El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 20 de abril de 2018

Proceso: Penal – Condena – Revoca y modifica

Radicación Nro. : 661706000066200901773-01

Procesado: BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ

Delito: Tráfico de estupefacientes

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / ALLANAMIENTO Y REGISTRO / ILICITUD / EXCLUSIÓN PROBATORIA / IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE / REVOCA / CESA LA ACCIÓN PENAL / ABSUELVE** - Ahora, si a lo antes expuesto le aunamos lo reglado por los artículos 222 y 225 C.P.P. de lo cual se desprende que es obligación de la Fiscalía especificar o describir los lugares que serían objeto de una diligencia de allanamiento y registro, es obvio que la competencia del personal encargado de ejecutar esa orden solamente estaría circunscrita hacia los inmuebles determinados o descritos en ese mandato, por lo que en un principio les estaría vedado inmiscuirse o hacer extensivo los alcances de la orden hacia otros sitios o lugares diferentes. Por lo tanto, en aquellos eventos en los cuales los encargados de llevar a cabo una diligencia de allanamiento y registro decidan por iniciativa propia, por si y ante sí, hacer extensivo ese operativo hacia unos predios que no estaban consignados o enunciados en la orden primigenia, estarían incurriendo en unos excesos y extralimitaciones al usurpar funciones que no le son propias como consecuencia del desconocimiento de las exclusivas competencias asignadas por parte del artículo 28 de la Carta a las autoridades judiciales, quienes son las únicas autorizadas para poder ordenar el allanamiento y el registro de los domicilios de las ciudadanos.

Es de anotar que para la Sala es obvio que los excesos ante enunciados generarían una violación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez podría viciar de ilegalidad o de ilicitud tanto la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo bajo esas condiciones como a las evidencias físicas encontradas como consecuencia de la misma, las cuales, acorde con lo reglado en el inciso final del artículo 29 de la Carta y en los artículos 23 y 232 C.P.P. serian objeto de la sanción procesal de la exclusión probatoria.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer la existencia de las excepciones consignadas en los artículos 225, inciso 1º, y 230 C.P.P. y el artículo 163 de la Ley 1.901 de 2.016 o Código Nacional de Policía, las cuales permiten hacer extensivos los efectos de la orden de allanamientos y registro hacia otros lugares diferentes de aquellos consignados en el mandato judicial, o avalan que se lleve a cabo dicha diligencia sin que sea necesario la previa obtención de una orden para tales fines. Pero en opinión de la Colegiatura dichas situaciones excepcionales no tuvieron ocurrencia en el caso subexamine, porque, acorde con la realidad procesal,

(…)

Siendo así las cosas, la Sala concluye, al igual que el apelante, que el hallazgo de los narcóticos se llevó cabo como consecuencia de una diligencia de allanamiento y registro en la cual se desconocieron los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez vició de ilicitud tanto a esa diligencia de allanamiento y registro como a las evidencias físicas encontradas como consecuencia de la misma. Tal situación generaría como consecuencia que esas pruebas ilícitas deban ser objeto de la sanción procesal de la exclusión probatoria.

Finalmente, se podría decir que los efectos de la sanción procesal de la exclusión probatoria de la evidencia física incautada se verían saneados si se aplicara la doctrina del descubrimiento inevitable , lo que para la Sala no puede ser de recibo, debido a que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la procedencia de dicha causal de saneamiento de la prueba derivada de una diligencia considerada como ilegal o ilícita, si se tiene en cuenta que los Policiales que ejecutaron la orden de allanamiento y registro, soportaron todas sus gestiones en una misma fuente investigativa, lo que contrastaría con los requisitos que se requieren para la procedencia del descubrimiento inevitable, el cual exige la existencia de otra fuente, que podría ser un tanto especulativa, que vendrían siendo el producto de otras actuaciones investigativas, en las cuales se hayan recopilados otros medios de conocimiento con los que fundadamente sea posible precisar que el hallazgo de la evidencia física cuestionada de todos modos se habría realizado en caso de que se hubiera solicitado una orden de allanamiento y registro para el predio en el cual la misma fue encontrada por parte de los efectivos de la Policía Judicial.

(…)

Acorde con todo lo dicho en los párrafos precedentes, la Sala válidamente ha llegado a las siguientes conclusiones:

• La sentencia condenatoria tuvo como uno de sus soportes una prueba ilegal, la que sería la entrevista absuelta por AFRG, la cual fue introducida al proceso en manifiesta contradicción de los postulados que orientan el debido proceso, y en consecuencia no tendría ningún tipo de valor probatorio.

• Las sustancias estupefacientes incautadas fueron encontradas en un sitio diferente de aquel señalado por la Fiscalía en el escrito de acusación, el cual correspondía a un predio vecino que no fue mencionado ni incluido en la orden de allanamiento y registro. Tal situación tornaría en ilícita tales hallazgos por vulnerarse los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez implicaba que dichas evidencias debieron haber sido excluidas del proceso como lo ordenan el inciso final del artículo 29 de la Carta y los artículos 23 y 232 C.P.P.

• Se desconocieron la existencia de pruebas que generaban dudas razonables frente al juicio de responsabilidad criminal presuntamente endilgado en contra del Procesado NERM, lo que a su vez incidía para que en su favor se capitalizara el principio del in dubio pro reo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 325 del 17 de abril de 2017. H: 10:00 a.m.

Pereira, veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:24 a.m.

Procesados: BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ

Radicado # 661706000066200901773-01

Delito: Tráfico de estupefacientes

Procede: Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de Sentencia Condenatoria

Decisión: Revoca y modifica fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del dos (2) de febrero del 2.011, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados **BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia en el barrio *“El Japón”* del municipio de Dosquebradas a eso de las 18:50 horas del 10 de agosto del 2.010, y están relacionados con la práctica de una diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por parte de varios efectivos de la Policía Judicial al interior de un inmueble ubicado en la calle 7ª, identificado con la matricula urbana # 23-24, en el cual, según afirmó la Fiscalía en el escrito de acusación, se encontró en el patio de ropas un maletín que contenía unos bloques de una sustancia pulverulenta de color blanco, la que al ser sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H), resultó ser compatible con cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 4.019 gramos.

Las razones que motivaron para que la Fiscalía procediera a librar las correspondientes ordenes de la diligencia de allanamiento y registro, se debieron a una información suministrada por una fuente anónima a los detectives de la Policía Judicial, quienes fueron alertados de lo que acontecía en el inmueble antes aludido, el cual, según dijo el chivato, era utilizado por unos sujetos de acento pastuso, que respondían por los remoquetes de *“El Viejo”* y *“El Gordo”,* para guardar un alijo de cocaína, el que tenían planificado vender.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 11 de agosto del 2.010 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura en flagrancia de los entonces indiciados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ, a quienes posteriormente le fueron enrostrado cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 1º del articulo 376 C.P. y se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva. De igual forma ante el aludido Juzgado Penal Municipal, se llevaron las correspondientes audiencias preliminares de control posterior de la orden de allanamiento y registro, así como de la diligencia de marras y de los hallazgos encontrados durante el devenir de la misma, los cuales fueron declarados como legales.
2. El 10 de octubre del 2.010, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, cuya titular se declaró impedida por haber fungido en sede de 2ª instancia en el rol de Juez de Control de Garantías, razón por la que el conocimiento del proceso lo asumió el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 13 de octubre del 2.010, se llevó a cabo la audiencia de acusación, en la que la Fiscalía acusó a los Sres. BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ de incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de almacenar y ofrecer, tipificado en el inciso 1º del articulo 376 C.P.
3. El 18 de noviembre del 2.010 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se efectuó los días 13 y 14 de enero del 2.011. Luego de haber sido anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, el 2 de febrero del 2.011 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el apoderado de la Defensa.
4. El 24 de febrero del 2.011, el conocimiento de la apelación le fue asignado al Despacho # 2 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, cuyo titular mediante auto del 8 de Septiembre del 2.016 se declaró impedido por tener nexos de amistad con la Fiscal Delegada.
5. La declaratoria de impedimento fue aceptada por la Colegiatura mediante auto del 8 de septiembre del 2.016, por lo que el conocimiento de la actuación, en sede de 2ª instancia, le correspondió al Despacho # 3, a cuyo titular se le encomendó la ponencia.
6. Mientras el proceso estaba en sede de 2ª instancia, el Juzgado *A quo,* mediante auto del 28 de julio del 2.015, le reconoció al Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO el subrogado penal de la libertad condicional.
7. Según oficio # 0701 del 5 de enero del 2.012, remitido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), se informó del deceso del Sr. BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO, quien falleció el 30 de diciembre del 2.011, de lo cual se adjuntó el correspondiente certificado de defunción.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 2 de febrero del 2.011, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de almacenar.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado a los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ, los susodichos fueron condenados a purgar una pena de 128 meses de prisión y al pago de una multa equivalente a 1.333,6 salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.L.M.V.). Asimismo, por no cumplirse con los presupuestos legales, a los declarados penalmente responsables no se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder proferir la sentencia condenatoria, pueden ser sintetizados por la Sala de la siguiente manera:

* En el proceso estaba acreditado el hallazgo de una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína, la cual pesó un poco más de 4 kilos, como consecuencia de una diligencia de allanamiento y registro practicada en un inmueble ubicado calle 7ª # 23-24 del barrio *“El Japón”* del municipio de Dosquebradas.
* Tanto la diligencia de allanamiento y registro como los hallazgos encontrados en la misma, fueron consecuencia de una información suministrada a la Policía por parte de una fuente anónima, la cual rindió una entrevista que posteriormente fue incorporada al juicio, en la que se hacen unos señalamientos en contra de los Procesados como los propietarios de los alcaloides encontrados al interior del inmueble en donde se practicó la diligencia de allanamiento y registro.
* En el proceso se encuentran los testimonios de los Policiales que intervinieron en la diligencia de allanamiento y registro, quienes narraron lo acontecido en la misma, en especial respecto de cómo se dio el hallazgo de los narcóticos, los cuales fueron encontrados en una zanja contigua al patio de ropas, el que se comunicaba con un lote vecino por una puerta metálica.
* Son creíbles los testimonios rendidos por los policiales sobre lo acontecido en la diligencia de allanamiento y registro, debido a que no había lugar a duda alguna que estuvieran mintiendo o que hayan prefabricado unas teorías con el ánimo de perjudicar a los Procesados.
* No es de recibo la tesis propuesta por la Defensa con la cual pretendió demostrar que los alcaloides no pertenecían a los acusados porque no fueron encontrados en el inmueble de propiedad de los procesados, ya que si ello fue así, seguramente que los Jueces de Control de Garantías hubieran declarado la ilegalidad de la diligencia de allanamiento y registro, lo cual no ocurrió. Además, en el evento en el que los hechos hubieran ocurrido de esa manera, ya no era posible presentar ningún tipo de reclamo en tal sentido en el juicio.
* Los testimonios que la Defensa allegó al juicio para demostrar la forma como se encontró el maletín que contenía los estupefacientes y el sitio donde fue hallado no eran creíbles por ser contradictorios respecto de la presencia de unas mujeres de quienes se dice que estuvieron acompañando a los Policiales en el momento en el que estos llevaban a cabo la requisa en el inmueble; a lo que se le debía aunar que esos testigos lo único que pretendían con sus declaraciones era colaborarle a un pariente, vecino y amigo.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con el fallo opugnado, el apelante propuso como tesis de su discrepancia la consistente en que con las pruebas de cargos aducidas en el proceso, las cuales no fueron valoradas en debida forma, no fue posible demostrar plenamente el compromiso penal endilgado en contra de los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ.

Para demostrar su inconformidad con lo resuelto y decidido en la sentencia confutada, el apelante esgrimió los siguientes argumentos:

* No es cierto, como se dice en el escrito de acusación y en los informes ejecutivos de policía judicial anexos al mismo, que la sustancia estupefaciente fue hallada en el patio de ropas del inmueble allanado, porque en el proceso se demostró que ese alijo de narcóticos se encontró en el techo de un lote vecino que colinda con los predios del inmueble en donde se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro, en el cual no se encontró nada.
* En el proceso se demostró que la evidencia fue plantada por la Policía desde el lote vecino en la cual fue encontrada hacia los predios del inmueble allanado, lo que aconteció porque los policiales forzaron la reja metálica habida entre ambos predios, para de esa forma trasladar los narcóticos de un lugar al otro.
* Del grupo de policías que declararon en el proceso, se desprende que la persona quien encontró la sustancia estupefaciente en el lote vecino fue el policial CARLOS REYES CUELLAR, ya que los demás policías lo único que hicieron en sus declaración fue aceptar o tomar como valido lo dicho por ese policial.
* Jamás acudió a rendir testimonio la fuente humana que sirvió de soporte para incriminar a los Procesados, por lo que esa prueba debe ser considerada como inexistente y en consecuencia en el proceso no era posible dar como probado que los Procesados hayan sido las personas que colocaron en el sitio en donde fueron hallado los narcóticos, o que hayan sido vistos que tuvieran en su poder esos estupefacientes.
* Con los testimonios rendidos por las Sras. LUZ HELENA CARDONA; LUZ MARINA TORRES; LINA MARCELA MEZA y JACQUELINE SÁNCHEZ, se demostró que los alcaloides fueron encontrados en un sitio diferente de aquel respecto del cual los policiales dicen que hallaron los narcóticos.
* Para los fines perseguidos por la Defensa, era irrelevante que algún Juez de Control de Garantías haya avalado formalmente la diligencia de allanamiento y registro, porque tal decisión en nada podía contrarrestar la verdad procesal que se prendía demostrar, la cual tenía que ver con la ausencia de responsabilidad criminal de los acusados.
* En la sentencia se midió con el mismo rasero a los Procesados, a pesar de estar en situaciones diferentes, debido a que el dueño del inmueble allanado era BERTO HELÍ VELASCO, del cual se podían inferir algún posible indicio por lo encontrado al interior de los predios de su propiedad, pero se desconoció que NOVELIO ENRIQUE RENGIFO no tenía ningún vínculo con ese inmueble, debido a que no vivía ahí, no conocía esa casa, y cuando tuvo ocurrencia la diligencia de allanamiento y registro se encontraba afuera en un andén haciendo una diligencia particular.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia se absuelvan a los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ de los cargos endilgados en su contra.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora macula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se incurrieron en el fallo opugnado en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que con las pruebas habidas en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra de los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante en contra del fallo confutado radica en denunciar la ocurrencia de unos yerros en los cuales, en su sentir, se incurrieron al momento de la valoración del acervo probatorio, la Sala, a fin de encontrar una solución al problema jurídico que nos ha sido propuesto en la alzada, procederá a llevar a cabo un análisis y posterior apreciación de las pruebas habidas en el proceso, para de esa forma determinar si le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, o si por el contrario en el fallo confutado no se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el recurrente.

**1) La ilicitud de los hallazgos encontrados por la Policía Judicial durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro.**

Uno de los reproches formulados por el apelante en contra del fallo confutado consiste en cuestionar la licitud de los hallazgos encontrados en el devenir de la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en el inmueble habitado por BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO, (*Q.E.P.D.),* cuya legalidad ha sido puesta en tela de juicio por el apelante, quien aseveró que por parte de los Policiales que intervinieron en dicho operativo se incurrieron en unos lamentables desbordamientos y excesos de los lineamientos trazados por la Fiscalía en la orden de allanamiento y registro respecto del bien a requisar. Así tenemos que el recurrente alegó en la alzada que la sustancia estupefaciente no fue encontrada por los policiales en el interior de los linderos del inmueble objeto de la diligencia de allanamiento y registro, porque esos narcóticos fueron hallados en un solar vecino, pero que los mismos aviesamente fueron trasladados por los policiales hacia los predios del inmueble objeto de la diligencia de allanamiento y registro.

Como punto de partida, la Sala diría que la teoría del caso propuesta por la Fiscalía en el devenir del proceso cabalgó en la hipótesis consistente en que la sustancia estupefaciente incautada se encontraba dentro de un maletín, el cual fue hallado por los Policiales en el patio de ropas del inmueble allanado, respecto del cual se libró la orden de allanamiento y registro, o sea el ubicado en el calle 7ª del barrio *“El Japón”* # 23-24 del municipio de Dosquebradas. Pero es de anotar que tal tesis resultó no ser tan cierta, ya que del contenido de las pruebas aducidas al proceso se desprendía que los narcóticos no fueron encontrados en los predios del inmueble a allanar, como se consignó en el acta de la diligencia de allanamiento y registro[[1]](#footnote-1) y se adujo en las audiencias preliminares celebradas ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, el día 11 de agosto del 2.010, sino en un lote contiguo o vecino a dicha finca raíz, hacia el cual se podía acceder por una especie de puerta o reja metálica, siendo la persona que hizo tal hallazgo el policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR.

Para demostrar la anterior afirmación, solo basta con analizar el testimonio rendido por el policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR, quien en un principio en su relato dio a entender que los narcóticos fueron encontrados en el patio de ropas del inmueble allanado, para de esa forma amoldar su relato con lo consignado en los informes de policía judicial, así como de todo lo que en el pasado se había dicho sobre ese evento en las audiencias preliminares. Pero es de destacar que ante el contrainterrogatorio al que fue sometido por la Defensa, al testigo le tocó admitir que el hallazgo del maletín con los narcóticos se dio en un solar contiguo que se encontraba al final de la casa, al cual ingresó después de abrir una puerta enrejada o una reja metálica que permitía el acceso hacia dicho lote vecino. De igual forma el testigo expuso que una vez que encontró el maletín y de verificar su contenido, procedió a llevarlo hacia el patio de ropas del inmueble que estaban allanando.

Es de anotar que lo declarado por el testigo CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR respecto de la manera de como localizaron los narcóticos, en un principio encontraría eco en las declaraciones de los demás policiales que intervinieron en el operativo de allanamiento y registro, entre los cuales se encuentran PAULO CESAR VÉLEZ; DIEGO DÍAZ GÓMEZ y GILBENEY LONDOÑO PATIÑO, de cuyos dichos se desprende que el bolso o maletín que contenía los narcóticos fue encontrado en el interior de una especie de zanja habida cerca de la reja que comunicaba el patio de ropas del bien allanado con un lote vecino. Pero, si analizamos lo declarado por los testigos de marras, en especial a partir del momento en el que fueron contrainterrogados por la Defensa, todos fueron contestes en admitir que no vieron el sitio en donde se hizo el hallazgo o que no presenciaron ese evento.

De lo antes expuesto en un principio se podría colegir que las atestaciones del policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR se encontrarían huérfanas en el proceso, lo que no es cierto ya que al cotejar sus dichos con las declaraciones rendidas por las Sras. MILLY ANETH VELASCO; JACQUELINE SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; LUZ HELENA CARDONA; LUZ MARINA TORRES y LINA MARCELA MEZA, de una u otra forma se corrobora lo adverado por CARLOS ALBERTO REYES, en el sentido de que el maletín con los alcaloides fue encontrado en un lote vecino de aquel en el que se estaba llevando a cabo la diligencia de allanamiento y registro, o sea el habitado por el Sr. BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO (*Q.E.P.D.)*, hacia el cual posteriormente fueron llevados esos hallazgos, como bien lo declaró la testigo MILLY ANETH VELASCO*.*

A pesar de lo dicho en el párrafo precedente, es importante dejar en claro que la Sala considera que a las antes enunciadas testigos solo se les debe creer respecto a que el hallazgo de las sustancias estupefacientes tuvo ocurrencia en un predio vecino del inmueble en donde se llevaba a cabo la diligencia de allanamiento y registro, ya que existen plausibles razones para desconfiar de la credibilidad de sus dichos respecto de lo que Ellas dijeron del verdadero sitio o lugar en donde se encontró el alijo, el cual, según adveran las testigos de marras, fue hallado en el techo de una casa vecina, lo que para la Sala se torna un tanto inverosímil e irracional porque ese no es el sitio idóneo para ocultar unos alcaloides compatibles con la cocaína, debido a que los mismos, por sus características pulverulentas, muy a pesar de como estuvieran empacados, estarían expuestos a degradarse como consecuencia del accionar de las inclemencias propias del clima. Además, de un análisis del relato vertido por las testigos sobre ese tópico, se observan que son coincidentes en sus más mínimos detalles, tanto así que uno pareciera que fuera una clonación o fiel copia del otro. Tal situación incide para que la Sala sea de la opinión consistente en que las testigos pudieron haber faltado a la verdad, al parecer, como atinadamente lo adujo el *A quo,* con la intención de ayudar a un vecino, pariente y amigo, respecto de lo que dijeron en lo que atañe con el sitio en el que los policiales encontraron el maletín que contenía los narcóticos, sin que ello mine o aqueje la credibilidad de lo declarado por esas testigos sobre la presencia de los policiales en el interior de un lote vecino o aledaño de aquel respecto del cual en un principio se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro, en cuyos predios fueron encontrados los estupefacientes[[2]](#footnote-2).

De lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que válidamente se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

* Al parecer la orden de allanamiento y registro fue librada para que dicho operativo se celebrara únicamente en los predios del inmueble ubicado en la calle 7ª del barrio *“El Japón”* # 23-24.
* El hallazgo de los narcóticos no se dio en el sitio aseverado por la Fiscalía en el escrito de acusación y en las audiencias preliminares: en el patio de ropas de la residencia a allanar, sino en un lote contiguo o vecino que era ajeno o extraño al inmueble objeto de la injerencia domiciliaria.
* Los Policiales, en especial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR, *motu proprio*, sin que existieran nuevos fundamentos plausibles, decidieron por iniciativa propia ampliar el radio de acción de la diligencia de allanamiento y registro al extenderla más allá de las fronteras del inmueble a allanar, lo que propició su ingreso a los predios de un lote vecino en donde encontraron los alcaloides.

Ahora, si a lo antes expuesto le aunamos lo reglado por los artículos 222 y 225 C.P.P. de lo cual se desprende que es obligación de la Fiscalía especificar o describir los lugares que serían objeto de una diligencia de allanamiento y registro, es obvio que la competencia del personal encargado de ejecutar esa orden solamente estaría circunscrita hacia los inmuebles determinados o descritos en ese mandato, por lo que en un principio les estaría vedado inmiscuirse o hacer extensivo los alcances de la orden hacia otros sitios o lugares diferentes. Por lo tanto, en aquellos eventos en los cuales los encargados de llevar a cabo una diligencia de allanamiento y registro decidan por iniciativa propia, por si y ante sí, hacer extensivo ese operativo hacia unos predios que no estaban consignados o enunciados en la orden primigenia, estarían incurriendo en unos excesos y extralimitaciones al usurpar funciones que no le son propias como consecuencia del desconocimiento de las exclusivas competencias asignadas por parte del artículo 28 de la Carta a las autoridades judiciales, quienes son las únicas autorizadas para poder ordenar el allanamiento y el registro de los domicilios de las ciudadanos.

Es de anotar que para la Sala es obvio que los excesos ante enunciados generarían una violación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez podría viciar de ilegalidad o de ilicitud tanto la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo bajo esas condiciones como a las evidencias físicas encontradas como consecuencia de la misma, las cuales, acorde con lo reglado en el inciso final del artículo 29 de la Carta y en los artículos 23 y 232 C.P.P. serian objeto de la sanción procesal de la exclusión probatoria.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer la existencia de las excepciones consignadas en los artículos 225, inciso 1º, y 230 C.P.P. y el artículo 163 de la Ley 1.901 de 2.016 o Código Nacional de Policía, las cuales permiten hacer extensivos los efectos de la orden de allanamientos y registro hacia otros lugares diferentes de aquellos consignados en el mandato judicial, o avalan que se lleve a cabo dicha diligencia sin que sea necesario la previa obtención de una orden para tales fines. Pero en opinión de la Colegiatura dichas situaciones excepcionales no tuvieron ocurrencia en el caso *subexamine,* porque, acorde con la realidad procesal, no se sabe ni está demostrado:

1. Si se estaba en presencia de algunas de las excepcionales situaciones de emergencia o de calamidad que ameritaban el ingreso de la policía judicial, sin orden judicial, en el predio en el cual se encontraron los narcóticos.
2. Si el bien incautado se encontraba a simple o plena vista, y más por el contrario, según los policiales el alijo estaba en el interior de una zanja, por lo que es factible que no existía una expectativa razonable de la intimidad.
3. Si existía una relación de contigüidad o de conexidad entre el predio objeto de la diligencia de allanamiento y registro y aquel en donde se encontraron los narcóticos, lo que no obtendría eco de la realidad procesal, la cual nos enseña que para ingresar de un predio al otro, era necesario rebasar una especie de puerta o reja metálica, la que se encontraba cerrada en los momentos en los que se llevaba a cabo la diligencia de allanamiento y registro, y que al parecer fue abierta o violentada arbitrariamente por los policiales.
4. Si existían evidencias o fundamentos plausibles, diferentes de los primigenios que motivaron la orden de allanamiento y registro, que permitieran inferir fundadamente que en ese otro lote se estaba cometiendo una conducta punible o que existían objetos relacionados con la comisión de un delito.
5. Si el bien vecino o contiguo hacia parte integral del inmueble allanado, tanto es así que los Policiales que declararon en el juicio, al ser sometido al contrainterrogatorio de la defensa, no les quedó otra opción diferente que la de admitir que todo lo dicho por Ellos sobre esos tópicos eran productos de subjetividades y de especulaciones.

Siendo así las cosas, la Sala concluye, al igual que el apelante, que el hallazgo de los narcóticos se llevó cabo como consecuencia de una diligencia de allanamiento y registro en la cual se desconocieron los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez vició de ilicitud tanto a esa diligencia de allanamiento y registro como a las evidencias físicas encontradas como consecuencia de la misma. Tal situación generaría como consecuencia que esas pruebas ilícitas deban ser objeto de la sanción procesal de la exclusión probatoria.

Finalmente, se podría decir que los efectos de la sanción procesal de la exclusión probatoria de la evidencia física incautada se verían saneados si se aplicara la doctrina del descubrimiento inevitable[[3]](#footnote-3), lo que para la Sala no puede ser de recibo, debido a que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la procedencia de dicha causal de saneamiento de la prueba derivada de una diligencia considerada como ilegal o ilícita, si se tiene en cuenta que los Policiales que ejecutaron la orden de allanamiento y registro, soportaron todas sus gestiones en una misma fuente investigativa, lo que contrastaría con los requisitos que se requieren para la procedencia del descubrimiento inevitable, el cual exige la existencia de otra fuente, que podría ser un tanto especulativa, que vendrían siendo el producto de otras actuaciones investigativas, en las cuales se hayan recopilados otros medios de conocimiento con los que fundadamente sea posible precisar que el hallazgo de la evidencia física cuestionada de todos modos se habría realizado en caso de que se hubiera solicitado una orden de allanamiento y registro para el predio en el cual la misma fue encontrada por parte de los efectivos de la Policía Judicial.

La anterior imposibilidad, se debe a que el descubrimiento inevitable es una variante de la fuente independiente, como bien lo ha reconocido la doctrina en los siguientes términos:

“Aquí se trata de evidencia que si bien es cierto fue obtenida independientemente de la obtenida ilegalmente, como quiera iba a ser obtenida. El caso principal es *Nix v. Williams.* En este caso, la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación a la asistencia de abogado) sobre donde estaba el cadáver de la víctima. A base de esta información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente. **Luego la Corte Suprema caracterizó a la doctrina “descubrimiento inevitable” como una especie de modalidad o extrapolación de la fuente independiente**…”[[4]](#footnote-4).

Pese a lo dicho en los párrafos precedentes, no desconoce la Colegiatura que en el devenir de la audiencia preliminar de control posterior celebrada el 11 de agosto del 2.010, en la cual intervino la Defensa, por parte del Juzgado Penal Municipal que para ese entonces cumplía funciones de control de garantías, se le imprimió legalidad tanto a la orden de allanamiento y registro, como a la diligencia de marras y a los hallazgos encontrados durante el desarrollo de la misma; lo cual, a su vez, podría dar pie para pensar que, como consecuencia del principio de preclusión de instancias, a estas alturas del proceso ya no sería posible ni viable hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre el tema de las exclusiones probatoria generadas ante las posibles maculas que afectarían las evidencias físicas recaudadas en la aludida diligencia de allanamiento y registro, por encontrarnos en presencia de un tema superado, sobre el cual, se reitera, ya hubo un pronunciamiento expreso por parte del Juzgado encargado de resolver sobre tales tópicos.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que tales argumentos no pueden ser de recibo, debido a que por regla general las decisiones tomadas por los Jueces de Control de Garantías no son absolutas, en atención a que las mismas solo hacen tránsito de cosa juzgada formal mas no material, lo cual quiere decir que las mismas son susceptibles de ser modificadas o revocadas, siempre y cuando que se presenten nuevas hipótesis de divergencia sobre a lo acontecido o que existan nuevos medios de conocimiento que incidan drásticamente en la naturaleza de la decisión inicialmente tomada.

En el caso *subexamine*, lo acontecido en las audiencias preliminares de control posterior difieren de las hipótesis propuestas por la Defensa en la etapa del juzgamiento con las pruebas aducidas al juicio, aunque bien vale la pena admitir que existen unos comunes denominadores que en nada afectan a las tesis de marginalidad probatoria invocadas por la Defensa.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo basta con hacer un análisis de lo acontecido en la audiencia de preliminar de control posterior, en la cual la Defensa se opuso a la legalización de la orden de allanamiento y registro, a la diligencia de allanamiento y registro y a los hallazgos encontrados en el devenir de la misma, con base en los siguientes argumentos: a) No se daban las circunstancias de apremio que avalaban para que la Fiscalía pudiera librar una orden de allanamiento y registro, ni existían los motivos para que el Ente Acusador pudiera proceder en tal sentido; b) En la orden de allanamiento se dijo que el bien a allanar era el inmueble ubicado en la calle 7ª, identificado con la nomenclatura # 23-24, pero tal diligencia se llevó a cabo tanto en ese inmueble como en el identificado con nomenclatura # 23-26, en el cual residía el Sr. BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO; c) Durante la recolección de las evidencias físicas, así como su documentación y fijación fotográfica, los miembros de la Policía Judicial no respetaron los protocolos que reglamentaban esos procedimientos.

Es de anotar que para poder una decisión, Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, además de tener en cuenta los informes de policía judicial, en los que se consignaba una declaración rendida por una fuente anónima sobre lo que pasaba en el inmueble en cuyo interior se escondía unos estupefacientes, también procedió a recepcionarle testimonio a: I. El policial PAULO CESAR VÉLEZ, quien expuso que las sustancias estupefacientes se encontraron en el patio de ropas del inmueble allanado, el cual se trataba de dos residencias distintas, identificadas con la nomenclatura # 23-24, en las cuales una de ellas se encontraba en el nivel de la carretera y la otra en una especie de sótano o de *“bajo”.* De igual forma este testigo exhibió unas fotografías relacionadas con el hallazgo de los estupefacientes; II. La Sra. MILLY ANETH VELASCO, quien adujo que el domicilio en donde residía su padre, o sea el Sr. BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO, se trataba de una residencia identificada con una nomenclatura diferente de aquella respecto a la cual se ordenó la diligencia de allanamiento y registro. Además, la testigo adujo que cuando llegó a la casa de su padre, un policía le enseño el sitio en donde se encontraba el maletín, el cual estaba sobre un techo de un predio vecino.

Luego practicar las pruebas antes aludidas y después de escuchar las posturas de las partes, el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, de manera posterior procedió a imprimirle legalidad a la orden de allanamiento y registro, a la diligencia de allanamiento y registro y a los hallazgos encontrados en el devenir de la misma, con base en los siguientes argumentos: a) La Fiscalía estaba autorizaba legalmente para poder expedir la orden de allanamiento y registro, ya que disponía de motivos fundados para proceder en tal sentido; b) Se le debía conceder credibilidad a lo declarado por el policial PAULO CESAR VÉLEZ sobre todo lo acontecido en el devenir de la diligencia de allanamiento y registro, así como de las actuaciones preliminares que hicieron para identificar el bien a allanar; c) Los dichos de la testigo de la Defensa, MILLY ANETH VELASCO, por ser confusos no eran prenda de garantía suficiente para tener como valido lo dicho por Ella respecto que el inmueble allanado se trataba de dos domicilios que estaban identificados con nomenclaturas urbanas diferentes.

Es de destacar que en la aludida decisión tomada por el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, nada se dijo respecto a que el hallazgo de las sustancias estupefacientes se dio en un predio diferente de aquel sobre el cual se practicó la diligencia de allanamiento y registro, de lo cual se guardó un sepulcral silencio, ya que se reitera, el proveído de marras nada se dijo para esclarecer ese hipótesis debido a que el mismo se concentró fue en dilucidar todo lo relacionado con la existencia de dos domicilios identificados con nomenclaturas urbanas diferentes y los alcances que tendría la orden ya sea sobre solo a alguno de ellos o respecto de los dos; así como el darle credibilidad a lo dicho por el PAULO CESAR VÉLEZ, en especial en todo aquello que atañe con el hallazgo de los narcóticos en el patio de ropas del domicilio que hacia parte de los bajos o que se encontraba en el sótano.

Como quiera que el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, al momento de ejercer el control posterior de legalidad, guardo mutismo sobre lo dicho por la Sra. MILLY ANETH VELASCO, respecto a que las sustancias estupefacientes fueron encontradas en un predio que nada tenía que ver con el allanado, tal situación avalaba a la Defensa para solicitar nuevamente la exclusión probatoria y pedir la práctica de pruebas en tal sentido, con base en esa hipótesis que nunca fue tenida en cuenta por parte del juzgado de control de garantías.

Lo antes expuesto nos quiere decir que no se está en presencia de un hecho superado, ya que si sobre el mismo no hubo un pronunciamiento expreso por parte del Juzgado Penal Municipal que para ese entonces cumplía con funciones de control de garantías, tal situación le abría las puertas a la Defensa para que con base en esa hipótesis preterida, pudiera nuevamente procurar pretender la declaratoria de la ilegalidad o ilicitud de la diligencia de allanamiento y registro, así como de los hallazgos encontrados en el devenir de la misma.

De igual forma la Sala no puede pasar por alto que con las pruebas debatidas en el juicio se demostró que no era tan cierto lo dicho por el policial PAULO CESAR VÉLEZ respecto al sitio en el cual se encontraron los narcóticos, ya que de lo atestado por el también policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR, se desprende que fue Él quien hayo los estupefacientes, los cuales fueron encontrados en el interior de un bolso o maletín que yacía una especie de zanja habida en un lote vecino, el que se comunicaba con el patio de ropas de predio allanado, por intermedio de una especie de reja, la cual se encontraba cerrada.

Lo antes expuesto no quiere decir que se desconozca las competencias que tienen los Juzgados que cumplen funciones de garantías en aquellos eventos en los cuales constitucional y legalmente están autorizados para pronunciarse excepcionalmente sobre el tema de las exclusiones probatorias cuando ejercen un control de legalidad posterior sobre ciertas actividades llevadas a cabo por la Fiscalía por intermedio de la Policía Judicial, entre las cuales, según ha dicho la jurisprudencia de la Corte, se encuentran: *“el verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet…..”[[5]](#footnote-5).* Porque de igual forma se debe tener en cuenta que los efectos que generan el ejercicio de tales funciones no son perennes, ya que como bien lo ha dicho la Corte, los mismos están asociados con la clase de control ejercida por el Juez de Control de Garantías, ya que si el mismo es eminentemente de legalidad, es posible que la evidencia física marginada del proceso pueda volver ser aducida al mismo mediante alguna de las hipótesis consagrada en el artículo 455 C.P.P. Pero si el control es de ilicitud, ello ya no sería posible, y en consecuencia la decisión de exclusión probatoria se torna en absoluta.

Para ofrecer una mejor ilustración, consideramos pertinente traer a colación lo que sobre este tópico ha dicho la Corte en los siguientes términos:

“El test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de declararse legal dicho procedimiento.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores.

(:::)

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la declaratoria de ilicitud de los mismos, la cual se origina en violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación.

(:::)

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad;

b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud, con las consecuencias antes mencionadas; y,

c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad; evento en el cual, los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio…”[[6]](#footnote-6).

Luego, si tenemos en cuenta que el eje central del debate que en pretérita oportunidad se suscitó en el Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, giró en torno de hacer un control formal y por ende legal tanto de la orden de allanamiento y registro como de lo acontecido en dicha diligencia, y como quiera que no se hizo ningún análisis frente a la ilicitud, tal situación incidía para que válidamente ante los Jueces de Conocimiento se solicitara un nuevo análisis de la legalidad de los acontecido con base en unas nuevas hipótesis que no fueron propuestas o que fueron ignoradas en sede de control de garantías.

Finalmente, también se podría pensar que en el presente asunto no sería procedente la aludida sanción procesal de exclusión probatoria como consecuencia de la actitud pasiva y omisiva asumida por la Defensa, cuyos representantes no la invocaron en el devenir de la audiencia preparatoria, la cual se constituye, por regla general, en el escenario procesal idóneo para debatir tales tópicos.

Sobre lo anterior, la Sala dirá que si bien es cierto que en la audiencia preparatoria celebrada el 18 de noviembre del 2.010 la Defensa no deprecó solicitud alguna tendiente a procurar la exclusión de las evidencias físicas descubiertas por las Fiscalía, las cuales fueron recaudadas en la diligencia de allanamiento y registro, también es cierto que ello se debió a que por parte del director del proceso jamás se abrió espacio alguno para que las partes pudieran proceder en tal sentido.

Prueba de lo anterior la encontramos al efectuar un simple análisis de lo acontecido en la audiencia preparatoria, en la cual se respetaron todas las fases que hacen parte de ese acto procesal complejo, porque en efecto se llevó a cabo el descubrimiento probatorio por la Defensa, la enunciación probatoria, el *petitum* de las pruebas que las partes querían aducir al juicio y las observaciones que las partes tendrían frente a la conducencia y pertinencia de las pruebas pedidas por su contraparte, pero en momento alguno por parte del Juez Cognoscente se dio apertura o inicio a la fase procesal de las exclusiones probatorias, lo que al parecer incidió para que las partes y demás intervinientes guardaran silencio sobre ese tópico.

Tal omisión en la que incurrió el *A quo* en el devenir de la audiencia preparatoria, podría constituir en una irregularidad que eventualmente viciaría de nulidad la actuación procesal por haberse socavado las bases estructurales del debido proceso, si se tiene en cuenta que la audiencia preparatoria es un acto complejo compuesto de varias etapas concatenadas entre sí, por la que la preterición de una de esas fases procesales repercutiría de manera negativa al generar una macula que podría afectar el debido proceso.

Ahora, en el evento en el que el director del proceso hubiera abierto el espacio procesal para que las partes pudieran pedir exclusiones probatorias, seguramente que de haber procedido la Defensa en tal sentido, el Juez Cognoscente se encontraría maniatado para poder pronunciarse en esa vista pública, y que en su poder solo tendría lo alegado en tal sentido por las partes sin respaldo probatorio que avalara la hipótesis propuesta, y en consecuencia cualquier tipo de pronunciamiento sobre ese tópico le tocaría diferirla para el fallo, debido a que se estaba en presencia de un evento que tendría que debatirse y probarse con las pruebas aducidas para tal fin en el juicio, como en efecto aconteció en el caso *subexamine*.

Es más, algo que llama poderosamente la atención a la Colegiatura es que si el tema de la exclusión probatoria fue algo que se debatió en el devenir de las audiencia preliminares, es obvio que no existía razón alguna para que el *A quo* posteriormenteen la audiencia preparatoria ordenara que se practicaran algunas de las pruebas pedidas por la Defensa, las que se podría considerar como irrelevantes, impertinentes o superfluas, y por ende es obvio debieron ser rechazadas o inadmitidas, si se tiene en cuenta que las mismas tenían como finalidad o propósito el demostrar que las evidencias físicas recaudadas por la Fiscalía durante el desarrollo de la audiencia de allanamiento y registro fueron recopiladas de manera ilícita o ilegal y por ende debían ser marginadas del proceso.

Para la Sala, lo sucedido en la audiencia preparatoria, en la cual el director del proceso no abrió el espacio procesal para que se debatiera el tema de la exclusión probatoria, pero extrañamente ordenó que en el juicio se practicaran las pruebas pedidas por la Defensa con tales propósitos de exclusión probatoria, acorde con los postulados del principio de confianza legítima, generaba una especie de expectativa razonable por parte de la Defensa, quien válidamente debió ser merecedor de un pronunciamiento de fondo sobre tales tópicos, independientemente de lo que haya sucedido en las audiencias preliminares.

Todo lo antes expuesto, nos permite concluir que en el presente asunto no se le puede oponer a la Defensa los efectos propios del principio de la preclusión de instancias.

En suma, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto las maculas que viciarían de ilicitud probatoria los hallazgos encontrados como consecuencia de la ilegal diligencia de allanamiento y registro, en momento alguno se sanearían como consecuencia de la aplicación de la doctrina del descubrimiento inevitable, ni de la aplicación del principio de la preclusión de instancias.

**2) El valor probatorio que merecería la fuente que le brindó la información a la Policía Judicial[[7]](#footnote-7), la cual sirvió de fundamento para la expedición de la orden de allanamiento y registró.**

Mediante el presente cargo, el apelante cuestiona la valoración que en el fallo confutando se le dio a los dichos del informante, la cual, en sentir del recurrente, es errada, debido a que el informante en momento alguno acudió al proceso a rendir testimonio.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que es un hecho cierto e indiscutible que el juicio de responsabilidad criminal tuvo como uno de sus cimentos la credibilidad que se le dio a la información que una persona, en este caso el ciudadano ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ, le suministró a la Policía Judicial respecto a que en el interior de un inmueble ubicado en el barrio *“El Japón”*, ubicado en la calle 7ª # 23-24, era utilizado por unos sujetos de acento pastuso, que respondían por los remoquetes de *“El Viejo”* y *“El Gordo”*, para guardar un alijo de cocaína, el que tenían planificado vender.

De igual forma tenemos que al hacer un estudio del proceso, observa la Sala que en momento alguno la Fiscalía descubrió como prueba el testimonio del ciudadano ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ, ni solicitó que se oyera su testimonio, razón por la cual dicho sujeto en momento alguno acudió al juicio a rendir declaración jurada. Asimismo, no se puede pasar por desapercibido que en el proceso se introdujo, por parte de la Fiscalía, con el testimonio absuelto por el policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR, un informa policial que contenía una entrevista rendida por RENDÓN GUTIÉRREZ ante la Policía Judicial en las calendas del 10 de agosto del 2.010, en el que el soplón daba cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se enteró que en el interior de un inmueble ubicado en el barrio *“El Japón”,* dos sujetos que respondían por los sobrenombres de *“El Viejo”* y el *“El Gordo”,* tenían guardado cuatro kilos de cocaína, que tenían planificado vender.

Un análisis de lo antes acontecido, le hace a la Sala concluir que en efecto le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, debido a que la entrevista rendida por el ciudadano ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ debió ser considerada como una prueba ilegal que en consecuencia carecería de cualquier tipo de valor probatorio en atención a que la misma fue aducida al proceso con manifiesta vulneración del debido proceso, porque en momento alguno se cumplieron con las exigencias legales que se requerían para que dicha entrevista pudiera ser aducida al proceso como prueba de referencia admisible.

Para demostrar la anterior hipótesis, se hace necesario tener en cuenta que por regla general los elementos materiales probatorios recopilados por las partes durante la etapa de investigación, Vg. entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc… por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación[[8]](#footnote-8), *per se* no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio, muy a pesar que los mismos, en el devenir de la actuación procesal, pueden servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares sobre bienes, etc...

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que en aquellos eventos en los cuales se garanticen y respeten la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos si tendrían la facultad o la posibilidad de convertirse en medios de prueba.

Frente a lo anterior, de vieja data la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes…”[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, yendo al caso que dio génesis a los reclamos formulados por el apelante, o sea todo aquello que tiene que ver con la ilegalidad de las declaraciones que el informante ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ absolvió en un escenario por fuera del juicio oral, tenemos que acorde con lo reglamentado en el actual estatuto de procedimiento penal, esa clase de elementos materiales probatorios pueden ser aducidos al proceso en las siguientes hipótesis:

1. Para refrescar memoria del declarante, en caso que el testigo presente alguna falla en el proceso de rememorización {ordinal d articulo 392 C.P.P.}; Pero es de aclarar que en estos eventos no tiene ocurrencia la introducción al proceso de la entrevista, pues lo único que se persigue con la misma es que el testigo precise o rememore hechos que no recuerda con claridad y precisión.
2. Como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo {inciso 3º articulo 347 C.P.P.; ordinal b articulo 393 ibídem y articulo 403 *ejusdem*}, la que se da en aquellos eventos en los que el declarante incurre en contradicciones en sus dichos o cuando se retracte de lo que sobre los tópicos adverados había declarado en una pretérita atestación o de lo que respecto a la misma le dijo a otras personas. En estas hipótesis, o sea cuando la declaración extraprocesal es utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, la misma necesariamente debe hacer parte del proceso al encontrarse liada con lo declarado por el testigo mediante la figura conocida como *“testigo adjunto”[[10]](#footnote-10).*
3. En los casos en los cuales se pretenda introducir al proceso como prueba de referencia una declaración extraprocesal del testigo, la parte que de manera excepcional pretenda aducir al juicio una prueba de tales características, como bien lo ha establecido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[11]](#footnote-11), adquiere la carga procesal de acreditar su admisibilidad acorde con cualquiera de las hipótesis consagradas en el aludido artículo 438 C.P.P.

En síntesis, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede colegir que para que para que una declaración que una persona rindió con antelación o por fuera del proceso pueda ser válidamente aducida al mismo, es necesario que se respeten los postulados que orientan los principios de la confrontación, inmediación y contradicción.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la entrevista rendida por ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ se adujo al juicio con manifiesta violación del debido proceso por conculcarse flagrantemente los principios de la contradicción, la inmediación y la confrontación, pues estamos en presencia de una prueba que no fue descubierta ni solicitada por parte del Ente Acusador; de igual forma, en caso que los dichos extraprocesales de ese fulano pretendieran introducirse al proceso a modo de prueba de referencia, en momento alguno la Fiscalía cumplió con la carga probatoria que le competía de demostrar su admisibilidad.

Por lo tanto, al encontrarnos en presencia de un medio de conocimiento allegado al juicio con manifiesta violación del debido proceso, es obvio que el mismo no tendría ningún tipo de valor probatorio, y en consecuencia debió ser excluido del proceso acorde con la sanción procesal consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con lo reglado en el artículo 23 C.P.P.

Lo antes expuesto nos quiere decir que no tendría ningún tipo de validez probatoria cualquier tipo de juicio de inferencia que se pretenda hacer de esa forma poder establecer que los Procesados BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ corresponderían con las personas de acento pastuso señaladas de manera extraprocesal por ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ como los fulanos que respondían por los sobrenombres de *“El Viejo”* y el *“El Gordo”*, quienes tenía en custodia unas panelas de cocaína para su negociación[[12]](#footnote-12).

Finalmente se podría decir que las maculas que aquejan la ilegalidad de los dichos extraprocesales del ciudadano ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ se encuentran suplidas o enmendadas por lo que en términos similares declararon en el juicio los policiales CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR; PAULO CESAR VÉLEZ; DIEGO DÍAZ GÓMEZ y GILBENEY LONDOÑO PATIÑO. Pero para la Sala tal hipótesis no puede ser de recibo, debido a que estamos en presencia de simples y meros testigos de oídas quienes, a modo de caja de resonancia, lo único que hicieron fue replicar en sus declaraciones lo que Ellos le oyeron decir al informante. A lo que se le debe aunar que los testimonios de oídas por si mismos no tienen ningún tipo de valor suasorio o de convicción por atentar en contra de los principios de la contradicción y de la originalidad de las pruebas[[13]](#footnote-13), lo que tiene su razón de ser en el riesgo que corre la información de tergiversarse o de distorsionarse cuando ella pasa de una fuente a otra.

**3) La plena demostración del juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra del Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ.**

Uno de los presupuestos tenidos en cuenta para pregonar en el fallo confutado el juicio de responsabilidad penal hecho en contra del Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ, radicó en su presencia en el inmueble en el cual se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro, lo que a su vez apalancaba aún más la credibilidad de lo dicho extraprocesalmente por ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ respecto de su implicación en la comisión del reato por el cual resultó llamado a juicio.

Pero para la Sala tales apreciaciones probatorias son erradas, debido a que desconocen que:

* Las declaraciones extraprocesales rendidas en tales términos por ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ carecen de validez probatoria, en atención a que fueron aducidas al proceso con manifiesta vulneración del debido proceso.
* Acorde con lo declarado por las Sras. JACQUELINE SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y LUZ HELENA CARDONA, quienes estuvieron presentes en el sitio de los hechos, se desprende que el Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ no vivía en el inmueble habitado por BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO (*Q.E.P.D.),* y que su presencia en el sitio de los hechos fue algo eminentemente circunstancial y ocasional, ya que cuando arribaron los Policiales, Él se encontraba dialogando en el andén del inmueble con BERTO HELÍ VELASCO sobre un negocio de comidas rápidas que ambos tenían planificado montar.

Por lo tanto, de un análisis de dichas pruebas lo único que surgía era un manto de dudas que empañaban las pretensiones punitivas perseguidas por el Ente Acusador, porque no era posible saber con absoluta seguridad y certeza si en efecto NOVELIO ENRIQUE RENGIFO era alguna de las dos personas, de acento pastuso[[14]](#footnote-14), que fueron señaladas por el delator, en una entrevista que ingresó ilícitamente al proceso, como aquellas que tenían bajo su custodia los alcaloides que pensaban vender, o si por el contrario se trataba de una inocente víctima de las circunstancias que se encontraba en el sitio equivocado en el momento equivocado, que fue presa del desespero de los Policiales por mostrar su eficiencia, como aconteció con la testigo JACQUELINE SÁNCHEZ, quien también fue capturada y presentada ante un Juez de Control de Garantías por el simple hecho de estar presente en el sitio de los acontecimientos.

Ahora bien, no se puede desconocer que acorde con lo atestado tanto por el Policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR como por sus conmilitones, se tiene que el Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO se encontraba en el interior del inmueble, lo cual daría pie para pensar que residía en el mismo, pero para la Sala la credibilidad de los dichos de los Policiales se encuentra seriamente comprometida si se tiene en cuenta que estamos en presencia de personas que engañaron a la Fiscalía al ocultarle la verdad respecto del verdadero sitio en el cual encontraron los estupefacientes, mendacidad esta que se volvió a repetir con la captura de la Sra. JACQUELINE SÁNCHEZ, por lo que no sería extraño que estén procediendo en igual sentido con sus atestaciones respecto del lugar en el que se encontraba en Procesado RENGIFO MARTÍNEZ, con la intención de poder incriminarlo aún más en los ilícitos hallazgos que Ellos encontraron durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro.

Siendo así las cosas, considera la Sala que en el presente asunto existían dudas probatorias razonables que no fueron tenidas en cuenta en el fallo opugnado, las cuales de una u otra forma conspiraban de manera negativa en contra de la plena acreditación del compromiso penal endilgado en contra de NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ, quien en ultimas debió haber sido beneficiado con los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo*.

**4) La extinción de la acción penal como consecuencia del deceso de quien en vida respondía por el nombre de BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO.**

En el proceso está plenamente acreditado que el Procesado BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO falleció en cautiverio mientras esperaba que se desatará el recurso de alzada interpuesto en contra del fallo de 1ª instancia, como bien se desprende de la certificación expedida por el INPEC mediante oficio # 0701 del 5 de enero del 2.012, en la cual se informa que el aludido Procesado falleció el 30 de diciembre del 2.011.

Ahora, si tenemos en cuenta que la muerte del procesado es una de las causales de extinción de la acción penal, como bien lo ordena el articulo 82 C.P. para la Sala no existe duda alguna que como consecuencia del deceso del otrora Procesado BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO no es posible proseguir con el ejercicio de la acción penal, razón por la que la Colegiatura procederá a decretar la correspondiente cesación de todo procedimiento en todo aquello que atañe al susodicho Procesado.

* **Conclusiones:**

Acorde con todo lo dicho en los párrafos precedentes, la Sala válidamente ha llegado a las siguientes conclusiones:

* La sentencia condenatoria tuvo como uno de sus soportes una prueba ilegal, la que sería la entrevista absuelta por ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ, la cual fue introducida al proceso en manifiesta contradicción de los postulados que orientan el debido proceso, y en consecuencia no tendría ningún tipo de valor probatorio.
* Las sustancias estupefacientes incautadas fueron encontradas en un sitio diferente de aquel señalado por la Fiscalía en el escrito de acusación, el cual correspondía a un predio vecino que no fue mencionado ni incluido en la orden de allanamiento y registro. Tal situación tornaría en ilícita tales hallazgos por vulnerarse los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, lo que a su vez implicaba que dichas evidencias debieron haber sido excluidas del proceso como lo ordenan el inciso final del artículo 29 de la Carta y los artículos 23 y 232 C.P.P.
* Se desconocieron la existencia de pruebas que generaban dudas razonables frente al juicio de responsabilidad criminal presuntamente endilgado en contra del Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ, lo que a su vez incidía para que en su favor se capitalizara el principio del *in dubio pro reo.*

Ante tal situación, considera la Sala que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo opugnado, porque en efecto si se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el recurrente, lo que a su vez incidió para que con las pruebas habidas en el proceso no fuera posible llegar a ese juicio de certeza exigido por el articulo 318 C.P.P. sobre la plena acreditación del juicio de responsabilidad criminal pregonado en la acusación en contra del Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ.

Siendo así las cosas, la Colegiatura revocara la sentencia apelada y en consecuencia absolverá al Procesado NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto. De igual forma ordenara la plena libertad del Procesado de marras, de quien se sabe que en estos momentos está disfrutando limitadamente de la misma por haberse hecho merecedor del subrogado penal de la libertad condicional.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Mayoritaria de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CESAR** todo procedimiento respecto del otrora Procesado **BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO** por encontrarse extinta la acción penal como consecuencia de su deceso.

**SEGUNDO: REVOCAR LA SENTENCIA** proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del dos (2) de febrero del 2.011, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados **BERTO HELÍ VELASCO RENGIFO y NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**TERCERO:** **ABSOLVER** al procesado **NOVELIO ENRIQUE RENGIFO MARTÍNEZ** de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, y en consecuencia se ordenara su plena libertad, de la que en la actualidad se dice que está disfrutando de manera limitada por haber sido favorecido con el subrogado penal de la libertad condicional.

**CUARTO:** Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

**ALEXANDER ZAPATA LARGO**

Conjuez

1. Acta que a pesar de que no se adujo al proceso como prueba documental, no se puede desconocer que en todo el devenir del proceso se debatió ampliamente lo consignado en ella respecto del inmueble a allanar, o sea el identificado con la nomenclatura urbana # 23-24 de la calle 7ª del barrio “El Japón”, y el sitio en donde se encontraron los estupefacientes: *en el patio de ropas del inmueble allanado*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de anotar que en estos eventos, la Corte ha sido de la opinión, {Providencia del 6 de abril de 2.005. Rad. # 23154}, que cuando un testigo ofrece una declaración que contiene una mixtura de verdades con mentiras, el Juzgador al apreciar sus dichos los puede fraccionar sus dichos para de esa forma determinar a cuales se le debe creer y a cuáles no. [↑](#footnote-ref-2)
3. Articulo 455 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. CHIESA APONTE, ERNESTO: Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y EE.UU. Volumen I: Pagina # 201 y 211. 1ª reimpresión. 1.995. Editorial Fórum. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver entre otras: La sentencia del 16 de 2007. Rad. # 26310, y la sentencia del 25 de agosto de 2.010. Rad. # 32865. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 13 de junio de 2.012. Rad. # 31900. [↑](#footnote-ref-6)
7. Nos referimos al ciudadano ANDRÉS FERNANDO RENDÓN GUTIÉRREZ. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 15, 16 y 379 C.P.P. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738. [↑](#footnote-ref-9)
10. Respecto de la figura del testigo adjunto, se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738 y la sentencia del 21 de octubre de 2009. Rad. # 31.001. [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto, se puede consultar, entre otros, los siguientes fallos: Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Sentencia del 9 de octubre de 2.013. Rad. # 36518; Sentencia del 28 de mayo de 2014. SP6700-2014. Rad. # 40105; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-11)
12. Aunque la Sala no puede desconocer que de las intervenciones que los Procesados han hecho en el proceso, se desprende que al parecer tienen un acento de voz propio de las personas oriundas del sur del país, Vg. Los departamentos del Putumayo y Nariño. [↑](#footnote-ref-12)
13. Al respecto ser pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia: la del 24 de julio de 2013. Rad. # 40.702, y la del 6 de julio de 2011. Rad. # 35250. [↑](#footnote-ref-13)
14. Al parecer correspondería al sujeto apodado por el delator como *(A) “El Gordo”.* [↑](#footnote-ref-14)