



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, jueves, primero de junio de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0054 del veintitrés de mayo de  
dos mil diecisiete

**Magistrado Ponente**

**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la señora defensora, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín en la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 17 de marzo de 2017, mediante la cual negó la solicitud realizada por la defensa técnica sobre la exclusión probatoria de algunos elementos solicitados por la Fiscalía con vocación probatoria para ser practicados en el juicio oral y público.

## 1. ANTECEDENTES

En el escrito de acusación la Fiscal 27 Especializada de Medellín que producto de una investigación iniciada en el mes de agosto de 2014, que dio a conocer la existencia de una organización delincinencial denominada San José, con injerencia en algunos barrios del municipio de Itagüí, razón por la cual se solicitó la expedición de 26 órdenes de captura, la cuales en su mayoría se hicieron efectivas. Específicamente, respecto a la persona aquí procesada se dijo:

*"DUVAN ESTIVEN LOPERA CALDERON, conocido con el alias de "DUVAN", es integrante de la organización delincinencial "SAN JOSÉ", persona encargada de la venta y almacenamiento de sustancias estupefacientes en grandes cantidades. Es señalado de haber transportado 443,1 kilos de marihuana a la dirección calle 13 A Sur con carrera 53, casa en esquina, la cual fue incautada el día 28 de febrero de 2015 e investigada con el NUNC 050016000206201510216, siendo capturados por estos hechos otros integrantes de la organización delincinencial identificados con los nombres de Luis Guillermo Londoño Estrada, Elkin Alexander Estrada y Lucas Mauricio Quintero Henao. En su contra reposa dentro de la investigación labores de vigilancia y seguimiento a personas, actividades de agente encubierto, inspecciones judiciales, entre otros."*

Luego de ser capturado, el señor DUVAN ESTIVEN LOPERA CALDERÓN fue presentado el 02 de julio de 2016 ante la Juez Tercera Penal Municipal con función de control de garantías ambulante de Antioquia, quien verificó la legalidad del procedimiento de captura y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión, previa

formulación de imputación por parte de la Fiscalía por la autoría del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO en concurso heterogéneo con TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, cargos que no fueron aceptados por el imputado.

El escrito de acusación fue radicado el 10 de agosto de 2016 y la formulación oral, luego de varios aplazamientos, se llevó a cabo el 22 de noviembre siguiente en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín. En esa diligencia la Fiscalía descubrió las pruebas y se convocó para audiencia preparatoria, misma que se llevó a cabo los días 09 y 17 de marzo últimos. En el desarrollo de la primera sesión de esta diligencia la señora Defensora solicitó la exclusión, por ilegalidad, de los elementos materiales probatorios que pertenecen al proceso identificado con el radicado 2015 10216 y que pretenden ser traídos a esta investigación, por cuanto dentro de esa causa el procedimiento de allanamiento, registro y captura fue declarado ilegal, por lo que lo derivado de dicha diligencia no puede ser estudiado ni valorado jurídicamente. Además, resalta los defectos de la cadena de custodia del informe ejecutivo que recoge todo el acontecer de aquella diligencia, por lo que deprecó, de manera subsidiaria, el rechazo de este documento en atención a sus alteraciones y correcciones.

## **2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La Juez de primera instancia, luego de traer a colación lo expuesto por la defensa en la audiencia previa, decidió

no acceder a la solicitud de exclusión elevada por esa parte procesal aduciendo que la declaratoria de ilegalidad del allanamiento y registro que se llevó a cabo el 28 de febrero de 2015 fue por duda de los hechos que rodearon dicha diligencia, razón por la cual el juez de control de garantías ordenó la libertad de los capturados en esa oportunidad pero se negó a declarar la ilegalidad de las evidencias halladas al interior del inmueble.

Acto seguido, el a quo entró a realizar un extenso recuento de lo consignado en el informe de la Fiscalía frente al acontecer de esa diligencia de allanamiento y registro, indicando además que las personas capturadas y que están siendo procesadas en una investigación aparte, no tenían expectativa razonable de intimidad frente a ese inmueble por cuanto ninguno residía allí, tesis que apoyó en varias decisiones jurisprudenciales, llegando a la conclusión que de admitirse que la policía efectuó un procedimiento ilegal dicha irregularidad sería de menor entidad, y que ante una tensión de derechos debe prevalecer el interés general.

Ahora, frente a la solicitud subsidiaria de rechazo de un elemento material probatorio por una presunta irregularidad en la cadena de custodia, expresó que se debe recordar que ha quedado suficientemente decantado por la Corte Suprema de Justicia que los defectos en la cadena de custodia no atañen a cuestiones de legalidad sino de autenticidad, y que justamente por eso el inciso 2º del artículo 277 del código de procedimiento penal indica que la autenticación de los elementos materiales probatorios cuando se ha roto la cadena de custodia estará a cargo de la parte que los presente, sin que esa circunstancia condicione la admisibilidad de la prueba, su decreto o práctica.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**La Defensora** sustentó su inconformidad aduciendo que lo que realmente quiero hacer notar es que existe un decisión del Juzgado Trece Penal Municipal con funciones de control de garantías y, así mismo, su confirmación por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito, que declaró ilegal el procedimiento de allanamiento y registro practicado el 28 de febrero de 2015, por lo que estima que en este evento ya no hay que mirar si existen o no las excepciones contenidas en el artículo 230 del código de procedimiento penal, sino que lo que debe hacer la judicatura ahora es entrar a estudiar la exclusión del material probatorio derivado de dicha diligencia en lo que respecta a este proceso.

Sostiene que con base en la ilegalidad ya declarada, queda claro que se violó el derecho a la intimidad de las tres personas capturadas y que están siendo procesadas en una causa alterna a esta, tal y como ha sido considerado por la Corte Suprema de Justicia en varias providencias, como lo son los radicados 37795 y 37361, además de las sentencias C-210 de 1997 y la SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional, jurisprudencia que concluye que una vez declarado ilegal un procedimiento la consecuencia necesaria debe ser la exclusión del elemento material probatorio, esto es, que no pueda ser utilizado y no tenga efectos jurídicos en ningún proceso, ni al interior del cual fue ejecutado ni para fundamentar una segunda investigación.

Es así como, después de citar los artículos 23 y 232 de la Ley 906 de 2004 y el 29 de la Constitución Política, la

recurrente adujo que la ilegalidad del procedimiento referido dará la exclusión de todo el elemento material probatorio encontrado dentro del inmueble ubicado en la calle 13 sur con carrera 53 esquina, que en este caso es la sustancia estupefaciente y todos los informes y testigos que se decretaron y delegaron de allí, elementos que pese a que tuvieron su origen en el transcurrir de otra actuación, se pretenden utilizar en contra del aquí acusado, el señor DUVAN ESTIVEN LOPERA CALDERÓN.

Ahora, respecto a su pretensión subsidiaria, manifestó que así se diga que la cadena de custodia se subsana, ello no se puede predicar frente a errores voluntarios y consientes de funcionarios, pues las enmendaduras y contradicciones que tiene el informe ejecutivo rendido el 28 de febrero de 2015 no se pueden enmendar.

**El señor Fiscal**, como parte no recurrente, luego de que la Juez de primera instancia lo requiriera en varias ocasiones para que se limitara exclusivamente a los argumentos expuestos en el disenso, expuso que el hecho de que un acto tenga un vicio de ilegalidad no genera o conlleva automáticamente a una exclusión, resaltando que las irregularidades procesales son tan comunes que por ello la ley trae excepciones, y que en tratándose de violación a garantías fundamentales solo la tortura, desaparición forzada, entre otros, dan ilicitud y por tanto inexistencia.

Aclaró que esta investigación no se derivó de la diligencia de allanamiento y registro que dio origen al otro proceso que se ha venido mencionando, que sucedió fue al contrario porque frente al señor DUVAN ESTIVEN LOPERA CALDERON se estaban

adelantando unos actos de seguimiento, vigilancia y control. Y sobre la expectativa razonable de intimidad presuntamente violentada, mencionó que, tal y como lo razonó el a quo, en el evento que se discute se presentó una situación de flagrancia, máxime cuando el manejo de protección al domicilio fue absolutamente bien explicado en la providencia atacada y los argumentos no fueron debidamente contradichos ni soportados para que se pueda hacer un análisis diferente que pueda enervar la posición que tomó el juzgado de instancia por lo que solicita convalidar la decisión impugnada.

**El Delegado del Ministerio Público**, también como no recurrente, solicitó declarar desierto el recurso por cuanto la apelante repitió las mismas argumentaciones que ofreció al inicio y a las cuales la Juez de primera instancia le dio suficiente explicación y argumentación con jurisprudencia debidamente leída y traída al caso concreto sin que se haya atacado verdaderamente esa decisión, pues, considera que simplemente se hicieron unas aseveraciones muy subjetivas.

Agregó que las citas jurisprudencias no fueron desarrolladas ni contrapuestas a la decisión de instancia, además de que la sentencia SU-159 de 2002 concretamente reconoce y aplica como excepción a la cláusula de exclusión el descubrimiento a raíz de una fuente independiente, que para este caso sería el agente encubierto, por lo que estima que dicha providencia fue invocada de manera equivocada.

Y respecto a la petición subsidiaria planteada en el disenso anotó que no es suficiente con que se argumente que hubo ruptura de la cadena de custodia, el análisis que pesa con respecto

de quien alegue esa ruptura es demostrar que se violó el principio de mismidad, en este caso que no hubiera sido la misma marihuana, por lo que es insuficiente la argumentación, por lo que insistió que se declarara desierto el recurso de apelación.

Luego de escuchar la intervención de cada sujeto procesal, la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado indicó que frente a la petición subsidiaria le asiste razón al Ministerio Público y por tanto concedió el recurso de alzada solo en lo referente a la pretensión principal de la defensa al considerar que la argumentación si ataca la decisión del Despacho ya que la defensora está indicando que, en su criterio, debe darse prelación a la declaratoria de ilegalidad realizada por parte de los jueces de control de garantías.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín en la audiencia preparatoria en punto de que negó la solicitud realizada por la defensa técnica sobre la exclusión de algunos elementos solicitados por la Fiscalía con vocación probatoria para ser practicados en el juicio oral y público, hecho con el cual, a juicio de la Defensora, se desconoce la declaratoria de ilegalidad del procedimiento de registro y allanamiento del cual se derivaron dichas piezas.

Inicialmente la Corporación aclara que procederá a estudiar el problema jurídico propuesto por la recurrente ya que si bien en su argumentación no contradijo propiamente los planteamientos expuestos por la Juez de primera instancia respecto a la flagrancia y a la ausencia de la expectativa razonable de la intimidad durante el operativo de registro y allanamiento realizado por la Policía Nacional el 28 de febrero de 2015, sí expuso la defensa que en este evento ese estudio de procedencia de las excepciones contenidas en el artículo 230 de la Ley 906 de 2004 no resulta procedente en atención a que dicha diligencia ya fue declarada ilegal por parte del Juez con función de control de garantías, en primera y segunda instancia.

Entonces, con la finalidad de entrar a estudiar de fondo el problema jurídico planteado, esto es, la procedencia de la solicitud de exclusión de los elementos materiales probatorios derivados de la diligencia de registro y allanamiento realizada el 28 de febrero de 2015 con base en la declaratoria de ilegalidad, la Sala traerá a colación el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en punto de definir la actividad del juez de control de garantías. En la sentencia de C-1092 de 2003, con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, se estableció que:

*"En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.*

*Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, **lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal.** En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.*” (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

Lo anterior guarda una estrecha relación con el desarrollo legislativo que el asunto ha tenido, pues recordemos que desde la Constitución Política de 1991 se incluyó expresamente una disposición que establece la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso<sup>1</sup>. De igual forma, la Ley 906 de 2004, en su artículo 23, reguló directamente la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano.

*"Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación a las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.*

*Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia..."*

En igual sentido, el artículo 232 ibídem dispone la invalidez de las diligencias de allanamiento y registro ordenadas por

---

<sup>1</sup> Último inciso del artículo 29 de la Constitución Política.

la Fiscalía General de la Nación que se encuentren viciadas por carencia de alguno de los requisitos esenciales en la ley adjetiva penal para estos aspectos. Lo que de plano conlleva una consecuencia inevitable; los elementos materiales probatorios y evidencia física que se hayan recaudado en dicha diligencia y que dependan directa o derivadamente de la misma, deberán ser excluidos del proceso penal y no admitirá su valoración por parte del juzgador<sup>2</sup>.

Además, está el artículo 360 del código de procedimiento penal que establece que durante el trámite de la audiencia preparatoria el Juez debe "*excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, ha llegado o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código*".

Descendiendo al caso que nos ocupa, tenemos que el 1º de marzo de 2015, el Juez Trece Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, dentro del radicado 05001 60 00206 2015 10216, declaró ilegal el procedimiento de allanamiento y registro y ordenó la libertad inmediata de las tres (3) personas que en ese momento habían sido capturadas al haberse originado su aprehensión en una inspección irregular, decisión que fue confirmada día 13 siguiente por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad<sup>3</sup>.

---

2."Si un juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor." Sentencia C-210 de 2007, Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Actas de audiencia que reposan a folios 102 y 103.

Entonces, respecto del procedimiento llevado a cabo por los agentes policiales durante la diligencia de registro y allanamiento citada en precedencia y de la cual se derivaron los medios de conocimiento que incluyó el Delegado de la Fiscalía en su pretensión probatoria<sup>4</sup>, ya hubo un pronunciamiento, en sede de control posterior, por parte del juez de control de garantías llegando a la conclusión de que dicha actuación no se ajustó a los lineamientos legales y por ello declaró su ilegalidad, providencia que fue confirmada por su superior funcional cuando desató el recurso de apelación.

Es así como no resulta procedente la valoración realizada durante la audiencia preparatoria por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín frente a la legalidad o no de la multicitada diligencia de registro y allanamiento, pues, como se dijo, ese procedimiento ya fue declarado ilegal mediante decisión judicial que se encuentra en firme, por lo que no cabe un nuevo estudio y análisis frente al actuar de los policiales y de si existió o no flagrancia o expectativa razonable de intimidad (figuras previstas en el artículo 230 de la Ley 906 de 2004), pues de hacerlo sería casi como pretender actuar dentro de una tercera instancia frente a la providencia que ya se emitió.

Estima esta Sala de Decisión que en este sentido le asiste razón a la recurrente en su razonamiento, pues como viene de verse cuando un procedimiento es declarado ilegal la consecuencia es la exclusión de la evidencia recaudada o derivada de dicha diligencia, pues *“la ruptura del sistema normativo penal*

---

<sup>4</sup> Once (11) elementos materiales probatorios derivados por del proceso con NUNC 050016000206201510216 y que se encuentran relacionados en el escrito de acusación. Folios 49 y 50.

*por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad”<sup>5</sup>*

Lo anterior nos permite concluir que la solicitud de exclusión elevada por la señora defensora debe prosperar, pues la conclusión a la que llegó la falladora respecto a que las irregularidades presentadas en el procedimiento ilegal serían “*de menor entidad porque no se ha acreditado que ese inmueble correspondiese al domicilio, así fuese transitorio, de las personas capturadas con ocasión de esta diligencia de allanamiento y registro*” no tiene una base sólida, ya que, se reitera, esa materia ya fue objeto de estudio por parte del juez competente y en esa ocasión se determinó que no se encontraban cumplidas las reglas dispuestas por el legislador para su práctica, entre ellas, las condiciones previstas en el artículo 230 del código de procedimiento penal, y por tal razón se declaró la ilegalidad de esa actuación.

Finalmente, sobre la mención que hizo el representante del Ministerio Público respecto a que en este evento podría presentarse una excepción a la cláusula de exclusión como es la fuente independiente, que para este caso sería el agente encubierto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre ese tópico por cuanto ni la Fiscalía General de la Nación argumentó en su solicitud probatoria, ni la Juez de primera instancia adujo en su providencia, que en este caso concurriera alguna de las

---

<sup>5</sup> Sentencia SP10303-2014, radicación N° 43691 del 05 de agosto de 2014, ponencia del doctor EYDER PATIÑO CABRERA.

situaciones exceptivas contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Entonces, como los elementos materiales probatorios derivados de la diligencia de registro y allanamiento realizada el 28 de febrero de 2015 dentro del proceso con NUNC 050016000206201510216 adolecen de legalidad, ello de conformidad con la decisión que sobre dicho procedimiento profirió el 1º de marzo de esa misma anualidad el Juez Trece Penal Municipal con funciones de control de garantías, confirmada por la Juez Primera Penal del Circuito, ambos de esta ciudad, se revocará la providencia impugnada y en su lugar se excluyen los medios de conocimiento solicitados por la Fiscalía General de la Nación con vocación probatoria que tienen relación o se derivan de la multicitada diligencia de registro y allanamiento.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la providencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto admitió como prueba a practicarse en el juicio oral y público los elementos materiales probatorios derivados de la diligencia de registro y allanamiento realizada el 28 de febrero de 2015 dentro del proceso con NUNC 050016000206201510216 y en su lugar **SE EXCLUYEN**.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado