

Proceso No 14117

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 17

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dos (2.002)

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre de JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 1.997 por el Tribunal Superior de Manizales, mediante la cual se confirmó integralmente la dictada en primera instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Salamina, condenando a dicho procesado a las penas principales de 4 años de prisión y multa de \$1'421.250 y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al hallarlo responsable de infringir el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los primeros tuvieron origen en la solicitud de allanamiento y registro elevada el 4 de septiembre de 1.996 por el Jefe de la Unidad Investigativa de la Policía Judicial de Salamina, pues según información de la ciudadanía del lugar y el seguimiento hecho

por esa autoridad durante varios días, al parecer en la residencia de JOEL ADARVE MANRIQUE, ubicada en la calle 8 No. 6-22, se vendían sustancias estupefacientes y que, la “mercancía o la droga para la venta”, es guardada en un cajón de madera que se mantiene en el “encielado” de la cocina o el baño.

Así, por resolución del 6 de ese mismo mes y año, la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Salamina, ordenó la práctica de la diligencia requerida, la cual se llevó a cabo en la misma fecha por parte del funcionario instructor, quien contó con la colaboración del Jefe de la Unidad de Policía Judicial y otros miembros de la Policía Nacional habiéndose hallado en una de sus habitaciones, una bolsa plástica azul y blanca con material “al parecer cristal de coca” y dentro de esa otra bolsa negra “al parecer con bazuco (sic)”, cuyo peso fue de 37 grms., otra bolsa con 26 grms. “al parecer bazuco (sic)”, una botella grande al parecer con acetona, otra con un líquido amarillo similar a gasolina, varias bolsas plásticas negras y blancas, dos porciones de “al parecer bazuco” envueltas en papel, encontrándose sustancia de la misma en otra bolsa plástica y un cigarrillo derby “al parecer”, igualmente, con sustancia estupefaciente.

También se halló un rollo de plástico para fabricar bolsas pequeñas, en la basura se encontraron 3 pedazos de un empaque plástico de café “donde al parecer viene empacado el bazuco”, encima del lavadero, por el cieloraso, un cajón de madera con candado, cuyas llaves fueron encontradas por el Jefe de la Unidad de Policía Judicial en la mesa de noche del implicado en un llavero con varias llaves, el cual contenía una gramera para 100 gramos marca Yamasa, 18 paquetes plásticos con sustancia al parecer con estupefaciente y varias bolsas plásticas que en su orden pesaron, 56.4, 60.8, 96.2, 86.4, 39.9, 25.8, 11.3, 6.3, 11.1, 21.6, 6.3, 9.8, 3.5, y otras bolsas con 3, 31 y 15 papeletas, respectivamente, otra bolsa con empaques de papel mantequilla, dos cucharas y una vainilla calibre 38.

En una vitrina se descubrió una bolsa plástica con \$121.290 en efectivo en billetes de varias denominaciones y entre unas revistas, varios empaques plásticos pequeños.

Lo anterior, entonces, sirvió de fundamento para que en el acto se ordenara la captura de JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE, quien estuvo presente en la diligencia y más adelante, esto es, el 9 de septiembre, se abriera formalmente la investigación, procediéndose a vincular al imputado mediante indagatoria, en la que comenzó por manifestar que en el allanamiento no le mostraron las sustancias que según el acta son “al parecer cocaína”, pues solo se preguntó sobre la procedencia del cajón, pero no le permitieron que identificara de que se trataba. Además, y como enfáticamente expresó ser ajeno a las imputaciones hechas en su contra como presunto expendedor de estupefacientes solicitó como pruebas varios testimonios de personas que clasificó entre clientes suyos, habitantes de la casa y vecinos de Aranzazu.

De la misma manera, agregó que el responsable de los cargos que a él le imputaban era un señor de nombre Rafael, de quien desconocía su apellido, pero que se podía ubicar por medio de John Jairo, John Fredy o Daladier, pues en días anteriores, ingresó al “cuarto de reblujos”, diciéndole que iba a dejar allí guardadas unas cositas, sin que le diera mucha importancia y menos se percatara de su contenido. Sin embargo, precisó que consume drogas y que por ese motivo tenía en el noyero de su pieza el cigarrillo encontrado por el despacho y varias papeletas, las cuales, dice, tampoco se las mostraron. Sin embargo consideró como otra explicación al hallazgo de dicho material en su casa, especialmente la caja encontrada en el cieloraso de la cocina, que fuera la acción de extraños, solo por el hecho de hacerle daño.

Explicó, también, que el plástico y las bolsas encontradas se debe a que hasta año y medio atrás hacían bolis, “sanwis (sic)” y empacaban aliños.

El 11 siguiente, se llevó a cabo diligencia de pesaje y destrucción de la sustancia incautada y entre tanto el defensor de confianza solicitó la declaración de Olga García de Agudelo. Así el día 13 se le definió la situación jurídica al encartado con medida de aseguramiento de detención preventiva por infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, al tiempo que se negaron por impertinentes las pruebas pedidas por el procesado en la indagatoria, pues se referían a la conducta de aquél sin tener ninguna relación con los hechos investigados, y la deprecada por el defensor porque Olga García ya había declarado en el asunto y además lo que se pretendía demostrar con la misma, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo el allanamiento, constaban en el acta respectiva.

Sin embargo, con posterioridad a la notificación de dicho proveído, nuevamente el defensor de ADARVE MANRIQUE insistió en el recaudo de la declaración de Olga García de Agudelo, siéndole negada tal pretensión en interlocutorio del 25 de septiembre de 1.996.

Más adelante, ante la insistencia del procesado, en resolución del 14 de noviembre de 1.996, la Fiscalía decretó la práctica del testimonio de Olga García de Agudelo por considerar que para ese momento era viable su recaudo, además de las deponencias de las personas vecinas a la residencia de ADARVE MANRIQUE para interrogarlas sobre la conducta de aquél.

En decisión del 19 de diciembre de 1.996, la Fiscalía negó la ampliación de la declaración de Rafael Bedoya, pedida por el procesado para que aclarara varias contradicciones, en que, a su juicio, incurrió, e igualmente, hizo lo propio con la práctica de varios testimonios pedidos por el defensor con el fin de acreditar que la señora Esther Gómez, propietaria de los apartamentos en donde se practicó el allanamiento, era expendedora de droga, no obstante, ordenó la expedición de copias para que se investigara la conducta de la citada ciudadana.

Perfeccionada, pues, la instrucción, el 27 de diciembre de ese mismo año se declaró cerrada y el 23 de enero de 1.997 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE por la infracción a la Ley 30 de 1.986 imputada en el proveído que le definió la situación jurídica, decisión contra la que el sindicado y el defensor, quien para entonces se encontraba hospitalizado según se acreditó en el proceso, interpusieron recurso de apelación que fue declarado desierto en proveído 14 de febrero de 1.997, el cual cobró ejecutoria el 19 del mismo mes y año.

Seguidamente, el apoderado de confianza de ADARVE MANRIQUE presentó memorial expresando que renunciaba a los términos de notificación y ejecutoria de la resolución anterior, al tiempo que renunció al poder conferido por “imposibilidad física y mental y por cambio de domicilio, ya que fui trasladado del Hospital Universitario de Caldas al Hospital Universitario del Valle”. Para enterar al acusado de la renuncia de su defensor y requerirlo para que designara uno nuevo se libró oficio No. 313 del 19 de febrero de 1.997, y en esa misma fecha el Personero Municipal también manifestó que renunciaba al término de ejecutoria de la decisión mediante la cual se declaró desierta la acusación contra el pliego acusatorio, habiendo hecho lo propio el procesado en escrito recibido el día 20, en el que además, adujo que “por ahora no estoy interesado en nombrar nuevo DEFENSOR ante lo cual, su señoría puede proceder a nombrarlo de oficio...”.

Remitido el proceso para el rito de la causa al juzgado Penal del Circuito de Salamina, el 21 de febrero de 1.991, precisó que antes de correr el traslado de que trataba el artículo 446 del Decreto 2.700 de 1.991, se nombraba al defensor público del pueblo para que asumiera la defensa del sindicado, el cual, mediante escrito del 27 siguiente manifestó que no aceptaba tal designación porque de acuerdo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 24 de 1.992 el procesado contaba con ingresos que le permitían sufragar los gastos de un abogado, deducción que hacía de los generales de ley dados por aquél en la diligencia de

indagatoria.

Sin embargo, antes de pronunciarse sobre la no aceptación del cargo por parte del defensor público, en auto de esa misma fecha, el juzgado dispuso oficiar a la cárcel del circuito de la localidad para que certificara la actividad a la que se dedicaba ADARVE MANRIQUE durante su reclusión, y como al día siguiente, el 28, se le informara que hacía memoriales, pero que no tenía ningún reconocimiento económico por parte de esa institución y además, se sabía que no cobraba por sus servicios, en decisión del 5 de marzo se relevó por uno de oficio al defensor público en mención, fecha en que por separado, dispuso correr traslado para la preparación de la audiencia pública.

Como entretanto, el propio acusado había presentado sendas solicitudes de nulidad y otras de pruebas, entre las que se cuenta la declaración de Rafael Puerta, y el Fiscal pidió que se trasladaran a ese asunto las declaraciones rendidas por José Orlando Cardona Zuluaga, Luz Marý Martínez Montes, John Fredy y John Jairo Quintero Duque y Daladier atehortúa Duque en el radicado No. 814, por cuanto las mismas hacían referencia a las explicaciones dadas por ADARVE MANRIQUE en la indagatoria, por auto del 15 de mayo el Juzgado decretó las de éste último y negó las nulidades impetradas por el sindicado.

No obstante y como quiera que en el término de ejecutoria de la decisión anterior el procesado solicitó una explicación respecto a la omisión del Juzgado para pronunciarse sobre sus solicitudes de pruebas, en auto del 29 del mismo mes, precisó que tal anomalía se suscitó a raíz de que el memorial correspondiente se anexó al cuaderno de copias, el cual, para la fecha en que se dictó el auto que lo debía resolver se encontraba en el Consejo Superior de la Judicatura a donde se remitió por solicitud de esa autoridad. Por ese motivo, consideró pertinente aplicar el principio de integración y con base en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, aclarar el auto del 15 de mayo “explicando como en efecto se de hizo, lo ocurrido con el memorial petitorio de

pruebas oportunamente remitido a este despacho por el sindicato” y, consecuente con ello, negó la declaración del Jefe de la SIJIN y el Técnico del Cuerpo Técnico de Investigaciones al igual que la de Olga García de Agudelo, al tiempo que ordenó la ampliación de declaración de Rafael Bedoya Puerta, Daladier Atehortúa, John Jairo y John Fredy Quintero Duque.

Así, una vez concluida la audiencia pública se dictó sentencia de primer grado, la cual fue apelada por el Fiscal para oponerse a la apreciación del Juez en el sentido de que los resultados de la prueba de campo fueron variados o que se hubiera consignado en la diligencia de pesaje información que no correspondiera a la suministrada por el químico del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía. Además, se mostró inconforme con la tasación de la pena.

Por su parte, el procesado también apeló, pero para cuestionar los resultados de la diligencia de pesaje, insistiendo repetidamente que como al respecto se presentaron varios guarismos, entonces debía resolverse el asunto por duda y absolverlo, más aún cuando él no era el responsable del estupefaciente. En lo demás cuestionó la valoración probatoria.

LA DEMANDA:

1. Habiendo invocado las causales primera y tercera del artículo 220 del Decreto 2.700 de 1.991, inicia el demandante por afirmar que el fallo de segundo grado violó los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1.986 y 294 y 445 del Decreto 2.700 de 1.991.

Así, en lo que pareciera ser la demostración de la censura, transcribe el contenido del artículo 29 de la Carta Política asegurando que en este asunto se “violó la ley preexistente” porque la diligencia de allanamiento y registro se llevó a cabo sin la asistencia del Ministerio Público, deficiencia, que a su juicio, no se subsana por el hecho de que hubiera intervenido el funcionario instructor como lo sostiene el Tribunal, más

aún cuando fue en realidad la Policía Judicial la que practicó el decomiso, pues fue la que solicitó la diligencia, la que hizo el seguimiento y la que finalmente ingresó al interior de la residencia y procedió a la incautación de la sustancia porque tenían conocimiento de la existencia de la droga, como así lo declararon José Ramiro Marín Carvajal y Faber Alex Espinosa, es decir, la Fiscalía solo se hizo presente para la redacción del acta.

Se queja también de que no se hubiera hecho una identificación técnica de la sustancia y no como aquí ocurrió, que fue de manera “mediocre sólo por la simple percepción de los sentidos”, anotándose un pesaje general en el acta, ya que la que se hizo con reactivos químicos fue 5 días después y con posterioridad a la indagatoria.

Transcribe el aparte de la sentencia en el que se afirma que el Fiscal no estaba obligado a realizar una inspección sobre la sustancia al día siguiente de los hechos porque él mismo participó en su incautación y allí se hizo un pesaje e identificación provsional y además, la que finalmente se hiciera 5 días después se explica porque el procesado exigió la presencia de su abogado de confianza, enfatizando que tales explicaciones no son lógicas ni legales, porque la norma ordena que sea al día siguiente.

En conclusión, la diligencia de registro y la de inspección sobre la droga son inexistentes “y nulas, que no se podían tener en cuenta para la decisión final”, la primera por la ausencia del Ministerio Público en la diligencia de registro, el no haberse hecho identificación técnica y pesaje allí mismo y la segunda por haberse llevado a cabo en forma extemporánea.

Acto seguido, agrega, que “se violó por consiguiente la doctrina de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sentencia de Noviembre 16/94”, atinente a la técnica para alegar en casación esta clase de vicios, la cual transcribe de inmediato.

Adicionalmente, sostiene que la extemporaneidad de la diligencia de pesaje e

identificación incidió en la defensa del procesado, pues al momento de la indagatoria no se le pudo mostrar el elemento constitutivo del cuerpo del delito y por ende, no estuvo en condiciones de controvertir esa prueba.

De otra parte, manifiesta que en la indagatoria su defendido afirmó que fue Rafael Bedoya Puerta, a quien describió físicamente, la persona que dejó en su residencia los objetos contentivos de la droga, pero a pesar de que se le hizo comparecer al proceso y de que reconoció ante el instructor que él dejó un costal y un cajón en la casa de JOEL ADARVE por encargo que a su turno le hiciera un primero desconocido y que ignoraba lo que contenían en su interior, no fue vinculado a la investigación, pese a que dicha versión fue corroborada con las deponencias de John Jairo Quintero Duque, Daladier Atehortúa Duque y John Fredy Quintero Duque, quienes con algunas diferencias, se refirieron de todos modos al tema principal.

Esas declaraciones, por tanto, a juicio del demandante merecían ser creídas conforme a las reglas de la sana crítica, pero el instructor y el juez las menospreciaron “con el argumento infantil de que eran amigos del encartado” y que presentaban serias contradicciones, cuando es apenas lógico que existan diferencias entre quienes no han sido aleccionados. Se violó, así el artículo 294 del Decreto 2.700 de 1.991.

Se refiere de nuevo al pesaje e identificación de la sustancia incautada, destacando que los resultados de la misma variaron a lo largo del proceso, pues en la diligencia de registro se lee que se refieren a ella como “al parecer cristal de coca”, “al parecer sustancia estupefaciente”, “al parecer bazuco”, sin precisar de qué se trataba el polvo blanco y además, se pesó por partes “sin totalizarsen (sic) al final”, habiendo arrojado un peso de 1.048.4 gr. Se le asignó a las bolsas y elementos un número en desorden partiendo del 2, descendiendo al 1 y hasta llegar al 12. El polvo blanco pesó aquí 550 gramos” y en la inspección con identificación técnica que se hizo extemporáneamente, unas arrojaron positivo y en las que dio negativo para base de coca, opio y morfina en el

acta se anotó positivo “porque el instructor la hizo constar así”. Su peso fue de 476.7 gramos y el total fue de 935.4 y no se tuvo en cuenta la numeración hecha inicialmente.

Por su parte, los laboratorios de Pereira y Medellín confirmaron que “la tal sustancia blanca dicha, no era, ni cocaína, ni heroína, ni morfina” y que su peso era de 341.3 gramos, pero tampoco estas autoridades hicieron coincidir la numeración asignada por el Fiscal.

Todas esas inconsistencias, a juicio del casacionista hacían manifiesta la duda sobre la responsabilidad de su defendido, ya que aparte de la ilegalidad de las pruebas a que se ha referido, no podía saberse por cuál cantidad se condenaría al sindicado, y eso redunda en la violación del artículo 445 del Decreto 2.700 de 1.991, conclusión a la que llega apoyándose en la cita una sentencia de un juzgado Penal del Circuito de Bogotá.

2. Bajo lo que denomina como “fundamentos relativos a la causal segunda invocada” hace algunas consideraciones sobre la otrora clasificación jurisprudencial entre nulidades legales y supralegales, enfatizando que en este caso se desconoció el derecho de defensa al no haberse practicado oportunamente las pruebas testimoniales pedidas por el sindicado en la indagatoria y por el defensor, las cuales fueron negadas en la resolución de situación jurídica con el argumento de que con ellas pretendían demostrar la conducta del implicado, no obstante que posteriormente cuando ya no producían ningún efecto, y ante la insistencia de aquél, fueron decretadas.

Pero además, el instructor “nunca” ordenó la ampliación de declaración de Rafael Bedoya Puerta, con la que se hubiera podido evitar la ampliación de indagatoria, ya que a ello solo se procedió en la etapa del juicio.

Se queja igualmente, de que se negara la declaración de Esther López de Gómez, pese a que la defensa la pidió porque contra ella pesaban serios señalamientos de ciudadanos de Aranzazu que la calificaban como traficante y expendedora de estupefacientes, pero en

su lugar la Fiscalía dispuso investigación por separado, en la que efectivamente se comprobó su ilícito comportamiento, y aunque se ordenó como prueba trasladada para el juicio el proceso seguido en contra de aquella, no fue tomada en cuenta.

Tampoco, en el juicio se hizo comparecer a José Ramiro Marín Carvajal, Jefe de la Policía Judicial de Salamina, ni a Nestor Gómez Gómez, Técnico de CTI, al primero para que aclarara los cargos que pesaban en contra de JOEL ANTONIO y, al segundo para que sustentara el resultado de la prueba de campo, y aparte de ello no se tuvo en cuenta la denuncia penal que en contra de Marín presentara el sindicato, por el delito de calumnia.

No se ordenó una inspección al lugar de los hechos para verificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como establecer si teniendo en cuenta que Bedoya Puerta es enfermo de la columna, pudo subirse a los sitios en los que fueron encontrados los elementos contentivos de la droga, o determinar las condiciones de luz natural.

Por lo anterior, afirma la violación de los artículos 246, 249, 251, 333, y 362 del Decreto 2.700 de 1.991.

Para el demandante, además, la sentencia se dictó con base en un dictamen parcial desconociendo el resultado definitivo, pues allí se tomó como base el dictamen según el cual la sustancia pesó 476.4 gramos de base de coca, cuando el laboratorio de Medicina Legal de Bogotá dijo todo lo contrario, es decir, se desconoció el principio de legalidad.

De otro lado, en la etapa del juicio se quebrantaron todos los términos, pues solo hasta el 5 de marzo se enteró al procesado del traslado de 30 días para preparar la audiencia, cuando debió hacerse en febrero y aunque ese lapso venció desde el 21 de abril de 1.997, el Juzgado dejó hasta el 15 de mayo de ese mismo año para pronunciarse, no sobre las

pruebas, sino respecto de las nulidades y la audiencia, y aún así, el debate público se vino a celebrar el 24 de junio, no obstante que fue programada para el 24 de mayo. En fin, lo único que se hizo dentro del término legal fue dictar la sentencia condenatoria.

Sin embargo, aclara que “en la notificación sobre AUDIENCIA solo se decretó la prueba requerida por el Sr. Fiscal, viniendosen (sic) a decretar parte de las pruebas pedidas por el imputado solo en Mayo 29/97, es decir, a las dos semanas de la actuación anterior”.

Recalca, también, que JOEL ANTONIO ADARVE permaneció sin defensa técnica desde que el expediente llegó de la Fiscalía al juzgado hasta poco antes de la audiencia pública y reitera de inmediato que se violaron los artículos 446 y 447 del Decreto 2.700 de 1.991, y se lesionó el principio de legalidad.

Vuelve a transcribir la sentencia del Tribunal, pero esta vez, en cuanto analiza por qué se presentó la diferencia en los resultados de los pesajes, en el sentido de que se trata de un polvo que se puede escapar en diferentes cantidades, que además fue manipulado y que el peso bruto es diferente del peso neto, replicando al efecto que como el laboratorio no indicó que fuera volátil y se manipuló, pudo también ser fácilmente cambiada o alterada, porque si los funcionarios la tuvieron en los mismos empaques y no la volvieron a sacar después del registro, no tenía por qué variar su peso inicial.

En cuanto a la diferencia entre peso bruto y peso neto, sostiene el libelista que si aquél “es diferente al primero, debieron haber explicado como se produce esa diferencia y citar la norma o ley que así lo determine para poderla controvertir en el ejercicio del derecho a la defensa. Porque si es la misma sustancia o elemento que se pesa en el registro y se conserva luego en sus mismos empaques en que fue encontrada, no hay explicación legal ni lógica para la variación de su peso en la inspección; solo la explicación caprichosa y a priori cabe en la mente del fallador más no en la lógica y en la

legalidad...", salvo que se hubiera hecho primero mojada y después seca y si el propósito era el de ahondar en garantías, en la segunda oportunidad no tenía por qué arrojar otro resultado, aunque en últimas la ley si exige dos pesajes, "ya que si para el registro ordena la identificación técnica de las sustancias es incluyendo el pesaje, posteriormente para la Inspección Judicial sobre las sustancias también se tienen que pesar".

Por ello no es cierta la apreciación del fallador en cuanto tiene que ver con el hecho de que al procesado sí se le pusieron de presente los elementos incautados, dado que la diligencia de inspección y pesaje se realizó con posterioridad a la indagatoria, y lo único que se le puso de presente a ADARVE MANRIQUE en su injurada fue una serie de bolsas tapadas con una sustancia no identificada, lo que significa que no se sabe sobre qué delito se interrogó, ya que la única prueba que existía al respecto era el presentimiento del instructor, es decir, se infringió el artículo 365 del entonces ordenamiento procesal y "se violó el principio de legalidad así como el principio de contradicción de la prueba".

Consecuente con lo anterior, sostiene que como en la indagatoria su defendido afirmó ser adicto a las drogas, explicando en esa medida el hallazgo en su habitación de un cigarrillo derby "arreglado" y dos papeletas, a lo sumo se le podía condenar por una contravención de policía porque la sustancia contenida en los mismos pesó 0.9 gramos. Sin embargo, lo que se impone es la absolución porque aparte de los distintos resultados que aparecen en el proceso sobre la cantidad de droga incautada, la única que fue objeto de confesión por parte de ADARVE MANRIQUE, que en la diligencia de registro se marcó con el número 6 y se empacó en una caja roja, no fue examinada técnicamente ni pesada en la inspección judicial extemporánea a que se ha referido, ya que allí el instructor hizo aparecer un listado de elementos rotulados del 1 al 5 como de los encontrados en la habitación del sindicado, los cuales arrojaron un total de 16.2 gramos.

Transcribe de nuevo la sentencia del juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá y concluye que, como ha demostrado la violación al debido proceso y consecuentemente al derecho de defensa, debe decretarse la nulidad.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA PRIMERA DELEGADA EN LO PENAL:

1. Los sustanciales y evidentes desaciertos técnicos en que incurre el demandante en la proposición y demostración de las dos censuras que propone como ataque al fallo impugnado, son suficientes, a juicio de la Procuradora Delegada, para su desestimación.

En efecto, en el primer cargo que sustenta con base en la causal primera de casación, no identifica el libelista el motivo de la violación a la ley sustancial, ni el sentido de la misma y mucho menos señala la modalidad de error. Además, cita como normas sustanciales violadas varias que son de carácter instrumental e incluye en los “fundamentos” del ataque el quebranto del artículo 29 de la Carta Política, lo que indica que lo atinente a esa transgresión debió proponerlo por la causal tercera.

En el mismo sentido de los tres reproches que en el fondo comprende el primer cargo, se advierte que, si en primer lugar pretendía cuestionar el valor probatorio de la diligencia de identificación y pesaje e inspección a la sustancia incautada, por haberse llevado a cabo en forma extemporánea, entonces, le correspondía escoger el error de derecho por falso juicio de legalidad y demostrar el incumplimiento del instructor de las formalidades legales requeridas para su aducción al proceso.

Aún así, puntualiza, que la interpretación dada por el ad quem a los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1.986 sí es la correcta porque están efectivamente referidas al decomiso de sustancias sicotrópicas únicamente cuando se lleva a cabo por parte de la policía judicial “y en tal medida, con la prontitud con la que se debe actuar en estos casos para asegurar la prueba, las normas no exigen como requisito de validez de la diligencia, cuando se ha hecho respetando los derechos fundamentales de las

personas, la presencia del ministerio público, menos aún cuando la incautación es practicada directamente por el Fiscal instructor, como ocurrió en este caso, quien al día siguiente de iniciada la investigación en contra del señor ADARVE MANRIQUE, abundando en garantías, comunicó por escrito a los personeros de Salamina y de Aranzazu; y además, en la prueba de campo y pesaje efectuada el 11 de septiembre de 1.996 intervino el Agente del Ministerio Público”.

Además, en el acta del aludido allanamiento y registro, el propio procesado dejó constancia sobre la “mesura y el fundamento con los que la Fiscalía y el Cuerpo de Policía hicieron la diligencia”.

En el segundo reproche que también hace parte del primer cargo, y que tiene que ver con la violación del artículo 294 del Decreto 2.700 de 1.991, según el demandante, porque instructor y fallador menospreciaron varios testimonios, destaca la Procuradora que dicha preceptiva legal no es de orden sustancial y además que con ello se pretende revivir un debate probatorio ya superado, pues si a lo que apunta la censura es a demostrar el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, el ataque se debió postularse como un error de hecho por falso raciocinio.

Sin embargo, el análisis expuesto por el Tribunal para desvirtuar lo que llamó “peregrina historia” del procesado, es amplia y convincente, como pasa a corroborarlo con la transcripción de los acápites pertinentes.

Ahora bien, en lo que concierne a los planteamientos sobre el in dubio pro reo, dice la Representante del Ministerio Público que ha debido plantearse como una violación directa de la ley si a criterio del censor, el fallador no obstante admitir la existencia de la duda frente a la prueba recaudada, dejó de aplicar el artículo 445 del Decreto 2.700 de 1.991, es decir, no absolvió al procesado; pero si las críticas estuvieran orientadas a poner de presente un error de hecho o de derecho, escoger, entonces, la vía indirecta.

Aún así, precisa que a pesar de haberse presentado algunas inconsistencias “con la falta de identificación de algunas muestras en Medicina Legal que arrojaron resultados negativos”, lo cierto es que al procesado solo se le dedujo responsabilidad penal por la mínima cantidad que arrojó resultado positivo, esto es, por 341.3 gramos, la cual, de todas maneras es muy superior a la mínima contendida en el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986.

2. En cuanto al presunto segundo cargo, en el que se propone una nulidad, recuerda en primer lugar la Procuradora los criterios sentados por la jurisprudencia de la Sala para esta clase de reproches, puntualizando que en el presente asunto el libelista acusa el quebranto al debido proceso, al derecho de defensa y el principio de favorabilidad, cuando éste último corresponde alegarse al amparo de la causal primera porque no es de naturaleza procesal sino sustancial.

Así, en cuanto tiene que ver con la no práctica de varios testimonios y la inspección al lugar de los hechos, omisión que el defensor califica de lesiva del derecho de defensa porque respaldaban la posición del procesado en el sentido de que Rafael Bedoya le llevó a guardar a su casa los elementos contentivos de la sustancia incautada, no demuestra de qué manera con ello se quebrantaron garantías fundamentales de los sujetos procesales o se desconoció la estructura básica del procedimiento y tampoco cómo tales yerros incidieron en la sentencia, máxime cuando para ello no tiene en cuenta, de un lado que el dictamen sobre la naturaleza de la droga rendido por el Instituto de Medicina Legal no fue objetado en su oportunidad y como el instructor practicó directamente la diligencia de allanamiento, pudo verificar en forma personal las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron hallados los estupefacientes.

En ese sentido, agrega, que tampoco podría pensarse en ausencia de defensa técnica porque el defensor de confianza de JOEL ANTONIO ADARVE renunció a su cargo el 18 de febrero de 1.997, haciendo lo mismo en cuanto al término de ejecutoria de la

providencia que declaró desierto el recurso de apelación contra la resolución acusatoria, y el 5 de marzo siguiente se posesionó un defensor de oficio para asumir su causa, es decir, antes del inicio del término para preparar la audiencia.

Sobre la diferencia de cantidades de la sustancia incautada, insiste que con ello no se afectó ningún derecho porque el fallador solo tuvo en cuenta la mínima que arrojó resultado positivo, que fue la de 341.3 gramos. Pero además, la duda que se aduce en este sentido debió plantearse por la causal primera, como igual ocurre, insiste, con la violación al principio de favorabilidad.

Tampoco tienen trascendencia alguna las críticas de la defensa sobre los elementos que el Fiscal le puso de presente al procesado en la diligencia de indagatoria, pues lo que hizo el instructor no fue nada distinto a darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 365 del Decreto 2.700 de 1.991, porque esos eran los objetos relacionados en el acta de allanamiento, como encontrados en su casa, la cual contiene la firma del propio sindicado, entre las que se encontraron cantidades que el Instituto de Medicina Legal dictaminó como sustancias a base de cocaína, más aún cuando como lo advirtió el Tribunal, “no puede ser pura coincidencia que se hubieran hallado numerosas bolsas plásticas, varias papeletas, un rollo plástico utilizado para hacer bolsas o papeleras, una gramera y dinero en efectivo”.

Por último, advierte que el demandante no indica el momento procesal a partir del cual se hace necesario invalidar la actuación.

Solicita, por tanto, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1. A fin de respetar el principio de prioridad que orienta el recurso de casación, la Sala se ocupará en primer lugar del cargo titulado por el demandante, como “fundamentos de la

causal segunda invocada”, el cual, en realidad se fundamenta en el motivo de nulidad según se desprende del preámbulo de la demostración de las censuras que cree haber postulado contra la sentencia de segunda instancia.

2. Siendo que en este evento el libelista acusa violación del derecho de defensa y el debido proceso a partir de una incoherente mezcla de argumentos que no permiten aclarar hacia dónde apunta el reproche, forzoso se hace recordar, como reiteradamente ha debido hacerlo la jurisprudencia con especial énfasis en los últimos años a partir de la descentralización de este recurso, en el sentido de que la nulidad no es un motivo de casación subordinado de los demás, ni mucho menos constituye un espacio abierto en el que el demandante quede relevado de cualquier metodología para la exposición de sus razones, por el contrario, como el que más, tiene expresamente regulados en la ley los principios básicos que se imponen observar para su planteamiento y desarrollo, los cuales no son otros que los contenidos en el artículo 308 del Decreto 2.700 de 1.991 y actualmente en el 310 de la Ley 600 de 2.000.

3. Conforme con lo anterior, resulta claro entonces que dada la trascendencia que tienen frente al proceso los resultados que persigue, más aún tratándose de uno que ha agotado las instancias ordinarias, no puede concebirse la nulidad como un espacio relajado para que el demandante especule sin ninguna seriedad frente a la realidad que arroja la actuación y lo que es más grave le confíe al azar la razón de sus propuestas, porque sabido es desde antaño, que a la Corte como Tribunal de casación no le corresponde hacer una evaluación oficiosa del asunto, salvo, claro está, cuando advierte la presencia de violación de garantías fundamentales o de una nulidad, que no es precisamente la situación que ofrece este caso.

4. En efecto, desatendiendo por completo las mínimas exigencias para la proposición de nulidades, en este asunto el demandante no solo omite indicar el momento procesal a partir del cual se hace necesario dejar sin efectos la actuación surtida en las instancias

para procurar que las cosas vuelvan a su estado anterior, sino que no hace una proposición clara y coherente de la cual pueda deducirse o bien el desconocimiento del derecho de defensa o la violación al debido proceso y mucho menos procede a su demostración, haciendo del escrito de demanda una maraña de argumentos que difícilmente se pueden emparentar entre sí y sobre todo, que nada tienen que ver con la causal invocada, para terminar haciendo una mezcla confusa entre errores de garantía con aquellos de actividad, siendo lo más reprochable que se apoye en afirmaciones baladíes, insulsas y que no consultan el proceso el proceso ni los conceptos teóricos de las garantías procesales cuya restauración reclama y por supuesto, tampoco pone de presente la forma como los presuntos vicios trascendieron a la sentencia, reduciéndose el extenso memorial a una constancia sobre las quejas que le merece el trámite, pero no más.

5. Es así como, para poner de manifiesto el agravio al derecho de defensa, se vale de sofismas que a la postre, solo conducen a concluir la sin razón de sus planteamientos, pues comienza por afirmar enfáticamente que no se recaudaron las pruebas pedidas por el procesado y su defensor, aunque de inmediato aclara que finalmente se practicaron, solo que “cuando ya no producían ningún efecto”, apreciación que también extiende a la ampliación de declaración de Rafale Bedoya, cuyo recaudo finalmente ocurrió en la etapa del juicio, o la de Esther López de Gómez, de quien curiosamente y de manera inconsulta dice que la Fiscalía en el radicado No. 814 efectivamente comprobó que sí era, como lo sostenía la defensa, expendedora de alucinógenos, cuando lo que aparece en el proceso es lo contrario según se observa al folio 346, pues en oficio No. 845 del 5 de junio de 1.997, la Fiscalía Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Salamina, informó que tal investigación fue “archivada al proferirse RESOLUCIÓN INHIBITORIA con fecha mayo 8 del año en curso”.

6. Además, no es cierto que la declaración de esa mujer en particular se hubiera solicitado por la defensa, si se tiene en cuenta que en los memoriales en los que se menciona el nombre de Esther Gómez, visibles a los folios 166, 168 y 169, todos presentados el 28

de noviembre de 1.996, el defensor lo que hizo fue “informar” al instructor del conocimiento que tenía proveniente de varias personas de Aranzazu, según él, de que la citada vendía estupefacientes, aclarando que “no es un cargo ni una afirmación la que hago en contra de esta persona Esther Gómez, pero es digno que se investigue y se compruebe su veracidad o no...”, circunstancia que consideró suficiente para que se estimaran procedentes los testimonios de Orlando Cardona y Luz Martínez Montes, habiendo enfatizado que “En el momento que sepa de más personas que puedan declarar bajo juramento este aspecto lo informaré a la Fiscalía”. En escrito separado corrigió el nombre de aquella como el de Rosa Esther Gómez de López y más tarde, en el mismo día, pidió, además, las declaraciones de John Jairo Quintero Duque, John Fredy Quintero Duque y Daladier Atehortúa.

7. Esa y no otra razón es la que explica por qué el Fiscal no decretó la aludida declaración y decidió ordenar que se investigara la conducta de la señora López de Gómez, ya que el apoderado del sindicato, como quedó visto no solicitó su recaudo sino que denunció unos hechos al parecer delictivos y pidió que citaran a declarar en este asunto a quienes supuestamente tenían conocimiento de ello, lo cual, por no tener ninguna relación con el delito objeto de esta investigación, hacía desde todo punto de vista, impertinente los testimonios impetrados.

Sin embargo, notificada en forma personal esa decisión al inculcado y a su procurador judicial, como también al Ministerio Público con la advertencia de que contra ella procedían los recursos de reposición y apelación, todos guardaron silencio mostrándose, así, conformes con la misma.

8. Lo mismo ocurre en relación con las declaraciones de José Ramiro Marín Carvajal, Jefe de la SIJIN. y Néstor Gómez, Técnico del CTI, las cuales fueron con acierto negadas por el Juzgado por ser notoriamente impertinentes, dado que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontró la droga consta en el acta de allanamiento, pues contra

esa determinación no se ejercitó ningún recurso de ley.

9. En igual sentido, vale la pena agregar que la defensa también se duele de que no se hubiera practicado una inspección al lugar de los hechos con el fin de determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue hallada la droga y si Bedoya Puerta, atendida su dolencia de columna podía subirse al sitio en el que se encontró el cajón, pues una pretensión de esta naturaleza no fue hecha en el curso de todo el proceso, y además, los propósitos que persigue permiten a no dudarlo, calificarla de improcedente por estar referida a hechos ya demostrados en la actuación con el acta misma de allanamiento y registro. Aparte de lo dicho, el libelista no se esfuerza por demostrar cuál sería el aporte que una tal prueba le generaría a la actuación y cual su incidencia en la decisión final.

10. De aquí en adelante el fundamento del pretendido reproche se divide en una serie de comentarios personalísimos del censor que ninguna relación tienen con el motivo de nulidad, todo lo cual necesariamente desvía el ataque hacia la causal primera, toda vez se trata de cuestionamientos que afectan única y exclusivamente la sentencia, en cuanto tiene que ver con defectos, a juicio del casacionista, en la apreciación de las pruebas.

11. En efecto, la mayoría de aseveraciones no son más que aislados comentarios carentes de seriedad alguna, como ocurre con el referido a que se dictó sentencia sin tener en cuenta el resultado definitivo del peso que arrojó la sustancia encontrada en su residencia, porque no es cierto que el fallo haya tenido presupuesto para condenar la cantidad de 476.4 gramos de cocaína desconociendo, a su turno, que el Instituto de Medicina Legal había conceptuado negativo para el mismo valor, por cuanto otra cosa, bien diversa a la que entendió el actor es la que allí se lee, a pesar de que el ad quem dejándose impresionar por los alegatos del procesado, consideró que “existe un grave problema originado en la forma como el laboratorio se abstuvo en algunos casos de identificar las sustancias examinadas con los números utilizados por la Fiscalía para

enumerar cada una de las numerosas muestras. Como hubo dos resultados negativos y se ignora a qué número corresponden (fs.102 y 104), no se puede deducir responsabilidad al procesado sino por las porciones que dieron resultados positivo y fueron identificadas en el experticio con los números que asignó la Fiscalía, esto es, las muestras 3, relativa a un total de 4.1. gramos, 4 a 0.9 gramos, 5 a 2.4 gramos, 6 a 34.6 gramos, 7 a 21.6 gramos, 10 a 38 gramos, 11 a 84.4 gramos, 12 a 24.5 gramos, 13 a 12.2 gramos, 14 a 8 gramos, 17 a 94.3 gramos, 19 a 5 gramos, 20 a 1.8 gramos, 26 a 3.3 gramos y 27 a 2.1 gramos, para un total de 341.3 gramos” (subraya la Sala).

Lo anterior, por cuanto resulta evidente que para esa afirmación el Tribunal no tuvo en cuenta que mediante oficio No. 2039 del 30 de octubre de 1.996, la Fiscalía le solicitó al Instituto de Medicina Legal aclarar dicho dictamen, porque no obstante haberse enviado 27 muestras “solo aparecen relacionadas con su número algunas de ellas (3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26 y 27)” siendo necesario saber “en forma exacta y precisa, a qué sustancia pertenecen las muestras rotuladas 1, 2, 8, 9, 15, 16, 19 y 25, de las cuales quedaron los remanentes allí. Igualmente que se precise a qué muestras corresponde el numeral 7 de la hoja marcada 0008950, que habla de bolsas plásticas con sustancia blanca” (f. 132).

Esa aclaración, aparece al folio 164, así: “...Las muestras números 1, 15 y 16 corresponden al LE 3993 numeral 12 de la hoja 8951 cuya respuesta es Estupefaciente Cocaína: Positivo; La muestra número dos corresponde al LE 400 numeral 8 de la hoja 8950 cuya respuesta es Estupefaciente Cocaína: Positivo, Tabaco: Positivo; La muestra número 25 corresponde al LE 3998 numeral 6 hoja 8950 cuya respuesta es Estupefaciente Cocaína: Positivo. Las muestras número 8 y 9 corresponden al LE 3992 numeral 7 hoja 8950 cuya respuesta es Estupefaciente Cocaína, Morfina, Heroína: Negativo. Análisis subsiguientes a estas muestras determinaron que no son sustancias controladas ni por la ley 30/86 ni por el Ministerio de Salud, no pertenecen al grupo de tranquilizantes, barbitúricos, ni anfetaminas”.

Como se ve, en últimas, debido al error del Tribunal resultó beneficiado el procesado, pues nunca existió el “grave problema” a que alude el fallo por la falta de identificación de las muestras que arrojaron resultado positivo, siendo evidente que el ad quem hizo una descuidada lectura del expediente y debido a ello no tuvo en cuenta las muestras 1, 15, 16, 25 y 2 que corresponden, en su orden a 8.9, 55.6 y 59.8 gramos de cocaína más el cigarrillo derby, del cual no aparece el peso neto del estupefaciente por la diligencia realizada por la Fiscalía ni por los químicos forenses.

12. De la misma manera, resulta necia la apreciación de la defensa en el sentido de que en la etapa del juicio solo se observaron los términos para dictar sentencia condenatoria, puesto que tampoco corresponde a la verdad que se hubieran prolongado innecesariamente o sin justificación alguna, empezando por el traslado para preparar la audiencia pública el cual inició el 5 de marzo porque sólo hasta esa fecha fue posible que se posesionara el defensor de oficio designado para que se encargara de la representación de JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE, quien venía asistido por uno de confianza -su hermano- el cual renunció durante el término de ejecutoria de la resolución acusatoria.

Lo mismo, puede decirse frente a la baladí afirmación de que solo se decretaron las pruebas pedidas por el Fiscal, habiéndose el juzgado demorado hasta el 29 de mayo de 1.997 para pronunciarse sobre las deprecadas por el procesado, pues como en el auto de esa fecha se lee, ello se debió a que el respectivo memorial fue anexado al cuaderno de copias, que para entonces, lo solicitó el Consejo Superior de la Judicatura, viéndose precisado el juzgador a aclarar el auto del 15 de mayo para ocuparse de resolver las pretensiones del acusado.

13. Falta de seriedad y veracidad, es, a su turno, la apreciación del demandante en cuanto sostiene que ADARVE MANRIQUE permaneció sin defensa durante gran parte de la etapa del juicio, por cuanto, como se precisó anteriormente, habiendo renunciado al

poder su defensor de confianza, por enfermedad, mientras transcurría el término de ejecutoria del calificadorio, hecho del cual fue enterado ADARVE MANRIQUE mediante oficio No. 313 del 19 de febrero de 1.997, en escrito del 20 él mismo le informó a la Fiscalía que “por ahora no estoy interesado en nombrar nuevo DEFENSOR ante lo cual, su señoría puede proceder a nombrarlo de oficio”.

Por eso fue que, una vez remitidas las diligencias al Juez del Circuito, antes de dar inicio al término de traslado de que trataba el artículo 446 del Decreto 2.700 de 1.991, el Juez le nombró al Defensor Público del Pueblo, pero como este rechazara la designación por considerar que de acuerdo con los generales de ley que aparecían del encartado en la diligencia de indagatoria, podía asumir los costos de su propia defensa, circunstancia que una vez constatada por el juzgador dio lugar a que el 5 de junio se le designara uno de oficio, con el cual se rituó la etapa del juicio.

14. Lo demás, esto es, los cuestionamientos atinentes a las explicaciones que aparecen en el fallo sobre la diferencia entre los resultados y la curiosa inquietud del demandante –quien no distingue entre peso bruto y peso neto, frente a lo cual reclama que se le cite la norma que así lo determine, pues de lo contrario le es válido suponer que se alteraron los resultados, no son más que disparatados planteamientos que nuevamente ignoran la verdad del proceso y se desvían del motivo de nulidad hacia los de la violación a la ley sustancial, por cuanto a ello le subyace la presencia de un presunto error in iudicando que no in procedendo.

15. Comentario similar amerita la queja relacionada con las presuntas irregularidades que acusa tanto en la indagatoria, en cuanto afirma que como la droga no se pesó e identificó en el allanamiento, ni inmediatamente después, no se sabe qué se le puso de presente o sobre qué se le interrogó a su representado; o que en el pesaje técnico se relacionaron elementos distintos a los incautados en la habitación de DARVE MANRIQUE; lo primero porque ello implica desconocer los presupuestos legales sobre la

vinculación de una persona a un proceso penal, lo cual procede, respecto de quien “en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrante hecho punible, considere autor o partícipe de la infracción penal”, según lo preceptuaba el artículo 352 del Decreto 2.700 de 1.991, tal y como en términos similares se estipula en el artículo 333 de la Ley 600 de 2.000.

Eso fue precisamente lo que aquí ocurrió, pues ADARVE MANRIQUE no solo fue capturado en situación de flagrancia, al encontrarse en su residencia una importante cantidad de estupefaciente, sino que desde días previos al allanamiento practicado en su casa se le estaba haciendo seguimiento y vigilancia a fin de constatar la ilícita actividad a la que se dedicaba.

Pero además, la exótica tesis según la cual, a lo sumo es por una contravención por la que debería responder el procesado, teniendo en cuenta que aceptó ser el dueño del cigarrillo y varias papeletas con cocaína halladas en su habitación, carece cualquier fundamento sensato, más aún cuando de inmediato retoma su teoría de la duda para afirmar que se le debe absolver, solución que se opone a la naturaleza que le es propia al motivo de nulidad.

16. Por otra parte, mejor suerte no le corresponde al supuesto primer cargo, ya que aparte de que no concreta el motivo de la violación a la ley sustancial, tampoco señala el sentido del quebranto ni el yerro que la contiene, limitándose a hacer una cita de varias disposiciones, entre las que no discrimina las de carácter sustancial de las procesales, haciendo de su extensa y pesada argumentación, un galimatías incapaz de demostrar desacierto alguno en el fallo impugnado.

Así, comienza, entonces, por poner en tela de juicio la legalidad de la diligencia de allanamiento y registro que culminó con el hallazgo de la sustancia que resultó ser en su mayoría cocaína y con la captura de JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE, con base en una

afirmación que a la postre termina por contradecirse así misma, como es que ese proceder carece de toda validez por haberse llevado a cabo sin la presencia del Ministerio Público, lo cual no se subsana con el hecho de que hubiera intervenido el Fiscal, puesto que en últimas fue la Policía Judicial la que hizo el seguimiento, pidió su práctica y la que ingresó al lugar encontrando el estupefaciente, por manera que, el Fiscal solo compareció a redactar el acta respectiva.

17. Respecto a tal premisa, forzoso, entonces, es precisar que si ese fuera el horizonte del cargo podría colegirse que postula un error de derecho por falso juicio de legalidad, lo que pasa es que a su demostración no se procede como correspondía, es decir, no indica ni analiza las reglas para su aducción y tampoco fundamenta por qué llega a la conclusión de que conforme a los artículos 78 y 79 que cita como vulnerados, en todo caso, independientemente del funcionario que realice el allanamiento es necesaria la intervención del Ministerio Público y el posterior pesaje y consecuente identificación de la sustancia decomisada en el mismo acto.

18. Tal parece que para el demandante, la intervención del Ministerio Público en diligencias como la de allanamiento y registro es obligatoria, independiente del funcionario que la realice y eso es lo que debía demostrar y no hizo. Sin embargo, una interpretación teleológica en la que se tenga en cuenta la naturaleza de las funciones que le corresponden al Fiscal como instructor, al Ministerio Público como representante de la sociedad y a la Policía Judicial como un organismo de apoyo a las autoridades judiciales en el esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus responsables y la diligencia del allanamiento, cuya procedencia por los motivos indicados en la Constitución (artículo 28) y la propia Ley (artículo 344 del Decreto 2.700 de 1.991, actualmente 294 de la Ley 600 de 2.000), constituyen una excepción al derecho a la inviolabilidad de domicilio, permite concluir que en casos como el regulado en el artículo 78 de la Ley 30 de 1.986, la propia ley ha exigido que cuando la Policía Judicial, actuando por iniciativa propia, esto es, sin orden judicial en casos de flagrancia, pues de lo contrario es necesaria la

presencia del Fiscal, “decomise marihuana, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia” y tal diligencia se lleve a cabo en zona urbana se haga con la presencia del Ministerio Público, a fin de que un funcionario de esta naturaleza haga las veces de garante del respeto a los derechos de las personas que resulten involucradas, dado que esa clase de organismos no cumplen en estricto sentido funciones judiciales.

19. Por ello, cuando el allanamiento y registro de un inmueble se realiza directamente por un Fiscal la ley no impone como exigencia imprescindible la presencia del Ministerio Público, puesto que el funcionario instructor, de acuerdo con nuestro sistema procesal, cumple funciones jurisdiccionales, entonces es él, como director de la actuación, el encargado de investir de garantías el acto, sin perjuicio de que si aquél sujeto procesal –el Ministerio Público- quiere intervenir, lo haga.

20. Desde ese punto de vista, entonces, carece de fundamento el planteamiento de la defensa en cuanto insiste en sostener que si bien intervino el Fiscal, la ausencia de Ministerio Público en dicha diligencia vició su legalidad porque prácticamente fue la Policía Judicial la que hizo todo antes y después de su práctica, con lo cual se desdice de la lógica de sus razones, ya que efectivamente como en cumplimiento de sus funciones la SIJIN. había hecho seguimiento y vigilancias previos a la solicitud formal que le hiciera al Fiscal para que ordenara el allanamiento, al haber dispuesto el instructor la práctica de la diligencia lo que se estaba haciendo era cumplir con las exigencias legales para la validez del acto.

21. De la misma manera, paladino es también el desacierto del casacionista en sus alegatos sobre la falta de identificación técnica de la sustancia encontrada y la extemporaneidad de la de pesaje, en cuanto a lo primero porque pretende hacer creer que en este caso es aplicable el artículo 78 de la Ley 30 de 1.986, cuando ello no es así, el destinatario de esa disposición, y por ende, de las exigencias allí contenidas para la diligencia de allanamiento es la Policía Judicial; y lo segundo, porque la obligación del

instructor de proceder al día siguiente a la identificación de la sustancia, se deriva, a su turno, de los eventos señalados en la norma en cita.

22. Sin embargo, lo anterior no significa que el instructor no esté obligado a identificar, pesar y destruir la sustancia ilícita, y eso fue precisamente lo que ocurrió en este caso, pues habiéndose practicado el allanamiento el viernes 6 de septiembre de 1.996, al siguiente día hábil, esto es, el 9 se abrió formalmente la investigación y se vinculó mediante indagatoria a JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE, habiéndose dejado al final de esa diligencia una constancia en el sentido de que “se advierte que no se practica en la fecha diligencia de pesaje e identificación por cuanto el señor personero no se encuentra en la población”, procediéndose al día siguiente a comunicar del inicio de las diligencias tanto al Personero de Salamina, como al de Aranzazu.

23. Por eso, y siendo que para la destrucción, pesaje e identificación de la sustancia el artículo 79 de la Ley 30 de 1.986 exige como obligatoria la presencia del Ministerio Público, es que en el sub judice se efectuó hasta el día 11 con la asistencia del procesado y su defensor de confianza y el Personero de Salamina, luego de lo cual se embalaron muestras de las mismas y se remitieron al Instituto de Medicina Legal para una segunda indentificación como lo ordena la ley.

24. Además, un tal planteamiento no conduce a demostrar en modo alguno error de juicio por parte del sentenciador, ni la apreciación de la prueba, ni en la aplicación de la ley. Por ello, si lo que eventualmente pudiera pretender demostrar la defensa es que a ADARVE MANRIQUE no se le interrogó sobre un delito determinado, sino sobre un material cuya ilicitud solo vino a conocer en la diligencia de pesaje, entonces la vía de ataque es equivocada, puesto que correspondía a la causal tercera de casación, indicando cómo ese acto le impidió defenderse y la forma como esa situación incidió en la decisión final.

25. En lo que concierne a las críticas que eleva a la sentencia sobre el valor probatorio

otorgado a las declaraciones de John Jairo Quintero Duque, Daladier Atehortúa Duque, John Fredy Quintero Duque y la de Rafael Puerta, de quien se queja por no haberse vinculado al proceso pese a que su defendido le formuló cargos, es evidente que lo único que logra el censor es poner en evidencia su afán para que se prefiera su personal forma de concebir los hechos y apreciar las pruebas, frente a la del Tribunal, la cual permanece amparada por el doble principio de legalidad y certeza mientras no se acredite que el juzgador incurrió en yerro alguno de hecho o de derecho, lo que aquí no acontece, más aún cuando nuestro sistema procesal exige de los jueces el respeto a las reglas de la sana crítica, cuyo desconocimiento tampoco se comprobó.

26. Por último, esto es, en lo que tiene que ver con los distintos pesos que según el demandante arrojó a lo largo del proceso la sustancia incautada, y que por ende, ameritaban aplicar el favor de la duda, no son más que la insistencia en casación de uno los equivocados argumentos expuestos durante todo el devenir procesal por parte del sindicado, porque confunde el peso bruto con el neto y el análisis para la identificación de la sustancia con el pesaje propiamente dicho, refiriendo que existen tres resultados, cuando en realidad es uno solo.

27. En efecto, nada malicioso existe en la diferencia de peso arrojado por la sustancia entre la diligencia de allanamiento y en la de pesaje, pues como se observa en las actas respectivas, la primera se hizo incluída la envoltura en la que se encontraba, es decir, se pesó en bruto, en cambio, en la segunda, se hizo con base en el peso neto, es decir, solo se pesó el polvo o la sustancia, pues allí se sacaron de su envoltura, lo que significa que el menor peso arrojado en esa segunda oportunidad se debe a que no se le suma el peso de su empaque. Por eso es que el peso total de lo encontrado en el allanamiento fue de 1.048.4 gramos, peso bruto, y el de la diligencia de pesaje, peso neto, fue de 935.4.

28. Pero además, no es que exista un tercer peso dictaminado por el Instituto de Medicina

Legal, sobretodo si se tiene en cuenta que allí solo se enviaron muestras de entre dos y tres gramos cada una, por cuanto el sobrante fue destruido por la Fiscalía en presencia del Ministerio Público, el defensor y el procesado, lo que pasa es que, como se dijo al ocuparse de tema similar al responder el cargo de nulidad, el peso de 341.3, lo dedujo el Tribunal equivocadamente por haber tenido en cuenta solo aquellos resultados positivos cuyo número de embalaje de la Fiscalía aparecía en el respectivo documento, pero no consideró para ello que posteriormente, en oficio No. 488-96-LE-RB, el Laboratorio de Estupefacientes de esa institución aclaró su dictamen en cuanto a las muestras 1, 15, 16, 2 y 25, precisando que arrojaron resultado positivo y que las 8 y 9, negativo.

29. En conclusión, el extenso e incoherente escrito que a manera de demanda presentó el demandante no logra dejar en claro siquiera qué es lo que se proponía, pues ninguno de sus argumentos logró adquirir entidad propia y mucho menos la fuerza necesaria para cuestionar la legalidad de la sentencia atacada.

Los cargos, entonces, no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS

AUGUSTO

GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEG
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR
PINILLA

NILSON PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria