio, por cuanto la fiscalía entendió, fundadamente, que ella no constituye un elemento probatorio objeto de descubrimiento, sino una orden emitida en cumplimiento de la labor investigativa.

Agréguese a lo anterior, que la defensa jamás solicitó a la fiscalía que le fuera entregada aquella orden ya conocida en la audiencia preliminar del 1º de diciembre de

2011, cuando el defensor la tuvo en sus manos pudiendo constatar su existencia material y formal.

No obstante, en el juicio a petición del propio defensor y pese a la oposición del fiscal quien insistió en la improcedencia de utilizarse un documento que no fue incluido en el anexo al descubrimiento probatorio, ni en la audiencia de acusación, tampoco en la preparatoria como prueba, menos solicitado y decretado como tal, la juez le ordenó a este que se le pusiera de presente al policial Jhon Manuel Caro Beltrán para responder preguntas del defensor en el contrainterrogatorio.

En ese sentido, falta el recurrente al principio de corrección material al afirmar que la fiscalía en una actitud que raya con la ilicitud no le descubrió la totalidad de elementos materiales probatorios, evidencia física e información recaudada, refiriéndose a la orden de allanamiento, la cual, asegura *«se destacó por su ausencia en sede de juzgamiento»*.

No puede dejar de lado la Sala, que el registro técnico del juicio oral evidencia que el defensor no solo conocía de la existencia material de la orden de allanamiento en la que aparece como fecha de expedición *«25-11-2011»*, sino que además este logró la anuencia de la juez para utilizarla a pesar de no haber hecho parte del descubrimiento probatorio ni de la fiscalía ni de la contraparte:

Fiscal: quisiera que su despacho me colaborara con los registros si este documento que está solicitando el señor defensor porque no lo tengo...

Defensor: la defensa debe anticiparse a esa inquietud para con toda seguridad y certeza que en efecto la fiscalía no relacionó como elemento material probatorio la orden de allanamiento; sin embargo se que lo tiene en la carpeta de la fiscalía. La misma que inexplicablemente no se sabe por qué razón la fiscalía no lo anunció como elemento material probatorio esa orden, ni tampoco la solicitó como prueba.

Juez: señor fiscal, cuenta o no cuenta con ese documento la fiscalía.

Fiscal: es que el documento si existe solo que por la técnica del sistema contradictorio de la audiencia, la fiscalía debe verificar si fue enunciado, descubierto, solicitado como elemento material porque tampoco fue parte del interrogatorio directo al testigo. Es por esa razón por la técnica que tiene el juicio oral.

Defensor: **el documento fue descubierto y por eso se de la existencia** de ese documento, ahora que no lo solicito como prueba es diferente **pero el documento fue descubierto, claro, porque el señor fiscal fue el que me lo mostró... ahora como se que el descubrimiento si se hizo, de hecho estuve en su despacho, entonces simplemente lo solicité para que el testigo lo reconozca, sería válido...**

(...)

Fiscal: si bien es un elemento que tiene la fiscalía no fue objeto de descubrimiento, **el dice que lo tiene porque es lealtad de la fiscalía entregarle todo pero no es un elemento material probatorio descubierto ni autorizado por su despacho,** por eso la fiscalía no está de acuerdo que sea utilizado, además no fue objeto de interrogatorio.

Agotada la discusión, la juez ordenó al fiscal entregar la orden de allanamiento al defensor, quien se la puso de presente a Jhon Manuel Caro Beltrán, continuando el contrainterrogatorio en el que el testigo respondió que creía que era la misma que había tenido en sus manos el 30 de noviembre de 2011, leyendo la fecha que en ella aparece como la de su expedición por la Fiscalía Tercera Seccional²:

Defensor: solamente léanos aquí departamento, municipio, fecha y hora.

JMCB: departamento Caldas, municipio La Dorada, fecha **25 11 2011**. 10 doble cero

Evidencia lo anterior, como bien lo concluyó el *ad quem*, que la diligencia de allanamiento y registro en la que se incautó la sustancia estupefaciente en la vivienda de JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, se ejecutó en cumplimiento de una orden escrita expedida por la Fiscalía 3ª Seccional de Puerto Salgar, restando establecer si, como lo presenta el recurrente, la fecha de la misma fue alterada con el fin de ajustarla a los términos de vigencia señalados en el artículo 224 de la Ley 906 de 2004.

Para ello se requiere acudir a todos los medios probatorios practicados, como bien lo hizo el juzgador colegiado, dada la abierta improcedencia de valorar

² Escúchese a partir del minuto 10:10, del audio n.º 7 del cd que contiene la sesión del juicio llevada a cabo el 25 de octubre de 2013.

aisladamente el video que contiene apartes de la diligencia de allanamiento y registro, como lo pretende el demandante, por ser este el único medio del que surge una fecha de expedición diferente a la que contiene la orden de allanamiento que tuvieron a la vista el juez con función de control de garantías, el abogado defensor durante la audiencia preliminar y el declarante Caro Beltrán.

La supuesta adulteración de la fecha en la orden de allanamiento, surge del video en el que se escucha a Caro Beltrán leer un documento durante el procedimiento (30-11-2011), comunicándole a JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO que el ingreso de la policía judicial fue ordenado por un fiscal el «25-04-11», hecho este que, como se dijera en precedencia, no fue tergiversado por el *ad quem*, pero tampoco reconocido como una verdad incontrovertible, como lo pretende el recurrente, pues en el juicio oral se practicaron diversas pruebas, frente a las cuales guarda absoluto silencio el defensor, que patentizan que la fecha de la orden fue el 25-11-11 y que la lectura efectuada por Caro Beltrán corresponde a un error.

En este sentido se pronunció el tribunal:

...[A]parece excesivo que, a partir de la mirada de un video en el que alguien lee una fecha, se concluya que era ella verdad irrefutable y, en esa medida, que se estaba ante un diligenciamiento vencido de la orden de allanamiento, cuando más razonable y ajustado a los cánones legales era que, como prueba

que era el video y su contenido no axiomático, se le sometiera a un cotejo complejo con la restante prueba adosada

Entonces, el demandante se centra exclusivamente en el video del procedimiento de allanamiento y omite informar que la indagación en contra de JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO se inició a raíz de un anónimo recibido por el comandante de la estación de policía de Puerto Salgar, intendente Roosevelt Hernán Feria Nieto, el cual remitió al jefe de la Sijín de ese municipio el 21 de octubre de 2011,³ razón por la cual nada permite sostener el argumento de que la orden de allanamiento se expidió seis meses antes de iniciarse la indagación.

Tampoco tiene en cuenta el recurrente, que la orden de allanamiento se fundó en el informe que presentaron los miembros de la Sijín de Puerto Salgar a cargo de la corroboración de la información suministrada por las fuentes no formales, lo cual ocurrió el 2-11-2011⁴, lo que deja al descubierto que la fiscalía para el mes de abril de ese año no había recibido información relacionada con las actividades de tráfico de estupefacientes de las que se acusaba a PACHECO ROMERO.

De manera que ningún yerro advierte la Sala cuando el tribunal afirma que toda la información recaudada por los

³ Documentos que ingresaron al juicio a través de la declaración del mismo Feria Nieto en la sesión del 17 de julio de 2012.

⁴ Informe ejecutivo FPJ 3 del 21 de noviembre de 2011, ingresado a la actuación a través del jefe de la Sijín de Puerto Salgar, Walter Alexander Castro Lizarazo, en sesión del 6 de noviembre de 2012.

policiales y que a la postre sirvió para fundar la orden de allanamiento, se recolectó en el mes de octubre de 2011, lo que conlleva a confirmar que la fecha leída por Caro Beltrán en el video -25-04-11- es producto de un error.

Pródigamente el *ad quem* examinó el tema, advirtiendo que el

conjunto de actividades investigativas [que] datan de fecha muy posterior al supuesto mes de abril en que se emitió la orden de registro, pues en la queja aparece como fecha el 21 de octubre de 2011 (folio 69), el informe de fuentes no formales data del 15 de octubre de 2011 (folio 88), las declaraciones juradas de los gendarmes Rozo Leal y Ovalle Aguilar fueron tomadas el 2 de noviembre de 2011 (folios 96 y 199) y el álbum fotográfico fue construido el 17 de octubre de 2011 (folio 86)

Y no solo los documentos previos a la orden de allanamiento verifican que su real fecha de emisión es el 25-11-11, y que esa es la data que registraba el escrito en poder la policía judicial, sino que todos los formatos diligenciados durante la diligencia o minutos subsiguientes, por quienes practicaron el registro al inmueble donde residía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, valga recordar, el acta de la diligencia y el correspondiente informe ejecutivo presentados a la fiscalía y al juez de garantías, dan cuenta que la orden de allanamiento que tenían a su vista y con la cual ingresaron es del 25-11-11.

Si lo anterior no resultara suficiente para descartar la aludida ilegalidad del allanamiento, por haber sido practicado sin una orden vigente, el tribunal vislumbró que Walter Alexander Castro Lizarazo, solo llegó a la jefatura de investigación de la policía de Puerto Salgar, el 7 de octubre de 2011, momento a partir del cual empezó a empaparse de las problemáticas de seguridad del municipio, realizando labores de verificación que le permitieron presentar la solicitud de orden de allanamiento a la vivienda de JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, razón por la cual era imposible que antes de esa data apareciera actuando en tal condición.

De manera que ninguna prueba indica o siquiera sugiere que la fiscalía hubiera alterado la fecha de la orden de allanamiento, lo cual debió ocurrir, según lo propone el defensor, en el lapso subsiguiente al ingreso a la vivienda habitada por JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO, y el inicio de la audiencia de su legalización. Por el contrario, las pruebas confirman que el intendente Caro Beltrán, al ingresar al inmueble objeto de allanamiento incurrió en un error producto de la desatención, leyendo a quien atendía la diligencia como fecha de expedición de la misma 25-04-2011, cuando lo realmente anotado es 25-11-2011, es decir, cinco días antes de la intervención que tuvo lugar el 30 de noviembre de ese año.

En conclusión, pretende el recurrente imponer a la judicatura su propia visión interpretativa del yerro

intrascendental cometido por Caro Beltrán al iniciar la diligencia de allanamiento y registro el 30 de noviembre de 2011 al inmueble donde vivía JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO y sin ninguna prueba que la soporte, insiste en que se admita que una es la orden de allanamiento con la que la policía judicial ingresó a la vivienda y otra la que se puso de presente al defensor y al juez de garantías en la audiencia preliminar, que es la misma que se le exhibió al intendente de la policía Caro Beltrán durante su declaración en el juicio oral.

Evidencia lo anterior que en el proceso solo ha existido una orden de allanamiento expedida el 25-11-2011 por la Fiscalía 3ª Seccional de Puerto Salgar, la cual fue ejecutada por la Sijín de ese municipio en asocio con miembros de la Dijín, a partir de las seis de la mañana del 30-11-2011 y frente a la cual el Juez 1º Promiscuo Municipal de la Dorada impartió legalidad en audiencia realizada el 1º de diciembre de esa anualidad.

Y si bien, Caro Beltrán leyó una fecha de expedición diferente a la registrada en la orden, las demás pruebas practicadas en el juicio oral muestran que se trató de un error del cual ni siquiera se percató en la audiencia durante su declaración, en la que leyó sobre la orden que le fuera puesta de presente la fecha 25-11-2011 y sostuvo que corresponde al documento que tuvo en sus manos el 30 de noviembre de ese año cuando ingresó al inmueble allanado.

Finalmente, frente a la petición subsidiaria de casación oficiosa, no advierte la Sala que se presente alguna situación que amerite ser corregida ante un desacierto o la ilegalidad del fallo condenatorio, de tal manera que debiera predicarse que la conclusión correcta era la absolución proferida por la primera instancia.

Bien lo resaltó el representante de la fiscalía, en este aparte final el recurrente no hace nada diferente a perpetuar la discusión en torno a la valoración que, dice, debió hacerse de las pruebas y principalmente del video que registra apartes de la diligencia de allanamiento, que a la par critica por no corresponder a la totalidad de ella, proponiendo diversas hipótesis defensivas como la del 'falso positivo' que dice se presenta por la implantación de la sustancia estupefaciente; la persecución de la policía en contra de PACHECO ROMERO; las irregularidades durante el allanamiento; la falta de credibilidad de los policiales; las irregularidades en el manejo de la sustancia estupefaciente incautada; el debate sobre unas pruebas cuya práctica no se permitió en el proceso y un sinnúmero más de ataques que corresponden a un alegato propio de las instancias más no de la vía casacional.

Lo anterior permite a la Sala concluir, al igual que lo hicieron el delegado de la fiscalía y de la Procuraduría General de la Nación, la inexistencia de yerros que deban ser corregidos a través del recurso de casación, pues tal como lo declaró el tribunal en el fallo recurrido, la diligencia de

allanamiento y registro realizada el 30 de noviembre de 2011 en la transversal 1ª con calle 14 C del barrio Villa Ángela de Puerto Salgar (Cundinamarca), se practicó con las formalidades de ley, como lo declaró un juez con función de control de garantías y también se verificó durante el juicio oral.

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 emanada de la Constitución Política y la Ley,

RESUELVE:

Primero: NO CASAR el fallo impugnado, mediante el cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a JHONY ANDRÉS PACHECO ROMERO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Cuarto: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

(impedimento)

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

