

Proceso No 14616

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

Aprobado Acta Nro: 95

Bogotá D.C., veintidós de agosto de dos mil dos.

VISTOS

Decide la Sala la casación promovida por el defensor de GILBERTO ANTONIO RODRÍGUEZ contra la sentencia de segundo grado proferida por el extinto Tribunal Nacional el 30 de septiembre de 1997, que confirmó con modificaciones la condena dictada en disfavor del procesado por un Juzgado Regional de Medellín al hallarlo responsable del concurso punible de homicidio y conformación ilegal de grupos armados, imponiéndole en definitiva 32 años de prisión y 50 salarios mínimos mensuales de multa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Ante la muerte violenta perpetrada con arma de fuego en el Teniente de la Policía Nacional Lenin Antonio Villa Valencia en la madrugada del 19 de junio de 1995 en un sector del Barrio La Iguaná de Medellín, el Oficial de la institución, Capitán Elmer Botía Londoño, solicitó en la misma fecha al Fiscal en turno de la SIJIN-MEVAL practicar diligencia de allanamiento y registro al inmueble situado en la calle 59 N° 67A-19 de dicha ciudad, al

tener conocimiento que allí se refugiaban los presuntos homicidas y que además en el lugar se almacenaban armas y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Realizado el operativo con la presencia del Fiscal Seccional 177, efectivamente se halló en una de las habitaciones de la residencia objeto del registro el arsenal del que se da cuenta en el informativo, e igualmente propaganda alusiva a las Milicias Bolivarianas de las FARC y algunas boletas con contenido extorsivo. Durante el desarrollo de la diligencia se le dio captura a los individuos que dijeron llamarse GILBERTO ANTONIO RAMÍREZ y Luis Alberto González Carvajal, lo mismo que a un menor de edad.

Remitidas las diligencias a un Fiscal Regional de dicha ciudad, vinculó a los dos primeros al sumario mediante indagatoria y les definió la situación jurídica a ambos imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por las hipótesis delictivas de homicidio agravado, conformación de grupos armados de justicia privada y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo y de defensa personal, suerte que igualmente corrió Luis Eduardo Angarita Blanco, quien posteriormente fue vinculado a la encuesta y cuyo compromiso sólo se contrajo al atentado a la vida.

Fenecido el ciclo instructivo, por proveído del 24 de abril de 1996 el funcionario instructor acusó a los citados RAMÍREZ y González Carvajal como presuntos coautores responsables de las conductas punibles de homicidio agravado, conformación ilegal de grupos armados y hurto calificado y agravado, en tanto que a Angarita Blanco se le acusó nada más que por el homicidio, determinación que al ser apelada por la defensa fue confirmada parcialmente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional por el suyo del 23 de octubre siguiente al avalar el pliego de cargos por los injustos de homicidio y conformación ilegal de grupos armados respecto de RAMÍREZ, en tanto declaró la nulidad de lo actuado en relación con la imputación por hurto. Así mismo, revocó la acusación proferida en contra de González Carvajal y Angarita Blanco, y a favor de éstos precluyó la instrucción.

Un juzgado Regional de Medellín conoció del juicio e impartió el trámite inherente a esta clase de asuntos y, conforme con el pliego de cargos, el 7 de julio de 1997 profirió condena de 33 años de prisión y 60 salarios mínimos legales mensuales de multa como pena principal contra el acusado, la cual confirmó el Tribunal Nacional en los términos reseñados en el inicial acápite de este pronunciamiento.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, cuatro cargos formula el censor contra la sentencia recurrida por estimar que la misma se profirió en un juicio viciado de nulidad, conforme a las previsiones del Art. 304-2 y 3 del C. de P. Penal anterior.

Primer cargo.

La manera irregular como se practicó la diligencia de allanamiento y registro de la que da cuenta la actuación procesal censurada, condujo a la violación directa del Art. 343 del anterior C. de P. Penal, es el sustento de este reproche.

En el desarrollo de la censura sostiene el casacionista que cuando se cumplió la mentada diligencia al inmueble ubicado en la calle 59 N° 67 A 19 del barrio La Iguaná de Medellín, se alteró el orden procedimental del trámite inherente a aquélla, pues con antelación a escucharse en declaración al oficial que solicitó el allanamiento y a ordenarse su práctica mediante resolución motivada, se practicó el mismo, tal como cabe inferir del cotejo de las respectivas piezas procesales incorporadas al expediente. Ello queda al descubierto con el señalamiento de la hora en que testimonió el Capitán Botía, y la de la realización de la diligencia, lo cual confirma la declarante María Ligia Ramírez al destacar la ausencia de orden para llevar a cabo el citado registro.

Segundo cargo.

Al amparo de la misma causal tercera de casación, afirma el demandante que se incurrió en violación directa del Art. 219 del derogado C. Penal, tipificándose de esta manera el delito de falsedad ideológica.

En primer término, aduce el libelista, se hizo constar en el acta de registro que para la práctica de la diligencia se contaba con la orden judicial previa que autorizaba llevar a efecto la misma, afirmación esta carente de veracidad como quedó visto en la censura precedente. Mal podía haberse exhibido resolución alguna, si no se había cumplido con el trámite que la justificara, agrega.

En segundo lugar, también se incurrió en falsedad ideológica cuando se consignó en el acta de allanamiento que en el interior del inmueble ocupado se le había dado captura al procesado en momentos en que se disponía a huir, hallándose demostrado que su aprehensión se produjo en lugar distante del bien objeto de registro. Al efecto el censor cita los testimonios de quienes confirman su aseveración.

Y, por último, resulta igualmente falso el hallazgo del supuesto “arsenal” encontrado en la citada vivienda, armamento que jamás volvió a aparecer en el transcurso de la investigación, y menos prueba alguna con la cual establecer que con uno cualquiera de los presuntos artefactos incautados se hubiera dado muerte a la víctima. En esta forma, también se violentaron las preceptivas del Art. 333 del anterior C. de P. Penal, en cuanto exclusivamente se investigó lo desfavorable a los intereses del procesado.

A manera de “conclusión previa” de los reparos reseñados con antelación, expresa el censor:

“Así las cosas, han de tenerse como de recibo, entonces, las dos causales de casación invocadas, si se contempla, que en ambas impera, de una parte, ‘La violación directa de

una Norma de Derecho Sustancial', tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 220 del C. de P. P.; en este caso, la violación de los artículos 343 del C. de P. P. y 219 del Código Penal, en su orden, mientras, de otra, se configura -en consecuencia- la nulidad del proceso -en uno y otro caso-, a partir del momento en que, tanto la irregularidad procedimental, como la infracción pura de la norma, se presentaron."

Tercer cargo.

Al auspicio de la causal tercera, manifiesta el demandante que la sentencia impugnada se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad por haberse violado en forma indirecta una norma de derecho sustancial, en el entendido de que al tenor del mandato contenido en el Art. 333 del C. de P. Penal derogado en el curso del proceso no hubo una investigación integral, lo cual conllevó igualmente a la violación del Art. 247 ibidem por no habersele dado a las pruebas existentes en el proceso el alcance que tenían. Merced al desconocimiento del régimen probatorio, ese error de hecho da lugar a la nulidad del proceso conforme a lo normado en el Art. 304-2 y 3 del C. de P. Penal anterior.

El desconocimiento del mandato que obliga al funcionario judicial a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, aduce el casacionista, se tradujo en que se dejaron de practicar pruebas que beneficiaban los intereses del reo, como el reconocimiento en fila de personas en que tanto se insistió, pero que se negó, para demostrar la correlación existente entre GILBERTO RAMÍREZ y el individuo apodado "Bambocha", la prueba de absorción atómica para acreditar los residuos de pólvora que hubieran podido existir en sus manos, el examen de balística a las armas halladas y el rechazo de las llamadas anónimas y de las referencias gratuitas y amañadas en que incurrieron los testigos. El colmo de la omisión llegó hasta el punto de no haberse tenido en cuenta que a Luis Eduardo Angarita se le halló en posesión del arma que fuera propiedad de la víctima -éste sí indicio grave de la participación de dicho individuo en el

referido homicidio, y a quien ni siquiera se le sindicó de atentar contra la seguridad pública-, que de haberse reparado en ello “hubiera conducido a descubrir a los demás culpables”.

O se hizo caso omiso de otras pruebas existentes al momento de dictarse el fallo, igualmente favorables al acusado, tales como las que confirman su coartada, la de los numerosos testigos que lo muestran ausente del teatro de los acontecimientos o las que desmienten la versión acerca del sitio donde se le dio captura, y las que acreditan la falsedad ideológica en que se incurrió en la elaboración del acta de allanamiento y registro. Todas las pruebas que se reputan como de incriminación, son meramente circunstanciales.

Con las primeras, de cuya omisión en practicarlas se duele el demandante, se violó el Art. 333 del derogado C. de P. Penal, y con las segundas, las desechadas, se infringió igualmente el Art. 247 idem, reitera. De ahí que se predique de las autoridades judiciales y de policía, su tendencia de inculpar en forma exclusiva al procesado.

Finalmente aduce el recurrente extraordinario al amparo de esta censura, que ante la evidencia de que a la víctima se le dio muerte a eso de las tres de la madrugada de la mentada fecha, no se puede afirmar que fue su defendido el que lo hizo cuando las circunstancias de tiempo, modo y lugar lo muestran ajeno a los hechos.

Cuarto cargo.

Al amparo de la indicada causal tercera, señala el libelista que el fallo se profirió en juicio viciado de nulidad, como quiera que en las resoluciones de situación jurídica y de acusación se le atribuyeron al procesado hechos que no fueron controvertidos en su indagatoria. Fue así como en esta diligencia no se le inquirió acerca de si hacía parte de las Milicias Bolivarianas que operaban en el barrio La Iguaná, y si él era su jefe, dándose por cierto en las mentadas providencias tales circunstancias sin constatación o

evaluación jurídica alguna. Y, sin discriminar los hechos que se relacionan en el acta de la diligencia registro y allanamiento, el instructor sólo optó por leerle al sindicado lo consignado en ella para que se pronunciara sobre los aspectos allí relacionados.

Como “tercera conclusión previa”, aduce el censor:

“De tal manera, aparece claramente demostrado que se violó la ley sustancial, al haberse tramitado el proceso, sin que hubiera mediado la correlación ponderada y la correspondencia prudente entre los cuestionamientos de la injurada y las determinaciones atinentes a la medida de la detención preventiva y la acusación (arts. 389 y 441 del C.P.P.), irregularidad procedimental esta con que, de contera, se violó el derecho a la defensa del procesado y el derecho al debido proceso (...)”

Que se profiera sentencia estimativa de nulidad de lo actuado, “bien sea a partir del acta de la diligencia de allanamiento y registro, ya desde que se presentó el error de hecho, o bien, a partir de la indagatoria del sindicado”, y se reenvié el proceso a la Fiscalía Regional, es la aspiración del actor, lo cual significa que como los términos para calificar se encuentran vencidos, la libertad provisional del encartado se impone.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. A manera de cuestión previa, destaca el Procurador 3º Delegado en lo Penal el total desconocimiento del demandante de la técnica que rige el extraordinario recurso, como quiera que al amparo de la causal tercera formula los cargos propuestos contra la sentencia impugnada, pero los desarrolla con argumentos que dicen relación con la violación directa e indirecta de la ley sustancial, lo que implicaba su presentación al auspicio de la causal primera de casación. De este modo desconoce el recurrente la especialidad del recurso y la regulación legal que exige que los yerros se identifiquen y se ubiquen dentro de sus precisos límites normativos.

2. Ahora, la causa determinante de la nulidad como la que aquí se impetra, manifiesta el Ministerio Público con ocasión de la primera censura, no es una irregularidad procesal que aparezca manifiesta en el expediente o la violación evidente de una garantía constitucional de uno de los sujetos procesales, sino que depende del exacto contenido que se establezca respecto de una decisión judicial y el valor que se de a unas pruebas surgidas de ella.

En el asunto a examen, arguye el Delegado, se cuenta con el original de la resolución mediante la cual se ordenó el allanamiento de unos inmuebles por parte del Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata que se apersonó del caso, previa solicitud que al efecto elevara el Capitán Elmer Botía Londoño. Esa resolución tiene por fecha la del 19 de junio de 1995, pero no la hora de su expedición, y en ella se expresa que el oficial que solicitó el consabido registro lo justificó informando que había recibido numerosas llamadas telefónicas por cuyo medio se le comunicaba que en los inmuebles objeto de la petición “se refugian los autores del crimen cometido en la madrugada de hoy”; además se agregó que en razón de la ratificación del Capitán Botía, satisfechos se hallaban los presupuestos que conforme a los Arts. 343 y 344 del C. de P. Penal permitía acceder a tal solicitud, y en la misma fecha en que ella se presentó, se ordenó la práctica de la diligencia señalándose al efecto las 9:30 a.m.

La incoherencia existente entre las horas en la que el allanamiento del inmueble objeto de la solicitud se llevó a cabo, y la señalada en el acta contentiva de la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por el citado oficial -4:45 de la tarde-, testimonio que se menciona en la resolución cuestionada, son los hechos en virtud de los cuales sostiene la defensa que existió la falsedad ideológica argüida y, por consecuencia, la ausencia de orden escrita de autoridad judicial competente para practicar el mentado registro, factor este del cual hace derivar la ilegalidad de la diligencia. Sin embargo, aduce el

Ministerio Público, prescinde el actor por completo “del examen de la orden de allanamiento y del acta que se levantó en su desarrollo, de sus intervinientes, de la calidad de documentos públicos y del contenido de las normas que gobiernan las diligencias de allanamiento y registro.”

Si bien es cierto que las inconsistencias relacionadas por el actor dan lugar a los cuestionamientos que hace en su demanda, los cuales sólo ponen de presente el descuido con el que a veces se manejan los expedientes en la Fiscalía, como lo tiene demostrado la experiencia, aquéllas carecen de la fuerza necesaria para desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución que se tacha de falsa.

En efecto, conforme con las previsiones del Art. 343 del antiguo C. de P. Penal, el allanamiento procede cuando “hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble... se encuentre alguna persona contra quien obre orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución.” No exige pues la norma que la seriedad de los motivos deba establecerse mediante prueba alguna, acota el Delegado, como tampoco que las afirmaciones de los miembros de la fuerza pública no puedan ser tenidas como “serios motivos”, si no han sido previamente ratificados por el servidor público que da cuenta de los mismos. Con la mera información verbal obtenida por el funcionario judicial puede acreditarse la seriedad de esos motivos, y aunque suele recomendarse que quien solicita la diligencia se ratifique bajo juramento en aras de la seguridad jurídica del procedimiento, ello no resulta absolutamente indispensable en la medida en que se contribuye a la dilación de un trámite que se caracteriza por su inmediatez.

Por consiguiente, el agregado que se hizo en la resolución reprochada en relación con la hora en que se dice rindió su ratificación el solicitante, no altera el contenido sustancial de la orden de registro, ni afecta la legalidad de la correspondiente resolución, si el sustento de ésta lo constituyó los motivos expresados en la solicitud pertinente, que

bien caben catalogarse de serios, pues allí se daba cuenta tanto de la información como de la fuente respecto de la relación que las personas buscadas podían tener con un hecho delictivo perpetrado pocas horas antes, siendo el propio Fiscal ante quien se hizo la petición el encargado de su averiguación, y el mismo que practicó la diligencia.

Y en cuanto a la capacidad probatoria de los documentos relacionados con el referido allanamiento, éstos tienen la calidad de públicos y por lo tanto se presumen auténticos, por lo que para desvirtuar su contenido es menester probar su falsedad. Como el cuestionamiento se ha restringido a la orden de allanamiento y en un aspecto que no afecta sustancialmente su contenido, como ya se vio, y no a los documentos antecedentes o consecuentes de la orden misma, con la declaración del oficial o sin ella lo cierto fue que los motivos que se precisaban para su expedición existieron. De igual manera, de lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia se dejó constancia escrita, sin que en el instante de su práctica los moradores de la vivienda registrada hicieran manifestación alguna sobre la carencia de la mentada orden.

Por lo tanto, insiste el Procurador Delegado, la irregularidad reseñada por el demandante no tiene la connotación que le pretende dar para generar la nulidad de la actuación procesal, pues en verdad que la orden expresa para la práctica de la diligencia censurada existe en el expediente, la cual se presume legalmente expedida a falta de prueba que desvirtúe la veracidad de su contenido, puesta en duda por el actor. No asistiéndole razón al libelista, el cargo no está llamado a prosperar, advierte el Delegado.

3. Respecto del segundo cargo, cuyo sustento se basa en supuesta incursión en el delito de falsedad ideológica por el hecho de haberse pretermitido el orden procedimental de la expedición de la orden de allanamiento a la morada registrada en relación con la práctica de la correspondiente diligencia, pues según el actor aquélla se dictó con posterioridad a la realización de ésta, dice el Procurador Delegado ratificarse en el análisis realizado con ocasión de la primera censura, insiste en predicar la legalidad de dicha

diligencia practicada con fundamento en aquella orden, “porque no existe, ni en el proceso ni en la argumentación de la demanda, prueba alguna que demuestre que la providencia no se expidió con anterioridad al allanamiento practicado.” Es que la calidad de documento público que tiene el original de la resolución incorporada al expediente, impone presumir su autenticidad, itera.

Y si el aludido allanamiento fue practicado directamente por el Fiscal, quien tenía la facultad y podía, en caso de haberlo omitido, dictar la resolución en el instante mismo del registro de la vivienda, no existía entonces la necesidad de crear la resolución con posterioridad a la realización de aquél, por lo que ni siquiera por vía de hipótesis resulta racional la confección de un tal medio para ocultar una ilegalidad de ese tipo. De ahí que la falsedad ideológica argüida pierda su fuerza.

3.1. En relación con los otros dos supuestos fácticos consignados en el acta de allanamiento y que el actor considera contrarios a la realidad -la captura del procesado en el interior del inmueble allanado y el hallazgo de unas armas en la misma residencia-, si bien su argumentación es lógica y coherente, sin embargo no apunta a demostrar la falsedad ideológica que pregonan del acta en cuestión, y menos la violación directa de una norma de derecho sustancial, que es la manera como formula el reproche, sino la ilegalidad de una diligencia.

En tal sentido, dos posibilidades tenía el censor de alegar el vicio: La primera, por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, con la demostración del error de derecho en que se incurrió si estimaba que en la diligencia de allanamiento no se observaron las reglas que gobiernan su práctica, cuyo reconocimiento implicaría la remoción de ese medio de convicción y una revaloración de la situación jurídica del encartado, sin incorporar al examen probatorio ese elemento de juicio. Y la segunda, mediante la alegación de la nulidad de la actuación y la demostración de la violación de las garantías del justiciable -por su captura ilegal y por la ilegalidad del allanamiento practicado a su

residencia-, lo cual lo obligaba a presentar la argumentación pertinente dentro de un discurso adecuado a la causal invocada.

Como nada de lo anterior realizó el demandante, el cargo deviene antitécnico, lo cual da al traste con su aspiración por cuanto que una tal proposición resulta insuficiente para derrumbar una sentencia que arriba a sede de casación precedida de los atributos de acierto y legalidad.

En consecuencia, la censura no debe prosperar.

4. En cuanto al tercer reparo, desde su enunciado se hace evidente el desconocimiento por parte del censor de la técnica propia del recurso de casación, al mezclar indebidamente dos motivos de ruptura del fallo, sostiene el Ministerio Público.

En efecto, simultáneamente el demandante aduce la causal tercera de casación y con fundamento en ella, reputa nula la sentencia recurrida; empero, seguidamente afirma que se produjo la violación indirecta de una norma de derecho sustancial por la misma causa que le sirve para alegar la nulidad, la vulneración al principio de investigación integral. No obstante, a renglón seguido plantea un falso juicio de identidad al sostener que el juzgador le atribuyó a algunos elementos de convicción un valor probatorio que no tenían, pero en lugar de concluir que un tal vicio implica la remoción de la prueba adulterada del juicio del sentenciador, manifiesta que ese yerro es fundamento de una nulidad.

La invocación simultánea al interior de la misma censura de dos motivos de casación excluyentes, hace que el cargo sea contradictorio, advierte el Procurador Delegado, en cuanto que el planteamiento del censor “equivale a sostener que la sentencia es nula pero que no lo es, sino que el error se produjo al valorar las pruebas incorporadas a la actuación.”

Empero, ahí no paran los desaciertos del libelista, porque en el desarrollo de la censura aduce como tercer motivo para quebrar la sentencia, la existencia de un error de hecho por falso juicio de existencia, en la medida en que el juzgador al momento de proferir el fallo hizo caso omiso de algunas pruebas presentes en la actuación y favorables al procesado.

Y en torno a la supuesta violación del principio de investigación integral, sostiene el Delegado que a pesar de señalar el actor las pruebas cuya práctica se omitió, no explica cómo éstas, tomadas en consideración las que obran en el expediente y que señalan al procesado como el homicida, podrían haber variado favorablemente la situación del mismo. No logra pues demostrar el censor la importancia de aquellas pruebas para quebrar el fallo.

La prosperidad de un cargo de esta naturaleza no se cifra en la mera afirmación de que se hubiese podido recaudar pruebas distintas a las aportadas a la investigación, recuerda el Procurador trayendo a colación la doctrina de la Corte acerca del tema, sino que le es menester al casacionista demostrar que las omitidas tenían la capacidad de variar sustancialmente el fallo.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, aduce el agente del Ministerio Público.

5. En relación con el cuarto y último reparo contentivo de la demanda, sostiene el Delegado que el cargo deviene infundado como quiera que no resulta veraz la afirmación del libelista en cuanto a la ausencia de un interrogatorio concreto al procesado en la diligencia de inquirir, respecto de los hechos constitutivos de los delitos por los cuales se le impuso medida de aseguramiento y posteriormente se le acusó.

De una atenta lectura del acta pertinente, claramente se advierte que al indagado se le preguntó por el homicidio que se le imputó, por la propaganda hallada en el inmueble registrado alusiva a las Milicias Bolivarianas, por su pertenencia a dicha agrupación, y en

fin, sobre todos los aspectos que luego fueron el soporte de las citadas determinaciones. Y, si bien es cierto al encartado se le hizo una lectura integral del acta de la diligencia de allanamiento, también lo es que a renglón seguido se le interrogó en relación con el hallazgo del que da cuenta aquélla.

Contrariamente a lo aseverado por el actor, muy cuidadoso fue el instructor en la citada diligencia, al inquirir al sindicado por todos y cada uno de los aspectos relacionados con las respectivas imputaciones, razón por la cual el cargo no debe prosperar, estima el Delegado.

No casar el fallo recurrido, es su final sugerencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cargos primero y segundo.

Como los dos iniciales cargos se fincan fundamentalmente en la supuesta ilegalidad de la diligencia de allanamiento practicada con ocasión de la actuación procesal censurada, la Sala los responderá de manera conjunta.

Dichos reparos los formula el actor al amparo de la causal tercera porque, en su sentir, la mentada diligencia vicia de nulidad el proceso como quiera que se pretermitió el “orden procedimental” inherente a su trámite -primero se llevó a cabo la misma y luego se expidió la “providencia motivada” por cuyo medio se impartió la correspondiente autorización, asegura-.

De ahí que se presentara la violación directa no sólo del Art. 343 del C. de P. Penal anterior -294 del actual-, sino también la del Art. 219 del Código Penal de 1980 -286 de la Ley 599 de 2000- que tipifica la conducta punible de falsedad ideológica en documento público, puesto que en el acta respectiva se consignaron hechos contrarios a la realidad -

lo atinente a la captura del procesado y al decomiso de armas en el inmueble allanado-.

Luego entonces, la irregularidad denunciada da lugar a la nulidad del proceso, en cuanto “se practicó la diligencia en cuestión, sin orden judicial previa”, reitera el casacionista.

En primer término debe destacarse la abierta violación por parte del demandante al principio lógico-jurídico de no contradicción, que de suyo torna impróspera su pretensión de derrumbar el fallo recurrido, pues, si bien es permitido formular en el cuerpo de la demanda cargos excluyentes, ello sólo es posible a condición de que se haga de manera separada y subsidiaria conforme a lo normado en el Art. 225 in fine del anterior C. de P. Penal -212 del actual- exigencia por lo técnica no menos lógica y racional, por cuanto simultáneamente la misma cosa no puede ser y no ser.

En el evento sub lite el actor predica simultáneamente al interior de ambas censuras la nulidad de la actuación procesal y la violación directa de preceptos normativos, olvidando que por obedecer las dos causales -la tercera y la primera, cuerpo primero- a motivos de casación autónomos, sus fundamentos son distintos y las consecuencias jurídicas diversas.

Mientras que con la nulidad se pretende la invalidez del proceso, en la violación directa se acepta la validez del mismo, pero se reprocha al juzgador el yerro cometido en la sentencia por la aplicación defectuosa de la ley en los sentidos de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, restringiéndose la controversia a lo puramente normativo en tanto el actor debe admitir los hechos en la forma como fueron plasmados en el fallo.

Ahora bien, en lo concerniente a la diligencia tachada de ilegal, la Sala ha definido el allanamiento como un medio o autorización coercitiva para llevar a cabo el registro

de un domicilio y eventualmente capturar a una persona u obtener información traducida en el decomiso de elementos.

Así las cosas, como el allanamiento es la fuente de la prueba, bien porque el ataque se dirija a ésta como resultado o a aquél como medio, la vía correcta para impugnar la sentencia sería la prevista en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, como error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, es “nula de pleno derecho” la prueba obtenida con violación del debido proceso, lo cual significa que cuando un medio probatorio está afectado en los ritos de su formación, o desconoce las garantías fundamentales que lo limitan, debe tenerse como jurídicamente inexistente.

La consecuencia obvia de tan claro tratamiento constitucional de la prueba inválida, sería la de que ésta no puede servir de fundamento a la decisión judicial de fondo pertinente, pero en manera alguna la anomalía probatoria afectaría de nulidad el resto de la actuación procesal. Es decir, si la diligencia de allanamiento tachada por el censor de ilegal es el medio en el que se fundamenta la prueba de cargo, y no existe otra en la cual sustentar en igual medida el fallo condenatorio, como así lo deja entrever el libelista en su discurso, el camino correcto era hacer ver el falso juicio de legalidad y pedir, en consecuencia, la conversión a una sentencia absolutoria, pero en manera alguna procurar una inexistente nulidad del proceso -Cfr. auto del 17 de agosto de 2001, Rdo. 15.285, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego-, criterio que refrenda lo que la Sala ya había dicho sobre el tema en proveído de noviembre 26 de 1997, Rdo. 10.094, con ponencia de quien aquí cumple similar cometido:

“No importa que el allanamiento sea un acto de investigación y no un medio de prueba, pues si el mismo se comporta como medio en la formación de la prueba, necesariamente debe impugnarse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y no por la de la

nulidad.”

Finalmente dígase en torno a estas censuras que ninguna razón le asiste al casacionista en su proposición, en la medida en que si bien la moradora del lugar objeto del allanamiento en cuestión se opuso inicialmente a su realización, seguidamente accedió a los requerimientos de la autoridad judicial franqueando el acceso al inmueble, como expresamente se consignó en el acta de la referida diligencia -Fls. 11-. En dicha acta se plasmó:

“(…) nos dirigimos a la residencia situada en la calle 59 demarcada en su puerta de entrada con el número 67A-19, donde nos atendió la señora María Ligia Ramírez Herrera, inquilina, se aclara, dueña de una casa de inquilinato, el inmueble de que tratamos en el caso que nos ocupa, quien inicialmente se negó a abrir la puerta del inmueble, la que accedió a abrir posteriormente (…)”

Por consiguiente, si como reiteradamente lo ha dicho la Corte, es consustancial a la diligencia de allanamiento la penetración de la autoridad al sitio objeto de la misma contra la voluntad de sus moradores, cuando media el asentimiento de éstos -como aquí ocurrió-, no es dable hablar de allanamiento propiamente tal -Cfr. decisiones del 11 de septiembre de 1985, M.P. Gustavo Gómez Velásquez, 8 de agosto de 1995, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda y 10 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón-.

Ahora bien, tratándose de un caso de flagrancia si al tenor del Art. 344 del C. de P. Penal anterior -294, inciso 2º del actual- la Policía Judicial puede ingresar en lugar no abierto al público donde se está cometiendo un delito “sin orden escrita del funcionario judicial, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando la conducta”, con mayor razón lo puede hacer el Fiscal que dirige la investigación, como aconteció en el asunto que ocupa la atención de la Sala, pues, recuérdese que el Oficial requirente en su solicitud de Fls. 7 del cuaderno Nº 1 informó que en el sitio objeto de la diligencia se estaba delinquiendo:

“(...) allí existen armas y uniformes de las FF.MM. y de la Policía (...)”.

Esta situación efectivamente se constató con la incautación de elementos bélicos, propaganda alusiva a grupos armados conformados ilegalmente y boletas extorsivas de los que da cuenta el informativo -Fls. 37 a 46, 49 a 54 y 59 a 64, en su orden-.

No prosperan los cargos.

2. Tercer cargo.

Esta censura se hace consistir en que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque el juzgador violó en forma indirecta el principio de investigación integral reglado en el Art. 333 del Estatuto Procesal Penal derogado -20 del actual- y el Art. 247 de la misma codificación -232, inc. 2º de la Ley 600 de 2000-, en este último caso porque no le dio a las pruebas existentes en el instante de proferir sentencia “el alcance probatorio que tenían”, errores de hecho que dan lugar a la nulidad del proceso “merced al desconocimiento del régimen probatorio.”

Igual suerte que los dos iniciales reparos, debe correr este reproche, pues el actor con total desconocimiento de la técnica casacional y del manejo de las causales en cuanto a su función y alcances, en mixtura inconciliable de la tercera con la primera, cuerpo segundo, plantea cargos excluyentes que lo hacen incurrir en insalvable contradicción.

Como atrás se precisara a propósito de la nulidad, mientras con ésta se procura la invalidez de la actuación por errores in procedendo que socavan la estructura de la instrucción o el juzgamiento, o desconocen los derechos constitucionales fundamentales del procesado, con la violación indirecta se acepta la validez del proceso, pero se reprocha un error de juicio del sentenciador en la estimación de la prueba -error in

iudicando- ya porque ignoró la de cuya existencia da cuenta el proceso -error de hecho por falso juicio de existencia por omisión-, ora porque imaginó la que materialmente no obra en la actuación -error de hecho por falso juicio de existencia por suposición-, o porque tergiversó el contenido objetivo de la aportada legal y oportunamente -error de hecho por falso juicio de identidad-, o porque la valoró con ostensible violación de los postulados de la sana crítica -falso raciocinio-. Y en tratándose de errores de derecho, porque infringió los preceptos que regulan la forma de aducción de la prueba al proceso -falso juicio de legalidad-, o porque inobservó las reglas que le fijan su mérito -falso juicio de convicción-.

Ahora, en torno al tema de la violación al principio de investigación integral que de acuerdo con los argumentos del demandante dio al traste con las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa, innumerables pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de la Sala haciendo ver de qué manera dicho postulado puede resultar afectado al punto de concitar la intervención de la Corte en aras de reparar el agravio irrogado, entre otros, el hecho el 27 de noviembre de 2001, Rdo. 11.111, con ponencia de quien aquí cumple similar cometido:

“En esta temática la jurisprudencia ha sido insistente en que no basta para su prosperidad la mera mención de diferentes medios probatorios que en opinión del censor debieron evacuarse, sino que su obligación debe encaminarse a indicar qué hubiera podido demostrarse con aquellas unidades de investigación y la manera como, enfrentadas con el fallo censurado, éste habría perdido su fundamento por la fuerza probatoria de los medios de convicción echados de menos, dejando por este modo en evidencia la necesidad de reponer parte del trámite para reivindicar el debido proceso.

“No empece, en el caso a estudio para el libelista fue suficiente relacionar un cúmulo de

pruebas pero sin ocuparse del compromiso que adquiriría en sede de casación de demostrar no sólo lo que se proponía acreditar con tales medios en caso de haberse producido, sino también y especialmente, cuál habría sido su incidencia en la parte dispositiva del fallo censurado (...)

“La no práctica de determinada diligencia no constituye, per se, quebrantamiento de la garantía fundamental que se reputa violada, como quiera que el funcionario judicial, dentro la órbita del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal derogado (hoy artículo 235 de la ley 600 de 2000) y a la luz de los criterios de economía, celeridad y racionalidad, está facultado para decretar, bien de oficio ora a petición de los sujetos procesales, solamente la práctica de las pruebas que sean de interés para la investigación, procurando siempre el mejor conocimiento de la verdad real. Por consiguiente, la omisión de diligencias inconducentes, dilatorias, inútiles o superfluas, no constituye menoscabo de los derechos a la defensa o al debido proceso.”

Como con acierto lo destaca el Ministerio Público, el principio de investigación integral no puede convertirse en instrumento para restar validez a las actuaciones procesales que han incurrido en omisiones probatorias, sino que debe ser entendido en función de los propósitos perseguidos con la actuación y en relación con la situación procesal específica cuya deficiente investigación se aduce, no bastándole al demandante afirmar que habían podido evacuarse pruebas distintas a las recaudadas, pues como carga procesal le incumbe demostrar que las extrañadas tendrían la capacidad de modificar sustancialmente el fallo a favor de los intereses del justiciable.

No menos impertinente resulta la postura del censor al aseverar que existió violación del Art. 247 del antiguo C. de P. Penal, en cuanto no se le dio a las pruebas existentes el alcance probatorio que tenían. En atención a que el actor circunscribe el reproche al grado de convicción que para el sentenciador tuvieron los medios de prueba examinados, ha de decirse que si existiera tarifa legal para medir y sopesar éstos, quizás sus

argumentos hubieran podido tener alguna vocación de prosperidad, pues habría bastado con confrontar lo regulado sobre la materia por la ley y lo plasmado por el funcionario judicial en el fallo.

Sin embargo, no siendo el sistema de la tarifa legal el que prevalece en nuestro ordenamiento procesal, cualquier razonamiento sobre el particular torna inane los esfuerzos del recurrente extraordinario, pues son las reglas de la sana crítica las únicas limitantes que atan al fallador en relación con la facultad discrecional que le asiste para estimar el acopio probatorio allegado a determinada actuación.

“Si la sentencia de segundo grado arriba a esta sede de casación ungida con la doble presunción de acierto y legalidad, su fortaleza sólo resultaría comprometida en la medida en que existiera en ella una verdadera violación de la normatividad, pues se estaría desobedeciendo el imperio de la ley. Por eso el criterio de un sujeto procesal respecto de la estimación de la prueba efectuada por el sentenciador, por más ilustrada que sea no deja de ser una mera interpretación individual que jamás podrá prevalecer frente a la proferida por el funcionario judicial acorde con el ordenamiento legal.” -Auto del 31 de agosto de 1999, Rdo. 14.080, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego-.

No prospera la censura.

3. Cuarto cargo.

Este último cargo se hace consistir en que al procesado tanto en la resolución que definió su situación jurídica como en la de acusación, se le atribuyeron hechos que no fueron objeto de controversia en la indagatoria, como tampoco se le interrogó acerca de las circunstancias fácticas consignadas en el acta de la diligencia de allanamiento y menos por el apodo por el que dicen se le conoce.

Infundadas, por decir lo menos, las manifestaciones que en tal sentido realiza el

casacionista en su demanda, porque de una atenta lectura de aquella pieza procesal, como lo precisa el agente del Ministerio Público, evidente surge la falacia del libelista al constatarse que al procesado se le interrogó sobre los hechos que posteriormente fueron objeto de imputación delictual.

En efecto, al interrogársele al sindicado por su apodo, manifestó que además del mote de “marrano” por el que lo llamaban, después de muerto un primo al que le decían “bocha” le acomodaron a él ese sobrenombre, muy similar al de “bambocha” como lo dio a conocer el Oficial que solicitó la práctica de la diligencia de allanamiento y registro. Igualmente se le preguntó por el hallazgo de las armas y la propaganda subversiva encontrada en la que se dice era su habitación, si en el barrio La Iguaná existía un grupo de “milicianos” que operaban en el sector donde se le dio captura y si sabía quiénes hacían parte del mismo. También se le interrogó acerca del homicidio cometido en el Oficial de la Policía Nacional al que se contrae este proceso, así como por el autor y cómplices de dicho atentado a la vida y de la infracción al Dto. 2266 de 1991 - Fls. 82 a 85-, interrogatorio que si bien no cabe catalogarse como el más ortodoxo, del mismo, mal puede concluirse que el justiciable ignoraba de qué se le acusaba y por qué se le procesaba, como para que se afirme que el derecho de defensa resultó comprometido en razón de este específico reproche.

Por manera que, indemostrado el reparo, la censura está llamada al fracaso.

Finalmente debe advertirse que como los cargos no prosperan, la redosificación de la pena a que hubiere lugar conforme a lo establecido para el efecto en el nuevo Código Penal, será de competencia del Juez de Ejecución de Penas.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria