



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) junio de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00-248-2016-06007
DELITO	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES
PROCESADO	JUAN FERNANDO TORRES VARGAS
ASUNTO	AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018), mediante acta Nro. 24 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

*Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la doctora **ELVIA CECILIA BAHAMON TRUJILLO** en su calidad de Fiscal Delegada, así como por el representante del Ministerio Público, doctor **TOMÁS FLORENTINO SERRANO SERRANO**, contra la decisión adoptada el 13 de abril de 2010 por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, dentro de la audiencia preparatoria donde se resolvió excluir el arma de fuego incautada dentro del allanamiento realizado a la vivienda del señor **JUAN FERNANDO TORRES VANEGAS**, investigado en el proceso de la referencia.*

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

2.1. *Por información de fuente humana no identificada, la Fiscalía consideró pertinente realizar un allanamiento a cinco residencias del barrio Belén Rincón de esta ciudad, en las cuales vivían presuntos miembros de una organización*

criminal que asola el sector que se le denomina "Los de la sintética", tal diligencia se realizó el 31 de marzo de 2016 a las tres de la mañana, uno de estos operativos fue efectuado en la residencia con nomenclatura carrera 78 No. 1B-51. En las actas aparece que participó una representante del Ministerio Público. Allí se encontraban dos hermanos, **GABRIEL JAIME** y **JUAN FERNANDO TORRES VANEGAS** junto con la madre de estos la señora **MARIA DOLORES VANEGAS RAIGOZA**. La Policía informó que, en una habitación, en medio de los colchones de una cama, fue encontrada una escopeta con cartuchos, al preguntárseles a los moradores ellos indicaron que el responsable era **JUAN FERNANDO**. Fueron capturados los dos hermanos y luego fue dejado en libertad el primero de los nombrados. También en operativos simultáneos se capturaron seis personas más.

2.2. En audiencia de control de legalidad del allanamiento y también de la captura, la Juez de Control de Garantías en primera instancia, doctora **SONIA ESPERANZA VALENCIA GÓMEZ** consideró legal el procedimiento, aceptó que se le hiciera imputación por el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**, no obstante, este no aceptó responsabilidad, sin embargo, en segunda instancia el Juez 24 Penal del Circuito, doctor **CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**, consideró que la fundamentación de la orden de allanamiento era insuficiente, razón por la cual determinó la ilegalidad del procedimiento, ordenando en consecuencia la libertad inmediata de los capturados que se encontraban en su sitio de residencia, la Fiscalía no solicitó medida de aseguramiento.

2.3. La Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de **JUAN FERNANDO TORRES VANEGAS** por el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**, se llevó a cabo la audiencia de acusación, donde nuevamente manifestó que no aceptaba la responsabilidad. En la audiencia preparatoria, la defensa insistió en que el arma no podía ser admitida como prueba, el juez de ese entonces, el **Dr. RAÚL EMILIANO LADINO**, el 29 de agosto de 2017, suspendió la audiencia en la idea de estudiar lo acontecido en la audiencia de legalización del allanamiento. El 13 de abril del 2018, con un nuevo juez, el doctor **SANTIAGO GARCÉS OCHOA** se reinició la audiencia, al final el funcionario decretó todas las pruebas solicitadas por las

partes, excepto la relacionada con el arma incautada conforme el artículo 360 del C.P.P., dado que fue declarada ilegal la diligencia de allanamiento. Tanto la Fiscal, como el representante del Ministerio Público apelaron la decisión sustentándola de manera verbal, a la vez el defensor participa en calidad de no recurrente.

2.4. La doctora **BAHAMON**, en representación de la Fiscalía, sostiene que la orden de allanamiento es legal y debidamente motivada, que el fiscal del caso sí existe, en su momento la fundamentó sobre todo en la existencia de una organización criminal que asolaba el sector, afirma que el capturado es parte de esa organización y la dirección donde se hizo el operativo es la misma de la orden, fue allí donde se encontró la escopeta. No desconoce la ilegalidad del allanamiento, pero no se dijo nada respecto al arma incautada, asegura que existe flagrancia y cierto vínculo atenuado, y, en el evento de mantenerse la inadmisión del arma como prueba, el proceso muere.

2.5. A la vez el Dr. **SERRANO**, en representación del Ministerio Público, pide también la revocatoria de la decisión del Juez del Circuito, insiste que la orden fue legalmente dada, la dirección es la correcta, la fundamentación del Fiscal para el efecto fue en su criterio suficiente, que la imputación de responsabilidad del acusado la hicieron tanto su hermano como su progenitora. Alega la existencia de la flagrancia y de cierto vínculo atenuado frente a la declaratoria de ilegalidad del allanamiento y la incautación de la escopeta, a más que participó el Ministerio Público.

2.6. Por su parte el defensor del señor **TORRES**, el doctor **FABIÁN LIZANDRO RESTREPO BELTRÁN**, como no recurrente, frente a los recursos presentados pide inicialmente la declaratoria de desierto del recurso puesto que no existió una verdadera fundamentación del mismo, insiste que debe respetarse lo dicho por el Juez de Control de Garantías, si el allanamiento es ilegal, la prueba derivada también lo es, alega que no fue individualizado ni identificado el inmueble, tampoco participó la representante del Ministerio Público puesto que al mismo tiempo estaba en cinco operativos de esa misma naturaleza, insiste que el arma como prueba es fruto de una actividad ilegal, tan absurda fue la actuación de la Fiscalía que no se hizo cargos por concierto para delinquir, solo por el porte ilegal de armas.

*2.7. Por ser absolutamente pertinente para la decisión a tomar nos permitimos hacer un resumen de los argumentos del Juez 24 Penal del Circuito el Dr. **PAZ ZUÑIGA**, cuando fungió como funcionario de control de garantías en segunda instancia. Luego de hacer un pormenorizado resumen de los alegatos de los defensores de las personas capturadas en ese operativo, que fueron más de ocho, este funcionario plantea el problema de si la orden de allanamiento expedida por el fiscal expuso los motivos fundados de la existencia del delito y de la responsabilidad de sus autores conforme lo establecido en los artículos 219, 220 y 221 del C.P.P. Se sugiere la existencia de una organización criminal y la motivación del funcionario acusador es que “se busquen elementos materiales probatorios y de encontrarse opere la flagrancia y procedan a la captura”.*

*Echa de menos las personas que afirmaron la presunta existencia de la organización criminal, según versión del funcionario de la Fiscalía que la ordenó, expuso que no era el momento procesal para descubrirlas. Afirma que la función de control de garantías es material, no formal, ello conforme a los lineamientos expuestos en la sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, en ella exige que los motivos fundados sean serios, que los informes de los policías o las declaraciones juradas existan, lo mismo que los medios probatorios, no pueden ser alusiones vagas. Insiste que en un Estado Democrático, el derecho a la intimidad solo puede ser desconocido por las autoridades cuando existan fundamentos fuertes, probables, con la discriminación pormenorizada de los elementos y los lugares y la relación con los delitos que también deben ser graves, en el caso concreto no observa fundamentos serios que configuren siquiera el delito, pues ni siquiera existe prueba del acuerdo para el concierto para delinquir, concluye (minuto 1.07) que al no existir esa fundamentación, las capturas son ilegales, ordena la libertad de las personas privadas de la libertad, entre ellas el señor **JUAN FERNANDO TORRES VANEGAS**.*

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Son varios los problemas planteados, el primero relacionado con la existencia de la suficiente fundamentación para conocer de fondo el asunto, la segunda, respecto de las consecuencias probatorias de la declaratoria de ilegalidad del allanamiento.

3.1. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.

Parte la Sala de afirmar que existe un mínimo de argumentación que permite el conocimiento del presente caso, el ataque a la decisión de negar la prueba, aunque es muy lacónica, se fundamenta a la vez en los argumentos planteados por el Juez de Control de Garantías de Segunda Instancia que declaró ilegal el allanamiento. La Funcionaria acusadora plantea la corrección de la actuación de la Fiscalía, la participación del Ministerio Público en los operativos, el respeto de derechos fundamentales y la existencia de un vínculo atenuado. Igual ocurre con la argumentación del representante del Ministerio Público, con análogos argumentos fundamenta su desacuerdo con la decisión del Juez de instancia.

De todas maneras, de la escucha, el estudio y análisis del caso presente, sí se desprende mucha improvisación, desorden y descoordinación entre los funcionarios que actúan en el ente acusador. Es inadmisibles que la funcionaria recurrente afirme que solo hasta el mismo día de la audiencia preparatoria estaba escuchando la audiencia de control de garantías. También se hará un obligado comentario crítico respecto de la actuación del fiscal que ordenó el allanamiento.

3.2. DE LAS CONSECUENCIAS PROBATORIAS DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DEL ALLANAMIENTO.

La razón por la cual el Juez de Control de Garantías, en segunda instancia, declaró la ilegalidad del allanamiento estriba en el hecho que la fundamentación probatoria no fue la exigida conforme a la sistemática legal y constitucional situación que al final vulneró el derecho de intimidad de los moradores de la residencia en mención. El fundamento de la Corte Constitucional en la sentencia C-673 de 2005 es el siguiente:

*“Ahora bien, siguiendo la Vista Fiscal, cabe señalar que el juez de control de garantías debe conocer los datos del informante, quien además en los términos del primer inciso del artículo 221 del nuevo C.P.P. ha debido rendir una **declaración bajo la gravedad de juramento**, que resulten relevantes para establecer si la información por él suministrada constituía o no motivos suficientes para decretar el registro y allanamiento. De otra manera, el funcionario judicial estaría extralimitándose en el ejercicio de sus competencias constitucionales.”*

La persona que hizo estas sindicaciones, no fue presentada por el Fiscal, al final hay una motivación insuficiente por parte del ente acusador que riñe abiertamente con lo expresado por la Corte Constitucional. A más que se dejaron dudas sobre la intervención del Ministerio Público y de la ausencia de las advertencias sobre la inmunidad constitucional contenida en el artículo 33 de la C.N.

En estos casos surge la inquietud ¿si una vez declarada la ilegalidad de la diligencia de allanamiento en la función de Control de Garantías, está vedado hacer un control posterior frente a las pruebas recaudadas, es decir que automáticamente se tengan que excluir? Al respecto, surgen los siguientes supuestos que tienen diferentes respuestas:

- 1. La declaración de ilegalidad de un allanamiento conlleva necesariamente a la exclusión de la evidencia encontrada en esa diligencia, sobre todo, en el entendido que exista entre la diligencia ilegal y la prueba o evidencia recogida un vínculo de conexidad esencial. Se pueden presentar situaciones en las cuales la actuación inicial realizada en el operativo es legal, pero posteriormente a la incautación de esos elementos hay vulneraciones a derechos fundamentales, casos en los cuales se tiene que valorar el mencionado nexo de causalidad. Por ejemplo, quien en un allanamiento se encuentra un bien ilícito, pero posteriormente el capturado es maltratado en la celda, o no se legaliza la situación dentro del término establecido, situaciones que en principio son ajenas a la situación fáctica inicial y que deben ser valoradas. Lo relevante, de todas maneras, es que en esa instancia de Control de Garantías se controvierta el punto. Una vez el juez declare ilegal el allanamiento o registro y excluya la prueba o evidencia por decisión ejecutoriada, queda cerrada la discusión. En otras palabras, la prueba, con esa decisión, no puede volver a controvertirse menos practicarse. Recordamos que el funcionario de Control de Garantías en ese punto tiene una función constitucional de respeto y protección de derechos humanos, por ello las consecuencias de tales pronunciamientos tienen trascendencia en todo el proceso.*

2. *Si el Juez de Control de Garantías declara legal el allanamiento y lícita la evidencia por medio de providencia en firme, la discusión sobre la legalidad de ésta, sí puede ser reabierta en juicio, tanto en la audiencia preparatoria, e, incluso en el juicio oral.*

3. *Si el Juez de Control de Garantías declaró ilegal el allanamiento, pero no se pronunció sobre la exclusión de la evidencia ya sea por error o porque no se solicitó tal pronunciamiento, sí se puede controvertir la legalidad de la misma, tanto en la audiencia preparatoria, o, incluso, en juicio, ello porque la misma no ha sido excluida. En este evento el Juez de Conocimiento, sin entrar a analizar la declaratoria de ilegalidad del allanamiento o registro, pues este es un acto jurídico consolidado, procederá a analizar si la evidencia emana directa o esencialmente del procedimiento ilegal y determinar, con base en lo anterior, si la admite o no.*

Ésta última hipótesis es la que ocurre en el caso presente, es por ello que conocemos este caso de fondo, recordemos que el allanamiento fue declarado ilegal, pero no se dijo nada sobre el arma en esa audiencia, ello en razón a que el objeto de esa diligencia era otro, obvio que faltó pericia por parte del funcionario acusador. Lo cierto es que al respecto del arma no existió en las actuaciones realizadas ante los Jueces de Control de Garantías pronunciamiento alguno, lo cual no implica necesariamente que esa actuación de por sí, sea legal.

Dentro de la argumentación de la Fiscalía y el Ministerio Público sugieren la existencia de un vínculo atenuado, es decir, parten de la base que efectivamente se dio la ilegalidad, pero que la relación entre esta y el bien incautado no es necesaria ni esencial y por tanto se puede seguir con el operativo. Ello obliga a analizar la causa, la razón de la ilegalidad y la relación de estas con la prueba que se pretende practicar en juicio. Esta figura es utilizada normalmente para purgar situaciones distintas a la analizada en el presente caso, puesto que en aquellas si bien se parte de un acto ilegal, ya sea por comentarios libres o por la confesión de alguien, quien la realiza libremente y con todas las garantías, incrimina a otro con una ilicitud diferente, en esos casos para el delito posterior no opera la consecuencia de la ilegalidad de la prueba inicial. Recabamos, el

vínculo es directo e indiscutible, si las autoridades entraron ilícitamente y en razón a esa intromisión encontraron el arma, no se puede hablar de vínculo atenuado, este es real y directo, solo basta con hacer el ejercicio mental para concluir que, si no debían estar allí, no se hubiera advertido el arma, si la causa es ilícita, la consecuencia también lo será. Este vínculo no solo es material, sino también jurídico y esencial.

Alguna doctrina en orden a “purgar” la ilegalidad de la evidencia utiliza la figura de la flagrancia -como lo afirman los recurrentes, incluso también de la orden de allanamiento- para sostener la legalidad del bien incautado en un procedimiento ilegal, no solo por lo advertido en líneas precedentes, repetimos, las autoridades de policía judicial no podían desconocer el derecho de intimidad con fundamentos probatorios tan pobres, por tanto, argumentar una flagrancia en tales circunstancias, también es un acto contrario a la Constitución y a la Ley. Nótese que si no hubiesen ingresado los policías al inmueble, no habría sorprendimiento. Aquí por tanto la flagrancia no es admisible, repetimos, por la ilegalidad del procedimiento.

En efecto, la flagrancia se da cuando hay una conexión inescindible de tres elementos, el primero la existencia del delito, el segundo la responsabilidad de la persona comprometida y el tercero la existencia de la prueba evidente o plena dado lo inmediato del momento en que se presenta. En nuestro caso la ilegalidad del allanamiento y la indefinición de la persona a imputar, a más de la ausencia de las advertencias sobre incriminar parientes imponen la inexistencia de esta figura.

Por último, es obligado en estos casos consultar el precedente constitucional referido a este tema, no solo a los requisitos de la orden de allanamiento, sino a las consecuencias de la prueba derivada por un acto ilícito, lo expuesto en sus pronunciamientos por la alta corporación es radical frente a la consecuente ilegalidad derivada, incluso las reglas de inclusión del artículo 455 del C.P.P., resultarían seriamente controvertidas de inexecutable. En efecto, en la sentencia C - 591 de 2005, expuso:

“La disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente.”

En ese mismo sentido la sentencia C - 210 de 2007 de la misma Corporación, expuso:

“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. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente. La prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional. Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación. Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal”.

En resumen, toda vez que la orden de allanamiento fue declarada ilegal, ello por la falta de sustento probatorio de la misma, a la vez por la irregularidades advertidas dentro del mismo operativo por parte de los funcionarios de la Fiscalía, es elemental concluir que las pruebas derivadas, que se representan en la incautación del arma resultan también inválidas, por lo tanto, lo decidido por el Funcionario de instancia es conforme al ordenamiento jurídico y, por tanto, se confirmará su decisión.

Radicado: 5001-6000-248-2016-06007.
Delito: Porte Ilegal de Armas.
Acusado: Juan Fernando Torres.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

PRIMERO: *Confirmar íntegramente la decisión impugnada.*

SEGUNDO: *En contra de esta decisión no procede recurso alguno. Una vez leída, se enviará la carpeta de inmediato al funcionario de instancia.*

TERCERO: *Copia de este pronunciamiento será enviado al Juez de Instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado