

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, 14 de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 050016000206201511976
Procesado: Jhon Alexander Zuluaga Tejada
Delito: Receptación
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.4 Aprobada por acta No.26 de la fecha.
Decisión: Revoca sentencia condenatoria
Lectura: 23 de marzo de 2017

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 2 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, que condenó al señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**, por el punible de Receptación, imponiéndole pena de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El día 9 de marzo de 2015, a eso de las 19:30 horas, uniformados de la Policía Nacional, que se encontraban realizando labores de verificación, observaron seis (6) sujetos que intentaban subir la motocicleta de placas RHH 28D por unas escalas al segundo piso del inmueble ubicado en la carrera 39A Nro. 65-17 del Barrio Villa Hermosa, los gendarmes preguntaron a dichos sujetos a quién pertenecía el velocípedo, pero al no obtener respuesta, se comunicaron a la central de radio y les fue informado que la moto había sido hurtada el día 7 de marzo de 2015 a la señora Milena Andrea Zuluaga Rodríguez en el barrio El Poblado. En virtud de ello, se capturó a los señores **Jhon Edison Monsalve Pérez, Carlos Andrés Zuluaga Tejada y Jhon Alexander Zuluaga Tejada** y a tres menores de edad.

3. DESARROLLO PROCESAL

Los días 10 y 11 de marzo de 2015 ante el Juzgado Veintidós Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Medellín se efectuaron audiencias de legalización de captura y formulación de imputación en contra de los señores **Jhon Edison Monsalve Pérez, Carlos Andrés Zuluaga Tejada y Jhon Alexander Zuluaga Tejada** por el delito de receptación, cargo que no fue aceptado por los procesados.

A petición de la Fiscalía se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, decisión contra la cual se interpuso el recurso de apelación, que resolvió el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, revocando la decisión, y en su lugar, impuso la medida en el lugar de residencia de los imputados.

El 7 de mayo de 2015, la Fiscalía General de la Nación, por medio de su delegado, presentó escrito de acusación en contra de los procesados como

presuntos responsables del delito de receptación conforme al inciso 2 del artículo 447 del Código Penal.

El 26 de junio del mismo año, ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, se formalizó la acusación respecto al señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**, por cuanto los señores **Carlos Andrés Zuluaga y Jhon Edison Monsalve** llegaron a un preacuerdo con la Fiscalía, emitiéndose sentencia en su contra el primero de septiembre de 2015.

El 10 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el juicio oral se inició el día 10 de diciembre siguiente, culminando el 10 de marzo de 2016, con emisión de sentido de fallo condenatorio en contra del señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**.

La lectura de la sentencia se realizó el 2 de mayo de 2016. Dentro del término oportuno, la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación, del cual hoy se ocupa esa Sala.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Destacó la falladora que la Fiscalía probó con los testimonios de los policiales Jhon Fredy Henao Gil y Fabian Andrés Álvarez Hoyos, los cuales resultaron contestes, coherentes y concretos, que en efecto el joven **Jhon Alexander Zuluaga Tejada** en calidad de coautor, realizó la conducta de tener en su poder una motocicleta, que había sido hurtada dos días antes en el sector de El Poblado, la cual ingresaba, uniendo sus fuerzas con otros sujetos, a su residencia.

Adujo que este ciudadano pretendía evitar ser descubierto con el elemento hurtado ingresándolo a su morada, pero

gracias a la acción de la Policía Nacional, solo lograron llegar con ella a las escalas del inmueble.

Ello por cuanto las partes no discutieron, que a la señora Milena Andrea Zuluaga, le fue hurtada el día 7 de diciembre de 2015, la motocicleta de placas RHH 28D, con lo que se acredita uno de los elementos del tipo, esto es, la existencia de un bien mueble que tuvo su origen inmediato en el hurto.

Aunado a ello, le restó credibilidad a los testimonios de Carlos Andrés Zuluaga Tejada, hermano del procesado, su madre Margarita María Tejada, y su novia Susana Duque Bohórquez, en tanto el primero no logró esclarecer la ausencia de su hermano en el conocimiento y ejecución de la conducta; la segunda no vio cómo se efectuó la aprehensión de sus hijos, ni cuándo o quienes ingresaron la moto a su residencia; y la última tuvo conocimiento de los hechos cuando ya se había efectuado la captura.

En síntesis, consideró que las pruebas incorporadas al proceso permiten llegar a la conclusión de que hubo una contribución dolosa de parte de **Jhon Alexander Zuluaga** al injusto penal que materializó la realización de la conducta típica y antijurídica.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Estimó el defensor de procesado en su alzada, que el fallo se emitió realizando un erróneo juicio de valoración y apreciación de las pruebas de cargo y de descargo, aunado a que se omitió valorar otras. Fraccionó sus motivos de disenso en cuatro:

1. En cuanto al análisis de las pruebas de la Fiscalía, adujo que la *a quo* se apartó de los criterios de valoración establecidos en el código de procedimiento penal, como quiera que les dio credibilidad a las versiones inverosímiles y

contradictorias de los captores, en tanto los patrulleros que efectuaron el procedimiento no lograron explicar la posición en que se hallaban los cinco sujetos y la hora de la captura, incluso se omitió consignar en el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia que el enjuiciado fue llevado a la Estación de Villa Hermosa previo a su traslado a la URI; además reconocieron en su declaración que ingresaron a las escaleras de la residencia donde se efectuó la captura, sin orden judicial.

2. De igual manera, que hubo una indebida valoración de las pruebas de la defensa, al indicar que la juez concluyó que los testimonios de Carlos Andrés Zuluaga, Margarita María Tejada y el procesado, son contradictorios y que lo único que buscaban era eximir al acusado de la participación en la conducta endilgada, cuando es lo cierto que no incurrieron en contradicciones que les restaran credibilidad, además de que la referida funcionaria judicial pasó por alto la declaración de la novia del acusado y que tampoco tuvo en cuenta importantes pruebas recolectadas por el investigador de la defensa, con las que se demuestra que durante el procedimiento de allanamiento se vulneraron garantías fundamentales.

3. No se probó el conocimiento que tuviera **Jhon Alexander Zuluaga Tejada** de la procedencia ilícita de la moto, ya que no se realizó un juicioso análisis de la tipicidad subjetiva, pues de lo probado se concluye que no tenía conocimiento de la situación ilícita, no se acreditó el acuerdo de voluntades con los otros sujetos y el dominio funcional del hecho, por lo que no se cumplen los requisitos de la coautoría.

4. Solicitó la emisión de un pronunciamiento respecto a la continuación del proceso ordinario por parte de la misma funcionaria que conoció, avaló el preacuerdo y emitió sentencia respecto a los señores **Jhon Edison Monsalve Pérez** y **Carlos Andrés Zuluaga Tejada**, en tanto en su sentir se presentó la

causal de impedimento consagrada en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto efectuó un análisis y valoración de los elementos que le fueron presentados para respaldar la aceptación de responsabilidad.

5. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

Descorrido el trámite de rigor, no fueron presentados alegatos por parte de los sujetos no recurrentes

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, Ant. en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al censor en su alzada.

Partiendo de los planteamientos de la defensa, pero para una mejor estructuración lógica de la sentencia, se analizará en primer lugar, si la omisión de la *a quo* en declarar la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que conoció y emitió sentencia en contra de los señores **Jhon Edison Monsalve Pérez y Carlos**

Andrés Zuluaga Tejada debido a que preacordaron con la Fiscalía y pese a ello, continuó con el proceso en contra del señor **Zuluaga Tejada**, puede acarrear la nulidad de lo actuado.

Posterior a ello, se examinará si de acuerdo a lo probado en el juicio, el procedimiento de incautación de la motocicleta y concomitante captura del acusado, llevado a cabo por parte de personal de la Policía Nacional, estuvo acorde con nuestro ordenamiento jurídico y en caso negativo, qué consecuencias puede acarrear para la evidencia en el obtenida.

Lo anterior, por cuanto pese a que no fue un asunto que se trató de manera específica en la apelación, la defensa sí cuestionó la legalidad del procedimiento de allanamiento y registro por ausencia de orden judicial para ingresar al inmueble y presentarse una vulneración a las garantías fundamentales de sus moradores, tratándose de un asunto inescindiblemente ligado a este.

Solo en el evento en que estas dos cuestiones se respondan de manera negativa, se resolverá si le asiste razón al recurrente cuando afirma que la Fiscalía no demostró, más allá de toda duda razonable, que el acusado tuviera conocimiento de la presencia de la motocicleta en su residencia, y que por ende fuera consciente de que con su actuar transgredía la normatividad penal.

6.2.1. Análisis de la causal de impedimento establecida en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

El planteamiento del impedimento de parte de la Juez Sexta Penal del Circuito de Medellín, se encuentra fundamentado en el artículo 56 numeral 6 de la Ley 906 de 2004, esto es, haber proferido la decisión de cuya revisión se trata o haber participado en el trámite del proceso.

Respecto de dicha causal la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es

preciso que esa intervención, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la objetividad del funcionario, es decir, que su actividad dentro del proceso, sea esencial y no simplemente formal¹, de tal manera que lo vincule con la actuación puesta a su consideración en una forma tan trascendente que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general².

Así, solo habrá lugar a la causal de impedimento, cuando el funcionario haya emitido concepto o efectuado juicios de valor y de ponderación jurídica y probatorias obre el asunto que ahora conoce, razón por la que el ordenamiento procesal dispone la obligación de separarlo del conocimiento posterior del mismo, para de esta manera evitar prejuizgamientos.

En el caso en concreto, encuentra la Sala, que si bien es cierto la Juez Sexta Penal del Circuito de la ciudad, efectuó una valoración de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida respecto a la responsabilidad de los señores Jhon Edison Monsalve Pérez y Carlos Andrés Zuluaga Tejada, en tanto llegaron a un preacuerdo con la Fiscalía, no efectuó pronunciamiento alguno en lo atinente al señor **Zuluaga Tejada**, como tampoco realizó una valoración probatoria que comprometiera la responsabilidad del coacusado que optó por el juicio oral.

En virtud de lo expuesto, no se puede predicar que hubo un prejuizgamiento o que el criterio de la juez se encontraba comprometido, por lo que no existen razones justificadas y suficientes para que la funcionaria judicial se hubiese declarado impedida.

Superado este punto y como quiera que una de las quejas sustanciales de la defensa fue la irregularidad del procedimiento del personal de la Policía

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sent.* del 7 de mayo de 2002, rad.19.300.

² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 27533 del 5 de julio de 2007

Nacional; previo al análisis del caso en concreto, se hará un breve exordio sobre el derecho a la intimidad y su protección en el ordenamiento jurídico Colombiano.

6.2.2. El derecho fundamental a la intimidad y su protección en el ordenamiento jurídico colombiano e instrumentos internacionales.

Las garantías fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, tienen expresa consagración en el artículo 28 Superior, que establece:

*“ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, **ni su domicilio registrado**, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (...)”* (Subrayas y negrilla fuera de texto).

A su vez, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por nuestro país, consagran la mencionada garantía fundamental, como son:

(i) La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 señala que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, **su domicilio** o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*. (Subrayas y negrilla del despacho).

(ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 consagra en los mismos términos de la Declaración Universal, esta garantía fundamental.

(iii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2 prevé: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, **en su domicilio** o en su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la*

protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. (subrayas y negrilla propias).

Ahora, en cuanto a este derecho, la Corte Constitucional ha distinguido, que la protección del domicilio comprende la protección de *“además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad.”*³.

Así, la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista, por lo que la defensa de la inviolabilidad del domicilio protege más que un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad⁴.

En virtud de ello, se ha entendido que el domicilio *“comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia”*⁵.

Ahora, aunque el derecho a la intimidad, en el ámbito de la inviolabilidad del domicilio es un derecho de raigambre fundamental, no es absoluto, pues es procedente su afectación de conformidad con el artículo 28 Superior, cuando: i). Existe mandamiento escrito de autoridad judicial competente; ii). Se respeten las formalidades legales y se efectúe por, iii). Un motivo previamente definido en la ley.

En este sentido y como se puede observar, las restricciones a este derecho se encuentran sometidas a una estricta reserva legal y judicial: la primera, porque solo el legislador tiene la competencia para determinar los motivos que facultan la realización de allanamientos y registros a un domicilio y, la segunda, en

³ Sentencia C-806 de 2009

⁴ Sentencia C-519 de 2007

⁵ Sentencia C-881 de 2014

cuanto que únicamente puede limitarse en virtud de orden expedida por un juez de la República con competencia para emitirla, quien actuará bajo el estricto cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello.

No obstante lo anterior, como excepción al régimen general que exige orden judicial previa para el ingreso al domicilio, encontramos dos tipos de excepciones.

Una constitucional, que se encuentra consagrada en el artículo 32 de la Carta Política, que permite el ingreso de los agentes de la autoridad al domicilio donde se refugia el delincuente sorprendido en flagrancia.

Además, existen excepciones de origen legal, como las establecidas en los artículos 229 y 230 de la Ley 906 de 2004, para los casos de flagrancia, cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, no exista una expectativa razonable de intimidación que justifique el requisito de la orden por cuanto el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista o abandonado y, por último, en tratándose de situaciones de emergencia que pongan en peligro la vida o la propiedad, o se encuentre en riesgo inminente un menor de edad.

Sin embargo, en todo caso, debe cumplirse el requisito consagrado el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución, en el artículo 14 de la Ley 906 de 2004 y en el inciso final del artículo 230 *ibidem*, esto es, someter a control posterior de legalidad esta diligencia en los términos del artículo 237 *ibíd*, a fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

Así, la policía judicial dentro del término de la distancia sin sobrepasar las 12 horas siguientes a la diligencia, tiene que informar al fiscal los pormenores del operativo y remitir el inventario de los elementos incautados y si hubo capturas, en todo caso, debe poner inmediatamente al privado de la libertad a órdenes

del fiscal. Por su parte, la Fiscalía cuenta con 24 horas desde el recibimiento del informe de Policía Judicial sobre la diligencia, para comparecer ante el juez de garantías a fin de que efectúe el control de la legalidad respecto a la interferencia en el derecho a la intimidad, se pronuncie sobre la validez del procedimiento y la legalidad de los elementos materiales probatorios y la evidencia obtenida, todo lo cual se compagina perfectamente con lo reglado en el numeral 2 del artículo 250 de la Carta Política.

6.2.3. Cláusula de exclusión por violación a garantías fundamentales.

El inciso final del artículo 29 de la Constitución, consagra que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que *“Toda prueba obtenida con violación de 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 sólo puedan explicarse en razón de su existencia”*.

A su vez, el artículo 276 de la Ley 906 de 2004, establece que la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y en las leyes.

Finalmente, el artículo 232 del Estatuto Procesal Penal, establece la cláusula específica de exclusión en materia de registros y allanamientos, consignando expresamente que cuando la orden se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales, se genera la invalidez de la diligencia por violación de las garantías fundamentales o de las formas propias de este procedimiento,

por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro serán excluidos de la actuación.

Frente a esta norma, debe realizarse una interpretación sistemática y teleológica, pues no obstante y en principio pareciera que establece solo el control de legalidad sobre la orden, es lo cierto que el control judicial no puede recaer simplemente sobre tal acto sino que necesariamente debe cubrir todo el procedimiento, incluido por supuesto la actividad de la policía judicial y las actuaciones posteriores a ella, bajo el entendido que todo formó un conjunto que afectó el derecho a la intimidad de una persona.

Precisamente en sentencia C-591 de 2005 emitida por la Corte Constitucional, en la cual se analizó la exequibilidad de artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, se consignó respecto a la invalidez de la diligencia de allanamiento y registro y de los elementos materiales probatorio y evidencia física que dependen de ella, lo siguiente:

*“(...) la expresión legal cuya declaratoria de inexecutable se demanda desarrolla un caso específico de aplicación de la regla de exclusión, en materia de registros y allanamientos. En tal sentido el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 dispone **la invalidez de la diligencia** de allanamiento y registro, y en consecuencia los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación, **cuando quiera que la orden expedida por el fiscal haya violado alguno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal, establecidos en la ley- Es decir, la diligencia de allanamiento y registro debe practicarse: (i) con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva (Art. 219 del nuevo CPP); (ii). Deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o participe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrará en él, o en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo (Art. 220 del nuevo CPP); (iii) los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia***

*física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado (Art. 221 del nuevo CPP); (iv) la orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados (Art. 221 del nuevo CPP); (v) existen unos objetos no susceptibles de registro (Art. 223 del nuevo CPP); (vi) la ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (Art. 224 del nuevo CPP); (vii) **la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley (Art. 225 del nuevo CPP)**; (viii) se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial (Art. 226 del nuevo CPP); (ix) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley (Art. 229 del nuevo CPP); (x) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan (Art. 227 del nuevo CPP).*

De la lectura de este aparte de la sentencia transcrita, resulta claro que la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, no se aplica solo ante la carencia de alguno de los requisitos esenciales respecto a la orden, sino que comprende además el procedimiento, en tanto la diligencia debe practicarse guardando las reglas particulares descritas en los artículos 219 a 230 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, el artículo 225 ibidem, establece como garantías respecto al procedimiento, que solo puede efectuarse en los lugares exclusivamente autorizados, debe materializarse procurando la menor restricción posible a los derechos de las personas afectadas, debe realizarse un acta en la que se resuma la diligencia indicando los lugares registrados, los objetos ocupados e incautados y las personas capturadas; dejando además constancia respecto a las oposiciones, las medidas policivas preventivas y sus consecuencias, entre otras; lo que deviene en un control material respecto al procedimiento.

Aunado a ello, es evidente que el control comprende las actuaciones de la policía en aquellos casos en que la diligencia se efectúa sin orden previa de registro y allanamiento, es decir, en casos de flagrancia o en aquellos puntuales eventos que se encuentran taxativamente relacionados en el artículo 230 de la

906 de 2004, pues si se debe efectuar un control exhaustivo cuando hay orden judicial, más riguroso debe ser cuando se efectúa en virtud de un acto unilateral de la policía judicial.

En virtud de ello, la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamiento, se aplica no solo cuando la orden se encuentra viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales, sino también cuando se presenta una vulneración injustificada a los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio por incumplirse los requisitos establecidos para la diligencia, lo que obviamente, incluye el control de legalidad posterior que tiene que efectuarse a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, a solo efecto de determinar su validez (numeral 2 del artículo 250 de la Constitución) o dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias; lo que evidentemente tiene que respetarse so pena de declarar la invalidez de la diligencia y la exclusión de la evidencia en ella obtenida.

Ello por cuanto, al no verificarse por el juez de control de garantías que en la diligencia se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales para su autorización y realización, y lo más importante, el respeto a las garantías fundamentales de los implicados, faltaría el control necesario para establecer la validez de la diligencia y por tanto, ello devendría en la invalidez del procedimiento y de los elementos materiales probatorios recolectados en el mismo, con la consecuente exclusión de la actuación.

En síntesis, el objeto de control por el juez de control de garantías respecto a la diligencia de allanamiento y registro, debe ser: **(i)** antecedente, esto es sobre la orden; **(ii)** concomitante, respecto al procedimiento y; **(iii)** posterior, a fin de determinar si la diligencia de control de legalidad se efectúa dentro del plazo establecido en la Constitución y la ley.

Precisamente en sentencia C-025 de enero 29 de 2009, se consignó respecto a la audiencia de control o revisión de legalidad posterior, efectuada por el Juez con funciones de Control de Garantías, lo siguiente:

*“6.2. Tal como se anotó en el apartado anterior, una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue precisamente la creación del Juez de Control de Garantías, a quien, entre otras, se le asignaron competencias para adelantar un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, y en general, sobre todas aquellas de que tratan las normas acusadas. En estos casos, **la audiencia de control de legalidad tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales (C.P. art. 250 y C.P.P. art. 39).** ”
(negrilla propia)*

De otra parte, en relación con la regla de exclusión, en sentencia T-919 de 2008 la Corte Constitucional precisó que la existencia de una prueba con violación del debido proceso conlleva su exclusión y no la nulidad de todo el proceso judicial, a menos que se trate de una prueba obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, como las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad.

En ese mismo sentido, en providencia con radicado 45619 emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 31 de agosto de 2016, se consignó que no solo la prueba ilícita o ilegal debe ser excluida, sino las que de ella se deriven, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre una y otras, capaz de lesionar la misma garantía, a excepción de los casos de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable.

6.3. Caso concreto.

Precisado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se debe determinar, si de acuerdo a lo probado en el juicio, el procedimiento de incautación de la motocicleta y concomitante captura del acusado, llevado a cabo por parte de personal de la Policía Nacional, estuvo acorde con nuestro ordenamiento jurídico y en caso negativo, qué consecuencias puede acarrear para la evidencia en el obtenida.

En tal sentido declararon los agentes del orden quienes coincidieron en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el sorprendimiento y captura del señor **Zuluaga Tejada**, esto es, que el 9 de marzo de 2015, cuando al observar a seis sujetos intentar ingresar una motocicleta a una residencia por las escalas a un segundo piso, se detuvieron y les preguntaron de quién era el vehículo y como ninguno de ellos dijo nada, los uniformados solicitaron a la central de radio los antecedentes del rodante de donde les informaron que había sido hurtada dos días antes en El Poblado.

Respecto al ingreso a las escaleras del inmueble, el patrullero Henao Gil informó: *“lo que se veía en las escalas era la motocicleta, las escalas estaban inmediatamente se abre la puerta, la captura se hizo en las escalas, no ingresaron más allá de las escalas, la captura de Jhon se efectuó en las escalas”*; posteriormente precisó que: *“lo único que hicieron fue sacar la motocicleta con cuidado de las escalas de las residencia”*. Por su parte, el patrullero Fabian Álvarez, al preguntársele cuántos pisos tenía la vivienda donde se efectuó la captura manifestó que: *“yo no sé, porque cuando lo capturamos fue allí en las escalitas”*, y al indagarle si habían ingresado a las escalas, respondió: *“a las escalas sí”*.

Conforme se anotó en el acápite del derecho a la intimidad, el domicilio comprende además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios

cerrados, en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad.

En virtud de lo expuesto, se debe analizar si las escalas donde fue sorprendido el señor **Zuluaga Tejada** en la supuesta posesión de la motocicleta hurtada hacían parte de su domicilio, en tanto solo así, se puede determinar si se presentó una afectación al derecho a la inviolabilidad del mismo, pues sin necesidad de entrar en el análisis de fondo sobre las pruebas de la Fiscalía y la defensa, e independiente de si ingresaron a las habitaciones del inmueble, los policiales admitieron con toda claridad que ingresaron a las escaleras de la vivienda, lo que podría constituir, cuando menos, un procedimiento de allanamiento.

Para determinar tal cuestión, se revisó el álbum fotográfico allegado a través del investigador de la defensa visible a folios 232 a 242, en el cual se observa que las escaleras donde fue capturado el señor **Zuluaga Tejada**, no eran comunes para diversas unidades familiares, sino que hacían parte exclusiva de la residencia del enjuiciado, al punto que la única puerta de ingreso a la vivienda fue la que traspasaron los policiales para efectuar la captura y sacar la motocicleta tal y como lo reconocieron en su declaración. En este hecho insistieron los testigos de la defensa, cuestión que no fue refutada por la Fiscalía.

En conclusión, no queda duda que se realizó como mínimo un procedimiento de allanamiento al inmueble ubicado en la carrera 39A Nro. 65-17 del Barrio Villa Hermosa, diligencia que se encuentra estrictamente regulada en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal, en tanto con ella se ve limitado el derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la inviolabilidad del domicilio, por lo que el estatuto procesal y la propia Constitución, exigen de manera perentoria que se efectuara el respectivo control sobre la validez del procedimiento por parte del juez de control de garantías y de la evidencia

recolectada en el mismo, para verificar que no se haya conculcado de manera irregular tal derecho.

No obstante lo anterior, en el *sub judice* no se solicitó por la Fiscalía ni se realizó por el juez de garantías competente la diligencia de control de legalidad posterior. Solo se efectuaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, lo que deviene en una evidente irregularidad procesal con incidencia clara en los derechos fundamentales del procesado, como quiera que el procedimiento policial invasivo de la intimidad de aquel quedó sin el referido control judicial.

Así, aunque conforme a lo declarado en juicio por los policiales, no se requería la orden escrita para el procedimiento de allanamiento y registro como lo reclama el impugnante, en tanto el señor **Zuluaga Tejada** fue supuestamente sorprendido en flagrancia durante la comisión del delito cuando procedía a subir una moto hurtada a su residencia; no se efectuó la aludida audiencia.

Precisamente en el formato de solicitud de audiencia preliminar del 10 de marzo de 2015 (fls. 1 y 2 del cuaderno principal) se observa que el fiscal 206 local de Medellín solicitó audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; lo que se corroboró en el acta del 10 y 11 de marzo de 2015 (fls. 3 y 4).

Ahora, escuchado el registro de audio del 10 de marzo de 2015, el Fiscal 194 Seccional de Medellín, solicitó legalizar la captura de estos ciudadanos por efectuarse en situación de flagrancia conforme al informe de vigilancia, en el cual se plasmó que los aprehendidos estaban en las escalas para ingresar al segundo piso de la residencia intentado subir una motocicleta, que al notar la presencia policial, tomaron una actitud sospechosa, intentaron cerrar la puerta siendo interceptados, por lo que pidieron los antecedentes de la moto,

obteniendo como resultado que había sido hurtada en El Poblado, en virtud de lo cual se efectuó la captura.

Por su parte, el defensor de Jhon Alexander y Carlos Andrés Zuluaga Tejada, solicitó declarar la ilegalidad del procedimiento de captura, por cuanto lo descrito en el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, se contrapone a lo señalado por sus defendidos en las entrevistas y lo descrito en las declaraciones extrajuicio de los señores Ofelia Cañaveral, Margarita Mejía Tejada, Juan Pablo Arboleda, Susana Duque y Diana Lucia Lara, quienes dieron cuenta que la captura se produjo en virtud de un verdadero procedimiento de allanamiento y registro por cuanto los gendarmes ingresaron de manera abrupta al inmueble, dañaron algunos bienes y lesionaron a la señora Mejía Tejada, aunado a que no se materializó a la hora consignada en el informe, por lo que se incumplió el término de inmediatez para trasladarlos a la URI.

Expuso el profesional del derecho que los policiales carecían de orden judicial para tal diligencia, sin que pueda argumentarse que se trataba de una situación de flagrancia, en tanto los captores adujeron que lograron interceptar a los sujetos cuando estaban en las escaleras y luego verificaron que la moto era hurtada.

La juez de garantías estimó que la captura resultó legal, como quiera que se trató de una situación de flagrancia conforme al numeral 1 del artículo 301 del Estatuto Procesal Penal, en tanto fueron sorprendidos con una motocicleta que había sido hurtada el 7 de marzo de 2015 en El Poblado, se firmó el acta de verificación de derechos fundamentales por parte de los capturados sin anotación alguna y el informe fue suscrito por los gendarmes que realizaron el procedimiento bajo la gravedad de juramento; y si bien se aportan unas declaraciones extrajuicio en donde se informa que los policiales ingresaron a la residencia, no se les otorgó credibilidad al advertir algunas imprecisiones y

contradicciones; aunado a que las fotografías aportadas no son del lugar donde ocurrieron los hechos.

Analizados los argumentos expuestos en las audiencias preliminares, advierte la Sala que incluso desde aquella instancia, podía deducirse que el procedimiento efectuado por los policiales fue un verdadero allanamiento, pues aunque no se consignó de manera explícita en el informe, sí se plasmó que cuando los aprehendidos notaron la presencia policiva se tornaron nerviosos, soltaron la motocicleta e intentaron cerrar la puerta, pero que los uniformados lograron interceptarlos, de donde se deduce que la captura del señor **Zuluaga Tejada** se produjo en las escaleras de su casa, lugar que estaba amparado por la expectativa razonable de intimidad y por tanto, aun cuando sí podía presentarse una situación de flagrancia, era necesario el control posterior de legalidad de la diligencia dentro del término legal.

Así las cosas, aunque desde el punto de vista formal no se solicitó por la Fiscalía el control de legalidad posterior a la diligencia de allanamiento, y materialmente tampoco se realizó dado que el defensor no lo planteó de manera directa, la juez debió declarar la ilegalidad de la captura, pues cuando se le presentó la evidencia, debió advertir que no se había materializado tal control respecto al procedimiento afectatorio de la intimidad donde se efectuó aprehensión del señor **Zuluaga Tejada**; sin embargo se limitó a pronunciarse sobre el procedimiento vulneratorio de la libertad, lo que deviene en una afectación al debido proceso.

De lo expuesto, se concluye que estamos en presencia de un procedimiento ilegal de conformidad a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, como quiera que se omitió uno de los requisitos formales sustanciales previstos en el estatuto procesal, vulnerándose el debido proceso del enjuiciado, lo cual genera, a su vez, la

exclusión de la evidencia que depende del mismo, esto es, la incautación de la motocicleta que fue reportada como hurtada, los testimonios de los captores y demás actos derivados de la misma.

Al respecto, debe precisar esta Corporación, que si bien es cierto el artículo 228 de la Constitución establece que en las decisiones proferidas por los funcionarios judiciales prevalece el derecho sustancial sobre el procesal, no es menos cierto que hay formalidades que no son simples ritualidades, sino que establecen pautas para garantizar el respeto a garantías fundamentales y por tanto, en esos casos, no se puede concluir que prevalecen las normas sustanciales sobre las procesales, en tanto ello conllevaría a decir que el fin justifica los medios cercenándose una garantía propia del debido proceso, que es precisamente, un derecho fundamental.

En virtud de lo anterior, al excluirse los elementos materiales probatorios y la evidencia derivada del procedimiento de allanamiento efectuado el 9 de marzo de 2015 en la carrera 39 A Nro. 65-17, esto es, la incautación de la motocicleta que fue hurtada a la señora Milena Andrea Zuluaga Rodríguez el 7 de marzo de 2015; pero también la derivada que incluye los testimonios de los agentes captores que realizaron el procedimiento y los de la defensa, no hay otra alternativa que absolver al señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**, pues esas fueron las únicas pruebas en las que se sustentó el fallo condenatorio.

En síntesis, como sin los medios de prueba excluidos, la sentencia de condena no consigue mantenerse, se impone revocar la decisión, para en su lugar absolver al señor **JHON ALEXANDER ZULUAGA TEJADA**.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia del 2 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, que condenó al señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**, por el punible de receptación.

SEGUNDO: En su lugar, **ABSOLVER** al señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada** del delito de receptación.

TERCERO: ORDENAR la libertad inmediata del señor **Jhon Alexander Zuluaga Tejada**.

CUARTO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado