

Auto.

República de Colombia



Tribunal Superior del
Distrito Judicial
Villavicencio

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado ponente:

Dr. FAUSTO RUBÉN DÍAZ RODRÍGUEZ

Aprobado en acta No 007

Villavicencio, 21 de Enero de 2015

Interlocutorio	2da instancia
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Procesados	Oscar Andrés Bedoya y Carlos Davinson Morato
Origen	Juzgado 1° Penal del Circuito de Descongestión de V/cio
Naturaleza	Apelación auto que negó nulidad
Decisión	Confirma

1. ASUNTO A TRATAR

Se resuelve la apelación interpuesta por la Defensa de Oscar Andrés Bedoya Ramírez y Carlos Davinson Morato Palacio, contra la decisión adoptada por el señor Juez Primero Penal del Circuito de Descongestión de Villavicencio (Meta) el día cuatro de diciembre de 2014, mediante la cual negó la petición de nulidad incoada en audiencia de formulación de acusación, dentro de la actuación que se les sigue por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES PROCESALES

2.1.- Los hechos, según como fueron resumidos por la Fiscalía en el escrito de acusación, consisten en que el 17 de agosto de 2012 a eso de las 11:40 horas, efectivos del Grupo de Investigación

Criminal MEVIL procedieron a realizar diligencia de allanamiento y registro en la vivienda ubicada en la Calle 12 N° 18 D – 02 de esta ciudad, la cual fue atendida por los señores Carlos Davinson Morato Palacios y Oscar Andrés Bedoya Ramírez. En desarrollo de ésta, se hallaron dos (2) cigarrillos con una sustancia vegetal con características similares a la marihuana, así como también se encontró papel parafinado, nueve (9) bolsas plásticas cada una con seis (6) cigarrillos con sustancia de similares características a la ya descrita, una (1) máquina artesanal para fabricar cigarrillos, tres (3) paqueticos cada uno con dos (2) cigarrillos con sustancia vegetal¹ y la suma de \$41.300 pesos. Acto seguido, le dieron a conocer los derechos del capturado a los señores Morato Palacios y Bedoya Ramírez y fueron puestos a disposición para la correspondiente judicialización. El informe de Investigador de Campo FPJ-11² da cuenta del resultado del pesaje, identificación preliminar homologada y toma de muestras de sustancias controladas, arrojando positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de 46 gramos y 240 gramos netos de semilla de la misma sustancia.

2.2.- Al día siguiente³, se celebraron audiencias preliminares, en las cuales se impartió legalidad al procedimiento de allanamiento y registro, a las capturas, se formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, cargo frente al cual no hubo allanamiento. Seguidamente, se impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad (art. 307 literal B, numerales 3 y 4 del C.P.P.

¹ Con características similares a la marihuana.-

² Visto a folio 91 a 92 del c.o. de la primera instancia.-

³ 18 de agosto de 2012.-

2.3.- Presentado el escrito de acusación el 24 de septiembre de 2012, y correspondiéndole el asunto, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Villavicencio, se instaló la audiencia de formulación de acusación el día cuatro (4) de diciembre de 2014, en sede de la cual, la defensa de Oscar Andrés Bedoya Ramírez y Carlos Davinson Morato Palacio, propuso nulidad amparado en la presunta vulneración al debido proceso, argumentando que conforme a sentencia C 673 de 2005⁴ la fuente no formal que suministró la información que sirvió de sustento para realizar la diligencia de allanamiento y registro, debe estar plenamente identificada y obrar la respectiva acta; situación que aduce no obra en las diligencias, contraviniendo lo contemplado en el art. 221 de la norma procesal penal y el principio de objetividad.

Así mismo, refiere que la cantidad de sustancia incautada alude a 46 gramos netos de cannabis y sus derivados, y a 240 gramos netos de semilla de la misma sustancia, acontecer que indica no alcanzaría a configurarse como motivo de infracción penal, por tratarse, en primera medida de dos (2) dosis personales, y en segundo aspecto, de semillas de marihuana que no se encuentran codificadas como punible en la norma sustantiva penal, aunado al hecho de que sus representados son consumidores habituales de alucinógenos. Bajo dichas consideraciones solicita la nulidad de lo actuado, acotando que de esta manera la Fiscalía podrá realizar una nueva formulación de imputación o verificar la posibilidad de dar curso a la terminación del proceso.

2.4.- El Juez de conocimiento niega la pretensión de nulidad, al referir que el Acta de Incautación da cuenta del hallazgo obtenido en diligencia de allanamiento y registro, orden expedida con

⁴ Del 30 de junio de 2005 – Corte Constitucional.-

fundamento en los artículos 220 y 221 del Código de Procedimiento Penal. Aduce que la orden de allanamiento se encuentra fundada en el informe de Policía Judicial, más no en la fuente humana, razón por la cual no fue solo la declaración jurada la que sirvió de base, sino también las actividades investigativas.

Indica que lo concerniente a si los procesados son o no consumidores habituales de sustancias alucinógenas, corresponde dilucidarlo en sede de juicio oral.

2.4.1.- La Defensa interpone recurso de apelación, argumentando que la orden de registro de allanamiento se expide por motivos fundados y el informe debe tener un respaldo probatorio, que en este caso debe ser la entrevista de la fuente humana no formal que no existe, al no estar plenamente identificada y ello es lo que viola el debido proceso toda vez que el art. 221 del C. d P.P. exige que haya un fuente, un informante o un testigo.

Reitera su argumento en torno a que no se encontraron elementos mínimos para dilucidar que se esté ante una actividad de venta de alucinógenos, situación ante la cual considera se debe tener en cuenta la cantidad de sustancia incautada como dosis mínima más aprovisionamiento. Solicita de este Tribunal, se revoque el auto adoptado y en su lugar se decreta la nulidad deprecada.

2.4.2.- La Delegada Fiscal en su condición de no recurrente, manifiesta que no hay un argumento claro y preciso por parte de la defensa para estructurar su pedido de nulidad, en tanto solicita de esta Sala la confirmación de la decisión recurrida.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1.- Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra auto proferido por un Juez Penal del Circuito de este Distrito Judicial de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P.

3.2.- Para la Corporación no hay lugar a declaratoria de nulidad de la actuación, tal y como pasa a verse, por tanto se anticipa que la decisión apelada será confirmada.

Como es sabido, la nulidad es la máxima sanción que puede recibir el proceso, cuando quiera que en su trámite se haya conculcado su estructura básica o quebrantado garantías de las partes o intervinientes, o se presente incompetencia (arts. 456 y 457 del C. de P. P.). Se creó como medida extrema que sólo es posible decretar ante la no existencia de otro instrumento procesal para subsanar la irregularidad, es decir, únicamente procede en el evento de que el error no sea corregible sino repitiendo parte de la actuación.

Los postulados que permiten determinar si algún vicio origina invalidación de lo actuado consisten en la taxatividad o que sólo es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley; la protección o que no puede invocarse la parte o interviniente que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa profesional; la convalidación o que a pesar de que se presente anomalía, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales; la trascendencia o que quien la alegue está en la obligación de

demostrar que el error afecta las garantías constitucionales de las partes o desconoce las bases fundamentales del juzgamiento; y la residualidad o que no exista otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte.

Desde esta perspectiva, entonces, las nulidades restringen su espectro a la corrección de los errores de procedimiento, bien de estructura o de garantía, por lo tanto, se encaminan a obtener la invalidación parcial o total del trámite con la consecuente reposición de la actuación anulada conforme a derecho y con respeto de las garantías fundamentales.

3.3.- Asimismo, es el Juez de Control de Garantías quien legitima los procedimientos puestos a su consideración, y una vez ha proferido la decisión, como en este caso legalizar la diligencia de allanamiento y registro, le corresponde a la parte interesada manifestar su inconformidad contra las disposiciones adoptadas, como parte igualmente del control jurídico y el ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso. Tal situación brilla por su ausencia, pues el profesional del derecho que fungía como defensor para el momento de las audiencias concentradas, no increpó, ni censuró y mucho menos impugnó la legalidad impartida al procedimiento de allanamiento y registro, diligencia que por consiguiente fue sometida a control formal y material por el Juez competente.

Ahora bien, proponer en sede de audiencia de formulación de acusación una nulidad con fundamento en la falta de identidad de la fuente humana no formal, no constituye una causal válida para nulitar la actuación en tanto éstas están limitadas a las irregularidades que afecten la estructura del proceso a partir del

cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.

En efecto, la sentencia C-673 de 2005⁵ a que alude la defensa en sustento a su pretensión, trata de la reserva de identidad que debe tener el informante para efectos del decreto de un registro y allanamiento, pero puntualizándose en que si bien los datos serán reservados, inclusive para lo concerniente a la audiencia ante el juez de control de garantías, no pueden ser desconocidos por el funcionario que ejerza tal función.

“La expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, no puede ser entendida en el sentido de que la reserva sobre los datos del informante vincule al juez de control de garantías, por cuanto, se insiste, aquello impediría la realización de un control formal y material sobre la Fiscalía en materia de medidas de intervención en los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la preservación de la seguridad del informante, justifica que los datos de éste no sean de carácter público sino reservado, razón por la cual el segmento normativo “inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, se ajusta a la Constitución, pero en el entendido que tales datos no pueden ser reservados para el juez que ejerza funciones de control de garantías.”

De igual forma, señala la providencia citada, que la *“declaración jurada de testigo o informante, para efectos del decreto de un registro y allanamiento, cumple la única labor de servir de soporte para establecer con verosimilitud que existen motivos fundados para decretar una medida restrictiva del derecho a la intimidad, mas no constituye como tal una prueba con respecto a la responsabilidad del imputado. En otros términos, la declaración jurada de testigo o informante, al igual que los demás elementos*

⁵ Corte Constitucional.-

materiales probatorios y la evidencia física, constituyen tan solo instrumentos para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado, mas no se trata de un medio probatorio para establecer la existencia del hecho punible ni el grado de responsabilidad penal del imputado.”; razones que llevan a esta Sala a dilucidar que los planteamientos elevados por el togado a efectos de obtener la anulación de la actuación no resultan prósperos, pues van encaminados, tal y como lo expresó, a que la Fiscalía realice una nueva formulación de imputación o verifique la posibilidad de dar curso a la terminación del proceso, aspectos que no corresponden a lo normado por el art. 457 de la norma Procedimental Penal.

De otro lado, las alegaciones en torno a que los procesados son consumidores habituales de estupefacientes, y que la cantidad de sustancia incautada debe ser tenida como dosis mínima, no encuentran cabida en el actual escenario procesal, en donde ni siquiera se ha formalizado la acusación por parte del ente Fiscal.

Y es que, precisamente tal situación en punto de examinar los argumentos que propenden la anulación de lo actuado por la presunta vulneración al debido proceso, hace que la petición de nulidad no esté llamada a prosperar, pues ella se encuentra regida bajo el principio de trascendencia, según el cual y parafraseando lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, no basta la simple denuncia de que el proceso se halle afectado de irregularidades para que automáticamente sea atendible un reclamo anulatorio, sino que se hace necesario que quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales; aspecto este que dejó de lado el defensor inconforme.

⁶ Radicado 13374 del 24 enero de 2001 y Radicado 30710 18 de marzo de 2009.

3.4.- Corolario con lo anterior, y sin ser necesario mayores disquisiciones en torno al tema, como quiera que no se vislumbra irregularidad o ilegalidad que anule la presente actuación, en la medida en que no se está en presencia de los supuestos que la ameritan en la forma precisada por el art. 457 de la Ley 906 de 2004, se confirmará el auto apelado.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia recurrida, acorde a lo expuesto en las motivaciones de éste proveído.

Notificados en estrados y contra éste no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.-

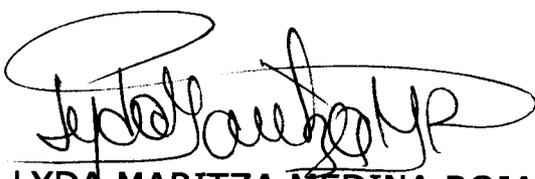
Los Magistrados,


FAUSTO RUBÉN DÍAZ RODRÍGUEZ


JOEL DARÍO TREJOS LONDOÑO


ALCIBÍADES VARGAS BAUTISTA

La Secretaria,


LYDA MARITZA MEDINA ROJAS