

Proceso N° 10797

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.110

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho de junio del dos mil.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de marzo de 1995, mediante la cual Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado RAUL RIVERA a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales legales, como autor responsable de infringir el artículo 33 inciso primero de la ley 30 de 1986.

Hechos y actuación procesal.

El 9 de marzo de 1994, en las horas de la noche (9.30 p.m.), unidades de la Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá allanaron la residencia de Raúl Rivera, ubicada en la calle 25 A No.4-65 de esta ciudad, hallando en su interior 1.867.2 gramos de marihuana, y 5.1 gramos de cocaína contenidos en 20 papeletas elaboradas en papel mantequilla. También fueron hallados varios relojes de pulso, cámaras fotográficas, y grabadoras, entre otros elementos (fls.1, 19, 20, 21, 49/1). En el lugar, además del imputado, se hallaban varias personas tomando cerveza.

El operativo, de acuerdo con el informe suscrito por el Oficial que estuvo a su cargo,

y sus declaraciones en el proceso, se llevó a cabo después de haberse obtenido información de la ciudadanía en el sentido de que allí se expendían y consumían alucinógenos, y de haber realizado algunas labores de inteligencia en el sector. Sostiene que el imputado en un comienzo manifestó que la marihuana la utilizaba con fines terapéuticos, pero que después aceptó los hechos, argumentando que lo hacía para poder sobrevivir (fls.1 y 81/1).

En indagatoria, Raúl Rivera negó ser expendedor de droga, y también que en su residencia los policías hubiesen decomisado las cantidades relacionadas en el informe. Argumenta que en su poder solo fueron hallados 15 o 20 gramos de marihuana, correspondientes a su dosis personal, y que el operativo, además de haber estado plagado de irregularidades, se cumplió sin mediar autorización suya, y sin orden previa de autoridad judicial competente (fls.10-17/1).

Resuelta la situación jurídica del procesado y cerrada la investigación (fls.31 y 85/1), la Fiscalía, mediante resolución de 9 de junio de 1994, calificó el mérito del sumario con acusación por infracción al artículo 33 inciso primero de la ley 30 de 1986, en concurso material con infracción al inciso 2º de la misma normatividad, tras considerar que la conservación de sustancias de naturaleza distinta, constituía conductas punibles autónomas (fls.99/1). El procesado apeló esta decisión, pero el recurso fue declarado desierto en decisión de 6 de julio siguiente, por falta de sustentación (fls.112/1).

El 2 de noviembre del mismo año, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales legales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable de transgredir la prohibición contenida en el artículo 33 inciso primero de la ley 30 de 1986, pues consideró que dicho precepto recogía las conductas punibles imputadas al procesado en el pliego de cargos (fls.200-215/1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 7 de marzo de 1995, que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó integralmente en Sala mayoritaria (fls.35 del cuaderno del Tribunal).

La demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial debido a un error de derecho por falso juicio de legalidad, originado de la apreciación y valoración de la diligencia de allanamiento realizada por unidades de la Policía Nacional en la residencia del procesado Raúl Rivera, cuya ilegalidad resulta manifiesta.

Sostiene que la citada diligencia carece de eficacia probatoria, por cuanto se cumplió sin orden de autoridad judicial, contrariando el artículo 28 de la Carta Política, y doctrina de la Corte Constitucional que establecen las condiciones dentro de las cuales pueden ser limitados los derechos y garantías fundamentales de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio.

En la sentencia impugnada, el Tribunal Superior de Bogotá precisó que el operativo realizado por los miembros de la Policía Nacional estaba amparado por la ley, puesto que el implicado Raúl Rivera se hallaba en situación de flagrancia. Pero para poder hablar de flagrancia es necesario que el caso que amerita la intervención de la policía sea urgente, como lo tiene establecido la Corte Constitucional, al sostener que se está en presencia “de una detención arbitraria si no se dan las situaciones de urgencia o evidente peligro, y las autoridades policiales deciden detener preventivamente, incluso con motivo fundado, simplemente por eludir el control judicial previo o ahorrar tiempo y trabajo. Esto significa que la retención solo es constitucionalmente legítima si es la única alternativa para que la Policía pueda cumplir de manera adecuada sus deberes constitucionales. Admitir otra interpretación sería convertir la excepción – detención sin

orden judicial – en regla”.

Como puede verse, se exige que exista urgencia y evidente peligro para poder actuar, condiciones que no se cumplían en el presente caso, por cuanto la situación de apremio o peligro inminente fue desvirtuada por el propio informe policial, donde se precisa que el allanamiento fue el producto de un trabajo de inteligencia, y que actuaron con fundamento en una orden impartida por el Comando de Policía mediante oficio No.3750, resultando con ello claro, que los policiales contaron con tiempo suficiente para solicitar autorización a la autoridad judicial competente.

No se puede hablar de peligro inminente porque jamás existió. Por ende, se estaba en presencia de una situación ordinaria, que por disposición constitucional requería acudir a la autoridad judicial para la obtención de permiso, no a la autoridad administrativa a la cual se recurrió: el Comando del Departamento de Policía. En apoyo de sus consideraciones transcribe apartes de la sentencia de la Corte Constitucional No. C-024 de 1994, relacionados con la inviolabilidad del domicilio y su reserva judicial.

Los policiales que intervinieron en el operativo no solo desconocieron el contenido del artículo 28 de la Constitución Nacional, que exige previa orden de allanamiento de autoridad judicial, sino el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, que ordena elaborar un acta de diligencia de allanamiento y registro, con especificación de las cosas incautadas y la determinación del sitio donde fueron halladas. Y, agrega:

“Como lo vemos, en nuestro caso existen una serie de garantías quebrantadas que vulneran una verdad histórica haciendo de la prueba material del hecho punible nula de pleno derecho al no respetarse la ley al momento de su recolección. Protegiendo de esta forma con esta disposición constitucional que el inocente no se ha (sic) condenado, y que el culpable no se ha (sic) condenado más allá de sus responsabilidades; y por cuanto al momento de proferirse la sentencia de segunda instancia, al igual que la de primer (sic)

instancia, se hizo con base en una prueba que no puede ser tomada en cuenta por disposición constitucional. Surge entonces una (sic) error en la apreciación de un medio probatorio, por el desconocimiento de las exigencias para su propia validez, el cual – por contener una ilegalidad intrínseca – no debe ser estimado, hacerlo como se hizo, entrañaría un vicio de juicio o error in iudicando”.

Apoyado en estos razonamientos solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo que en derecho corresponda.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene que los argumentos expuestos por el demandante no son de recibo, y que el cargo, por consiguiente, no debe prosperar, porque si bien es cierto el artículo 28 de la Constitución Nacional consagra el principio de inviolabilidad del domicilio, y exige que para poder proceder a un allanamiento es necesario que medie orden escrita de autoridad judicial competente, el caso que es objeto de estudio cae dentro de las previsiones exceptivas, en atención a la situación de flagrancia en que se encontraba el procesado.

La policía tenía motivos suficientes para ingresar al inmueble habitado por Raúl Rivera, dados los informes de la ciudadanía y las labores de inteligencia que los llevaron a concluir que en dicho lugar se vendían y consumían estupefacientes, y cuando lo consideraron oportuno ingresaron, confirmando la existencia de la sustancia, en las cantidades precisadas en el informe.

En relación con la inexistencia del acta sostiene que su pretermisión que no le comunica ilegalidad a la diligencia de allanamiento, toda vez que se trata de una irregularidad de orden procedimental, no sustancial, que podría ameritar una investigación de carácter disciplinario, ya ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá cuando dispuso investigar los posibles abusos cometidos por las autoridades

policiales que intervinieron en el operativo (fls.15-22 del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA:

El derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, como tampoco lo es el principio de reserva judicial de cual está amparado. La Constitución Nacional establece las condiciones en que resulta procedente la afectación del primero, y también los casos en los que puede actuarse sin orden judicial previa, por razones de interés público.

Las primeras aparecen expresamente definidas en el citado artículo 28: a) mandamiento escrito de autoridad judicial competente (régimen de reserva judicial); b) observancia de las formalidades establecidas en la ley; y, c) existencia de motivos previamente definidos en la ley. Los últimos, o casos de excepción al principio de reserva judicial, surgen frente a las siguiente situaciones:

- 1) Cuando el delincuente que ha sido sorprendido en situación de flagrancia y es perseguido por las autoridades, logra refugiarse en su propio domicilio o domicilio ajeno. En estos casos, por expresa disposición del artículo 32 de la Constitución Nacional, las autoridades pueden ingresar al lugar sin orden judicial si los moradores se oponen a su ingreso, para el solo acto de aprehensión del imputado.
- 2) Frente a situaciones de detención preventiva administrativa y orden de captura vigente (artículo 28 inciso segundo de la Constitución Nacional), cuando la persona cuya retención o aprehensión se pretende busca refugio en su propio domicilio, o en domicilio ajeno. En estas hipótesis son aplicables, según doctrina de la Corte Constitucional, las reglas de la flagrancia, siendo permitida la intervención de las autoridades de policía sin orden judicial previa, para los solos efectos de la aprehensión (Cfr. Sentencia C-024 de 27 de enero de 1994 y D-179 de 13 de abril del mismo año).
- 3) Cuando se está cometiendo un delito en el propio domicilio, en domicilio ajeno, o en

lugar no abierto al público, y se hace necesario ingresar en él para impedir que se siga ejecutando. Esta hipótesis se encuentra consagrada en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: “Allanamiento sin orden escrita del Fiscal. En casos de flagrancia cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita del Fiscal, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el hecho. Salvo casos de flagrancia, el Fiscal o un Delegado suyo debe estar presente en el allanamiento”.

Esta disposición fue confrontada y declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-657 de 1996, al dar respuesta a una demanda de inconstitucionalidad de algunos de sus apartes, oportunidad en la cual hizo las siguientes precisiones sobre su contenido material, y su fundamento normativo constitucional:

“La flagrancia corresponde a una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades, cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del Fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de las autoridad del lugar en donde se desarrollaba, o la evasión del responsable, SITUACIONES ESTAS QUE SE REVELAN CONTRARIAS A LA CONSTITUCION POLITICA QUE EN SU ARTÍCULO 32 AUTORIZA A LAS AUTORIDADES POLICIALES Y SOLO A ELLAS, PARA ALLANAR UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL, EN HIPOTESIS COMO LA ANALIZADA” (Mayúsculas fuera de texto).

La diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por las autoridades de policía en el inmueble ubicado en la calle 25ª No.4-65 de esta ciudad, cuya legalidad el

casacionista cuestiona, se cumplió con fundamento en lo establecido en el citado artículo 344 del estatuto procesal penal (tercera hipótesis), después de haberse obtenido información en el sentido de que en dicho lugar funcionaba un expendio de sustancias estupefacientes. La objetividad y seriedad de las pesquisas que sirvieron de sustrato a la orden de allanamiento y registro, y la situación de flagrancia del acusado, no admiten discusiones frente a los resultados confirmatorios del operativo, ni son objeto de controversia por parte del casacionista.

Su inconformidad guarda relación con los principios de urgencia y necesidad que deben servir de referente a toda actuación policial de registro domiciliario sin orden de autoridad judicial, en la consideración de que, atendidas las circunstancias del hecho y la ausencia de un peligro evidente, las autoridades policiales que ordenaron el operativo dispusieron de tiempo suficiente para solicitar la orden judicial correspondiente, y la asistencia de un Fiscal a la diligencia.

Esta apreciación es equivocada. La situación de apremio que autoriza a las autoridades policiales a adelantar procedimientos de registro sin previa orden judicial, en casos de flagrancia, no necesariamente surge cuando se está en presencia de un peligro inminente, y se tiene la certeza de que la tardanza en actuar puede conducir a su realización, como equivocadamente parece entenderlo el casacionista. También se presenta cuando la amenaza se cierne sobre los resultados de la investigación criminal, porque existen motivos fundados para creer que la demora en la intervención puede provocar la desaparición o pérdida de la evidencia probatoria, o la fuga del implicado.

En el caso sub judice no es necesario esforzarse para comprender que la acción policial se sustentó en el último de los motivos relacionados, y que las argumentaciones del casacionista relativas a la ausencia de un riesgo inminente que hiciera imperiosa la intervención directa de la policía, resultan inaceptables, como quiera que no se trataba de



intervenir para proteger un derecho en peligro apremiante, sino de asegurar la evidencia probatoria de un delito en ejecución, y la captura de los responsables.

Las afirmaciones en el sentido de que las autoridades policiales dispusieron de tiempo suficiente para adelantar labores de seguimiento, y por tanto para solicitar y obtener la orden de allanamiento y registro, tampoco constituyen argumento válido para afirmar la ilegalidad de la diligencia. La posibilidad jurídica de adelantar una intervención policial directa surge de las circunstancias de ocasión, oportunidad, o urgencia, frente al caso concreto, no del hecho de estarse o no desarrollando labores de constatación de la información recogida, como parece insinuarlo el censor.

Bien puede suceder que en el curso de las pesquisas y averiguaciones surja la necesidad de actuar directamente ante el advenimiento de circunstancias inesperadas, o la probabilidad fundada de que la demora en la obtención de la orden judicial de registro puede determinar que el delito que pretende evitarse se realice, o que desaparezca la prueba del que viene siendo ejecutado. En estos casos, resultaría necio sostener que los requerimientos de necesidad y urgencia que deben acompañar toda actuación policial de registro domiciliario sin orden judicial, no concurren.

Visto, entonces, que la circunstancia de haberse adelantado labores previas de inteligencia no prueba, de suyo, que las autoridades policiales que ordenaron el operativo dispusieran de tiempo suficiente para obtener el permiso de ingreso, o que una tal decisión haya superado los linderos de razonabilidad y proporcionalidad dentro de los cuales debe estar enmarcada, atendidas las circunstancias concretas del hecho y los fines perseguidos, se concluye que la censura no se encuentra acreditada, y que se impone, en consecuencia, su desestimación.

En torno a la inexistencia del acta de la diligencia de allanamiento y registro, es de precisarse que el informe suscrito por el oficial que dirigió el operativo, y que aparece

presidiendo el cuaderno principal (fls.1), contiene todos los datos que deben ser registrados en un acta de allanamiento y registro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 346 del estatuto procesal penal (lugar, fecha y hora de la diligencia, elementos encontrados, descripción, personas detenidas), y que el problema, en consecuencia, se reduce a una cuestión puramente formal, sin ninguna incidencia en la validez y eficacia probatoria de la diligencia, en cuanto debiéndose registrar los pormenores de lo ocurrido en un acta, se hizo en un informe, que fue aportado a la actuación, y que las partes tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir durante todo el proceso.

La censura no prospera.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO

O.

PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Nuñez

SECRETARIA