



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP1862-2019

Radicación No. 48.498

(Aprobado acta No. 131)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE y LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 5 de abril de 2016, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad que los condenó como coautores penalmente responsables del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a la pena principal de 216 y 234 meses de prisión respectivamente, y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

457

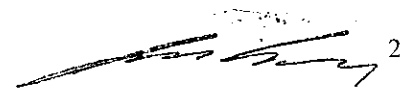
funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas, por un término igual al de la pena principal.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

1.- La SIJIN tuvo conocimiento que en el hostel Villa del Río ubicado en la avenida circunvalar No. 8 – 24, de la ciudad de Neiva el 29 de enero de 2013, había alojadas cinco personas que se dedicaban al hurto mediante la modalidad de atraco con arma de fuego, entre los que se encontraba alias “Tito” y “Crepito” o “Tortuga”, sus dos compañeras sentimentales y otra mujer apodada “Niña Sana”, los que pretendían, supuestamente, dirigirse hacia el municipio de Garzón para cometer el atraco a un ganadero.

2.- Ante la inmediatez del requerimiento y al no contar con el tiempo suficiente para petitionar ante la Fiscalía la diligencia de allanamiento y registro, varias unidades de la Policía Nacional, se desplazaron hasta el sitio, lugar a donde llegaron siendo aproximadamente las 11:00 horas, donde fueron atendidos por Mauricio Gómez Castillo, portero del establecimiento, a quien le manifestaron tenían una orden que en realidad no existió, solicitándole los acompañara hasta la habitación No. 27, a fin de que abriera la habitación, procediendo a ello.

3.- Al entrar en la habitación fueron atendidos por LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE, quienes autorizaron el registro de la misma, hallándose encima de la cama un revólver Smith & Wesson



44

calibre 38 largo, número externo 2D28162 sin que los precitados hubieran presentado permiso para porte o tenencia, produciéndose su captura, determinándose posteriormente que el arma había sido hurtada a Julio César Cifuentes Céspedes.

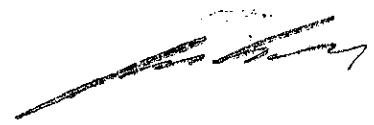
4.- El policía Sebastián Cifuentes Quintero manifestó el procedimiento de dicha operación, en el cual, primero se les hizo firmar, con el consentimiento de ellos, el acta de registro de allanamiento a los capturados. Sin embargo, en el acta se guardó silencio sobre las protestas que hicieron los ocupantes del inmueble ¹.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- El 30 de enero de 2013 bajo la dirección del Juez Tercero Penal Municipal de Neiva con Funciones de Control de Garantías, tuvo lugar la audiencia de legalización de registro voluntario, de la captura de LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE, de formulación de imputación por el delito de fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y de solicitud de medida de aseguramiento, en la cual la Fiscalía solicitó la detención preventiva de los imputados, que efectivamente se impuso.

2.- Por los hechos y delitos antes referidos, el 22 de marzo del mismo año la Fiscalía presentó escrito de

¹ Cfr. Folio 15 del cuaderno del Tribunal.



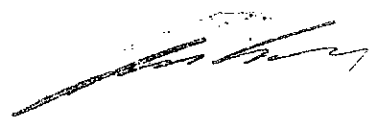
acusación, correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento.

3.- El 15 de julio de 2013 ante el juzgador anteriormente referenciado se celebró la audiencia de formulación de acusación contra LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE.

4.- La audiencia preparatoria se efectuó el día 3 de septiembre de 2013.

5.- La audiencia del juicio oral se inició el 19 de octubre de 2013. Las pruebas se practicaron los días 7 de mayo de 2014, 15 de enero y 29 de abril de 2015. Posteriormente, el 27 de agosto del mismo año se emitió el sentido condenatorio del fallo, y se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena.

6.- El 15 de diciembre de 2015 se condenó a LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRES RIVERA SILVESTRE a la pena principal de 216 y 234 meses de prisión, respectivamente, y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a tenencia y porte de armas por un término igual al de la pena principal, como responsables del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado por la circunstancia señalada en el inciso 3°, numeral 5° del artículo 365 del Código Penal. A los procesados se les negó la



46

suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

7.- Los defensores interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la cual fue modificada parcialmente, mediante sentencia proferida el 5 de abril de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, en el sentido de imponer a los procesados la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 15 años a cada uno.

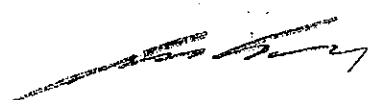
Contra esta decisión, los abogados de la defensa interpusieron el recurso extraordinario de casación mediante la presentación oportuna de las correspondientes demandas.

LAS DEMANDAS

Los demandantes resumieron los hechos materia de juzgamiento, identificaron las partes intervinientes en el trámite del proceso, la sentencia materia de impugnación, sintetizaron las principales actuaciones procesales y finalmente formularon los cargos.

La demanda de casación a favor de LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA

En esta demanda se postularon dos cargos: el principal, con apoyo en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y



42

apreciación de la prueba², aunque posteriormente se afirma que se trata de una violación directa³ y se desarrolla conforme con ésta última precisión.

Lo anterior debido a que el demandante considera que el procedimiento desplegado el día de los sucesos por los agentes de policía al ingresar a la habitación 27 del hostel Villa del Río de la ciudad de Neiva con el fin de verificar la información sobre el delito de tenencia ilegal de armas de fuego *“no fue el correcto, el idóneo y el legal”*⁴.

En su segundo cargo, de carácter subsidiario, acusa la sentencia del Tribunal por incurrir en violación indirecta de la ley sustancial, puesto que considera que se fundó en un error de derecho, derivado de un falso juicio de legalidad, al otorgarle plena validez a la diligencia de registro y allanamiento, a pesar de que no cumplió las exigencias constitucionales y legales.

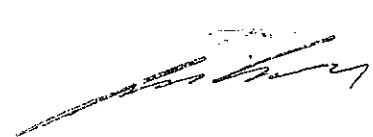
La demanda de casación a favor de DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE

Esta demanda contiene dos cargos. En el primero de ellos, formulado al amparo del numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el libelista acusa la sentencia del Tribunal, de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 15, 28 y 29 de la Constitución Política de Colombia y 7, 10, 14, 23, 205, 360, y 455 del

² Cfr. Folio 127 del cuaderno del Tribunal.

³ Cfr. Folio 128 del cuaderno del Tribunal.

⁴ Cuaderno del Tribunal, folio 118.



118

Código de Procedimiento Penal, puesto que considera que el procedimiento llevado a cabo por los agentes de Policía el 29 de enero de 2013 en el Hostal Villa del Río de la ciudad de Neiva *“no fue el correcto, el idóneo y el legal”*⁵.

El segundo cargo, subsidiario, se formula con apoyo en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial, *“por error de derecho derivado de un falso juicio de legalidad, al darle plena validez a la diligencia de registro y allanamiento a pesar de que esta no cumple con las reglas de producción, dejándose de aplicar los artículos 15, 28, y 29 de la Constitución nacional, junto con los artículos 7, 10, 14, 23, 205, 360, y 455 del Código de Procedimiento Penal”*⁶.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte que se case la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia, se absuelva de los cargos a LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

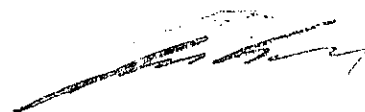
En la audiencia oral de sustentación del recurso extraordinario, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- El defensor de Luisa Fernanda Gómez

Manifestó que no tiene ampliaciones que realizarle al texto de la demanda presentada, pues ésta se ajusta a la

⁵ Cuaderno del Tribunal, folio 109.

⁶ Cuaderno del Tribunal, folio 113.



situación fáctica ocurrida. Reitera los cargos de violación directa e indirecta formulados y, por tanto, coadyuva la acción y solicita a la Sala que case la sentencia impugnada y se absuelva a la procesada Luisa Fernanda Gómez.

2.- El defensor de Diego Andrés Rivera Silvestre

Insiste en que se case la sentencia de conformidad con la solicitud consignada en la demanda, pues el registro y allanamiento no fue correcto, ni idóneo, ni legal, ya que no existió la orden emitida por un Fiscal, conforme lo exige la ley. En consecuencia, los elementos probatorios deben ser excluidos y no pueden ser valorados pues se obtuvieron con violación al derecho a la intimidad y al debido proceso.

3.- La Fiscal Doce Delegada ante la Sala de Casación Penal

Considera que los cargos por violación directa e indirecta formulados en las dos demandas se pueden sintetizar en un problema jurídico que consiste en determinar si se debe declarar ilegal el registro por carecer de orden escrita previa y, en consecuencia, debe excluirse del proceso el arma de fuego incautada en la diligencia.

Señala que en la sentencia C-806 de 2009 la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 230

de la Ley 906 de 2004, precisó que el allanamiento, cuando cuenta con el consentimiento libre de las personas que viven en el inmueble allanado, no vulnera la garantía establecida en la Constitución.

Indica que la misma Corte Constitucional en la sentencia C-519 de 2007 precisó que para efectos penales el domicilio se refiere, entre otros, a recintos o viviendas móviles o no, transitorios o no, y que en esa medida un cuarto de hotel goza de la protección constitucional para su ocupante, y estableció que si los ocupantes autorizan el ingreso se considera que éste es legal.

Lo cierto es, sostiene la Delegada Fiscal, que en el presente asunto los ocupantes de la habitación autorizaron el ingreso, y por ello no fue necesario realizar el registro, porque el arma de fuego estaba sobre la cama, a la vista de todos, razón por la cual la actuación se encuentra cobijada por el artículo 230, numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

Con fundamento en lo anterior solicita que se desatiendan los cargos increpados en la demanda y, en consecuencia, se mantenga el fallo de segundo grado.

4. La Procuradora Delegada ante la Sala de Casación Penal

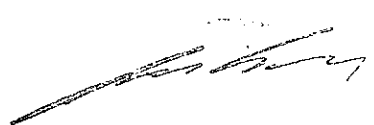


En su intervención el Ministerio Público indicó que mediante un juicio de ponderación surgen elementos suficientes para censurar la actuación de los agentes de policía y descartar los resultados del allanamiento.

Considera que bastaba con hacerles un seguimiento y proceder a su registro para obtener la prueba. Además, los procesados llevaban más de treinta días viviendo en esa habitación, lo que permite inferir la expectativa razonable de intimidad y que por tanto, la diligencia requería autorización de un juez para proceder al ingreso de la habitación.

Afirma que el hallazgo del arma de fuego también es ilícito porque proviene de un acto ilícito como es el ingreso a la habitación de los procesados, pues la regla de experiencia señala que en los casos en que la persona ya está dominada, como ocurre con el ingreso de los policías al recinto, la voluntad ya no es clara, de ahí que el documento autorizando el ingreso no genere la suficiente confianza para considerar que fue conforme a la ley.

Sostiene que el hecho de que no se hubiese alegado la violación de un derecho fundamental ante el Juez de Control de Garantías no legitima la actuación, pues por ser el derecho a la intimidad de carácter fundamental puede ser alegado en cualquier momento.



CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte efectuará el estudio de las dos demandas conjuntamente en la medida en que los cargos son equivalentes, fueron formulados en el mismo orden, incluso el lenguaje utilizado por los casacionistas también es similar.

De igual modo la Sala, de manera previa, precisará el alcance del derecho a la intimidad y la protección constitucional y legal de las habitaciones de hoteles y similares, para proceder luego a determinar si el comportamiento de los agentes se ajustó a las normas constitucionales y legales.

1. El derecho a la intimidad y al domicilio

La Constitución Política de 1991 en el artículo 15 prevé que *“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”*.

La Corte Constitucional ha señalado que:

“[E]l derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona

*titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo "puede ser objeto de limitaciones" o de interferencias "en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución"*⁷.

La jurisprudencia de la Corte ha destacado entonces, que el derecho a la intimidad es inalienable e imprescriptible, y sólo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.

De igual modo, ha precisado que el derecho a la intimidad se expresa en diferentes esferas o ámbitos, como son:

*"(...) el personal, familiar, social y gremial, todos ellos comprendidos en el artículo 15 superior, y que están manifestadas concretamente: (i) relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio; (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; y en general (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público"*⁸.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 28, consagró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y para su protección estableció las garantías de reserva legal y judicial. Esto significa que dicho derecho sólo se podrá afectar por los motivos previamente definidos en la ley, por orden de autoridad judicial y con las debidas formalidades legales.

⁷ CC C-640/10.

⁸ CC C-881/14.

54

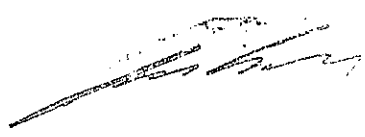
Del mismo modo, distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad establecen la protección de domicilio. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12, señala que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, 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”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevé en su artículo 17.1 que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 11.2 indica que: *“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, o de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*⁹.

En síntesis, los derechos a la intimidad y al domicilio cuentan con distintos instrumentos jurídicos de protección, de ahí que su libre ejercicio sólo puede ser restringido por motivos razonables, justificados y mediante los procedimientos legales existentes.

⁹ Cfr. CC C-881/14.



2. El derecho a la intimidad en la habitación de un hotel

La Ley 300 de 1996, por medio de la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones, en su artículo 83, modificatorio del canon 44 de la Ley 23 de 1982, dispuso que *“las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedajes que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado”*.

Al declarar la exequibilidad de la anterior norma la Corte Constitucional precisó que:

“El derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo cual no es menos susceptible de amparo constitucional la casa tomada en arriendo, la habitación de un inquilinato o el cuarto de un hotel, que la casa cuyo derecho de dominio puede demostrar quien la habita, o en la cual ha vivido por muchos años. Para los fines de la protección del núcleo esencial del derecho a la intimidad, resulta indiferente el vínculo contractual que exista entre el propietario, el arrendador o el hotelero y el inquilino o el huésped, ya que éstos, desde el momento mismo en que se les hace entrega material del inmueble o habitación, lo tienen como su domicilio, al menos temporal, y adquieren el derecho a su inviolabilidad

(...)

Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior

56

acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella.¹⁰ (Negrillas fuera de texto).

De igual modo, en la sentencia C-519 de 2007 la Corte Constitucional indicó que:

*“[l]a definición constitucional de domicilio excede la noción civilista, toda vez que comprende además de los lugares de habitación, todos los espacios en donde la persona desarrolla de manera más inmediata su intimidad y su personalidad, abarcando entonces la protección de la seguridad, la libertad y la intimidad del individuo (...). la protección de la seguridad, la libertad y la intimidad del individuo”, que se materializa en “el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental”, **por ejemplo “la habitación en un hotel, el camarote de un barco, una casa rodante etc.”**¹¹. (Negrillas fuera de texto original).*

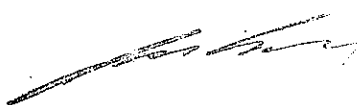
Lo anterior significa que las habitaciones de hotel gozan de protección constitucional por tratarse de un espacio en el cual las personas se desarrollan como seres libres y autónomos, sin estar sometidos a la mirada de otros, es decir, se configura un espacio que debe ser protegido.

3. Limitaciones al derecho a la intimidad en el registro y allanamiento

La Corte Constitucional ha sostenido que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto, sino que por el

¹⁰ CC C-282/97.

¹¹ Cfr. La sentencia de la CC C-366/14 en la cual se pronunció en el mismo sentido.



contrario, existen eventos en los que la injerencia en el ámbito privado de la persona es necesaria y razonable.

El artículo 14 de la Ley 906 de 2000 señala que no podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en el domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en dicho Código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

Las diligencias de registro y allanamiento afectan el derecho a la intimidad y a la libertad personal, de ahí que su validez esté condicionada al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política¹² y en el canon 219 del Código de Procedimiento Penal¹³; es decir, deberá existir una orden previa emitida por parte de la Fiscalía con la finalidad de: (i) obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o de (ii) realizar la captura del indiciado, imputado o condenado cuando se trate de delitos

¹² C. P. art. 250 (...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...)

Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

¹³ *Procedencia de los registros y allanamientos. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.*

5 D

susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

La orden expedida por el Fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia, conforme lo prevé el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal.

Además, la Ley 906 de 2004 también regula, en el Libro Segundo, las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización. El precepto 229 *ibidem* autoriza a la policía judicial en situaciones de flagrancia para proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado, y dispone que en caso de éste refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, los agentes policiales deben solicitar el consentimiento del propietario o tenedor, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004, señala cuales son las excepciones al requisito de la orden escrita, así:

(i) Cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del

interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

(ii) Cuando no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

(iii) Cuando se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad.

En estos casos la Fiscalía General de la Nación deberá someter a control posterior la legalidad de la diligencia.

La exigencia de la orden para el registro y allanamiento, y su posterior examen de legalidad tienen como finalidad la protección del domicilio y de la intimidad de injerencias arbitrarias.

Ciertamente, la consecuencia de realizar un registro o allanamiento por fuera del marco constitucional y legal es que los elementos materiales probatorios y evidencia física carecen de valor y deberán excluirse de la actuación conforme lo disponen los artículos 232, 237 y 360 del mismo Código.

La razón de ser de una estipulación semejante, como ya lo ha precisado la Sala, descansa en los fundamentos que sirven

50

de base al Estado de social de derecho, pues para asegurar y garantizar la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, se estableció la prohibición de valorar cualquier medio de conocimiento judicial que se obtenga con detrimento de las garantías y derechos fundamentales, ya que *“la ruptura del sistema normativo penal 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”*¹⁴.

De otro lado, la jurisprudencia de la Sala ha distinguido entre la prueba ilegal y la prueba ilícita¹⁵. La primera se refiere a la violación de las reglas de ordenación, práctica o incorporación a la actuación de material probatorio, y la segunda, tiene ocurrencia cuando las evidencias y los elementos materiales probatorios son obtenidos con desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas. Es el caso de la violación de los derechos a la vida, a la no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, entre otros.

Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo efecto¹⁶, puesto que si se trata de prueba ilegal el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

¹⁴ Cfr. CSJ SP 5 agt. 2014, Rad. 43691.

¹⁵ Cfr. CSJ SP 2 mar. 2005, Rad. 18103 y SP 7 sep. 2006, Rad. 21529.

¹⁶ Cfr. CSJ SP 8 jul. 2004, Rad. 18451; SP 1 jul. 2009, Rad. 26836 y 31073.

Por el contrario, tratándose de pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado¹⁷.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Esta Sala precisó que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario judicial debe realizar un juicio de ponderación que, en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

“a) En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

b) La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal»

¹⁷ Cfr. CC C-591, 9 jun. 2005. En el mismo sentido CSJ SP. 10 mar. 2010, Rad. 33621, SP 2 jun. 2014, Rad. 37361 y SP 5 agt. 2014, Rad. 43691.

entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.»¹⁸.

En conclusión, siempre que exista una relación inescindible entre el acto violatorio de una garantía o derecho fundamental y el elemento de convicción obtenido, la prueba derivada debe ser excluida, lo cual implica la imposibilidad de repetirla a fin de depurarla, cuando exista una relación de causalidad entre la prueba ilícita y la nueva prueba lícita a la que se arriba con base en el conocimiento arrojado por el elemento de juicio ilícito. Por ello, la doctrina especializada en la materia ha señalado que *“no debería admitirse su subsanación o convalidación mediante la práctica de un nuevo reconocimiento con todas las garantías o mediante su simple ratificación en el acto del juicio oral al estar viciado en su origen.”*¹⁹. Así, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá también a todos aquellos elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita.

¹⁸ Cfr. CSJ SP 5 agt. 2014, Rad. 43691.

¹⁹ Cfr. Manuel Miranda Estrampes, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1999, p. 91.

Lo anterior, por cuanto el vínculo entre la fuente ilícita y la prueba derivada de ella no es ajeno a la vulneración del mismo derecho, sino que se presenta como su fruto, de manera que la protección debida al derecho fundamental solo será simbólica sino se excluye el material obtenido y derivado de la prueba espuria.



4. El caso concreto

Una vez efectuadas las anteriores precisiones conceptuales, oportuno resulta traer a colación lo manifestado por los testigos en su declaración en el juicio oral que se siguió contra LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE.

El testimonio de Mauricio Gómez Castillo, quien para la época de los hechos laboraba como administrador del hostel Villa del Río, en la ciudad de Neiva, relata lo siguiente:

“Golpearon en el hostel, fui a abrir y era la policía y estando con mis jefes dijeron que iba a hacer una verificación en la habitación No. 27. Dijeron que tenían una orden y entonces, pues, y me dijeron que les abriera la habitación No. 27²⁰....fui y les abrí la habitación me quedé afuera y ellos entraron. Eso fue lo que sucedió”²¹.

Posteriormente, el mismo testigo agrega:

“ellos dijeron que tenían una orden, le dijeron a mis jefes, de ahí procedí y cogí las llaves para abrirles (...) Ellos

²⁰ Minuto 52:00.

²¹ Minuto 52:43.

*dijeron que tenían una orden y fui y les abrí (...) ellos se lo mostraron a mi jefe y vi un papel pero no lo leí*²².

Con relación a si fue constreñido u obligado a abrirle la puerta No. 27 del hostel a los miembros de la Policía Nacional manifiesta expresamente, que le *“dijeron que les abriera la habitación No. 27...fui y les abrí la habitación me quedé afuera y ellos entraron”*²³.

De otro lado, el patrullero Robert Pantoja López señala que *“no teníamos orden de allanamiento”*²⁴. Sostiene que se identificaron como miembros de la policía judicial y fueron atendidos por el portero, quien les permitió el ingreso al hotel, y *“le informó a los dueños”*²⁵ de la presencia de los policiales.

Indica igualmente, que los agentes golpearon la puerta de la habitación y *“salió la señorita y se les informó que necesitaban verificar una información”*²⁶, sostiene que ingresaron a la habitación con autorización conforme quedó en el documento que firmaron, que señala *“que los aquí presentes capturados autorizamos el ingreso a la habitación”*²⁷. Niega que se utilizaron las llaves para entrar a la habitación, pues sus ocupantes abrieron y autorizaron su acceso y es en ese momento que vieron el arma de fuego sobre la cama.

²² Minuto 53:17.

²³ Minuto 52:00.

²⁴ Minuto: 1:40:30.

²⁵ Minuto: 1:47:00.

²⁶ Minuto 1:48:01.

²⁷ Minuto 1:43:52.

La Sala observa que entre la versión del administrador del hostel Villa del Río, Mauricio Gómez Castillo, y la del patrullero Robert Pantoja López existen algunas contradicciones; sin embargo, resulta claro que el procedimiento de ingreso al hotel y a la habitación no estuvo precedido de una orden judicial, a pesar de que fue invocada para penetrar en el hotel conforme lo relatado por el administrador, y luego bajo la convicción errada de la existencia de la orden legítima, ante el pedido de los policías, procedió a abrirles la puerta.

En su declaración en el juicio oral, el policial Sebastián Cifuentes Quintero manifestó que una fuente humana les informó que varias personas se encontraban reunidas en el hostel Villa del Río, de la ciudad de Neiva, y que estaban planeando realizar varios atracos o que se dedicaban a actividades delictivas²⁸.

Señala, igualmente, que las personas que allí se encontraban respondían a los alias de “Tito”, “Crespito” o “Tortuga” y tres mujeres, entre quienes se encontraba una a quien apodaban “Niña Santa”²⁹, quienes se dedicaban a los hurtos empleando motocicletas para tal fin.

Este testigo, al ser interrogado sobre la forma como ingresaron a la habitación de LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE señaló: *“primero se les hizo firmar el acta de registro de allanamiento con el*

²⁸ Cfr. Declaración de Sebastián Cifuentes, minuto 1:11:46.

²⁹ Minuto 1:15:10.

66

*consentimiento de ellos y se les manifestó la diligencia que se iba a realizar los cuales firmaron con huella*³⁰ (...) *“se asustaron, pero firmaron y ya después estaban agresivas al ver el arma de fuego”*³¹.

El testimonio de Sebastián Cifuentes deja en evidencia que el consentimiento de los moradores para ingresar a la habitación no fue libre como lo exige nuestro ordenamiento jurídico, pues la autorización del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad ha de ser autónomo y en el presente asunto no lo fue.

En efecto, la Sala observa que, en el acta de registro y allanamiento con autorización del morador, que constituye la evidencia física No. 1, se guardó silencio sobre las protestas que hicieron los ocupantes del inmueble y de las cuales dio cuenta el policial Sebastián Cifuentes Quintero, lo cual refuerza el razonamiento de la Corte respecto de la ausencia de libertad y autonomía en la autorización de ingreso al inmueble en el presente asunto.

Además, las facultades que ostenta un miembro de la policía judicial son diferentes a las que atañen a la de vigilancia, conforme las funciones que para la época de los hechos tenían el patrullero Robert Pantoja López y los seis compañeros de institución que participaron en el operativo.

No obstante, lo anterior, el administrador Mauricio Gómez Castillo confió en la palabra de quien en ese momento

³⁰ Minuto 1:20:18.

³¹ Minuto 1:20:39.

representaba la autoridad, tomó las llaves, acompañó y guió a los policiales a la habitación que ocupaban los procesados y procedió a abrir la puerta, según su propia declaración.

De esta manera, las labores previas de verificación que facultan para allegar documentación, realizar el análisis de información y escuchar en entrevista a quienes se considera que pueden tener conocimiento de la comisión de una conducta punible, se transformó en un allanamiento y registro sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales que le deben de preceder.

La actuación de los miembros de la Policía Nacional en el presente caso no encuentra cobijo en alguna de las excepciones para proceder al registro y allanamiento sin orden escrita como son: i) el consentimiento del propietario o tenedor del bien objeto de registro, el cual debe ser expreso, pues no resulta suficiente la ausencia de objeciones, y debe acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización, dado que el acceso a la habitación se hizo sin el consentimiento de los ocupantes, pues fue el administrador quien abrió la puerta, conforme se estableció en el juicio oral; ii) el arma de fuego no se encontraba en campo abierto o abandonado, iii) Existía una expectativa más que razonable de intimidad en la medida en que se trataba de la habitación de un hostel ocupada; iv) tampoco se encontraban los miembros de la policía ante situaciones de emergencia como incendio, inundación, que pusiera en peligro la vida o la propiedad, o situaciones de riesgo

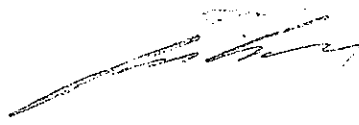
5

inminente para la vida, la salud, la integridad personal o sexual.

Como en materia de protección de derechos fundamentales las formas procesales no se justifican por sí mismas, sino que es necesario establecer en concreto de qué manera la incorrección sobre el mandato procedimental derivó en el quebranto efectivo de un derecho o garantía, señala la Sala que en este asunto la ilegalidad del registro y allanamiento de la habitación del hotel que ocupaban desde hacía 30 días LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE, no comportó únicamente esta ilegalidad, sino que vició la incautación del revólver Smith & Wesson calibre 38 largo, número externo 2D28162.

Así las cosas, prosperan las censuras por violación indirecta de la ley sustancial, producto del error de derecho por falso juicio de legalidad propuesto por la defensa, pues se demostró que el Tribunal fundamentó el fallo de condena en los elementos probatorios incautados a LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE en el marco de un registro y allanamiento de domicilio ilegales.

Como sin los medios de conocimiento excluidos la sentencia de condena no consigue mantenerse, se impone casar tal decisión y absolver a LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE.



En virtud de lo normado en el artículo 449 de la Ley 906 de 2004 se ordenará la libertad inmediata e incondicional de LUISA FERNANDA GÓMEZ y DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE, con la advertencia de que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

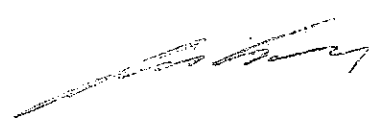
El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CASAR**, con base en los cargos propuestos en las demandas, la sentencia de 5 de abril de 2016 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva que condenó a DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE y LUISA FERNANDA GÓMEZ VILLALBA, como coautores penalmente responsables del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y, en su lugar, **ABSOLVERLOS** por dichos cargos, de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva de este proveído.

2. **ORDENAR**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 449 de la Ley 906 de 2004, la **libertad inmediata** de DIEGO ANDRÉS RIVERA SILVESTRE y LUISA FERNANDA GÓMEZ



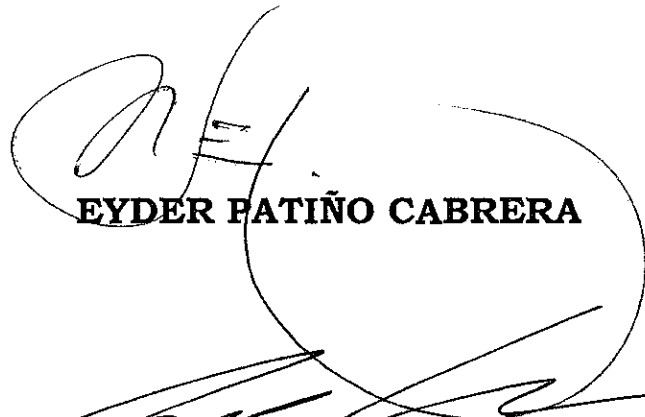
20

VILLALBA, la cual se hará efectiva siempre que los citados no sean requeridos por otra autoridad judicial. Para tal fin la Secretaría de esta Sala librará la respectiva orden.

3. DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que contra los procesados haya originado este diligenciamiento.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



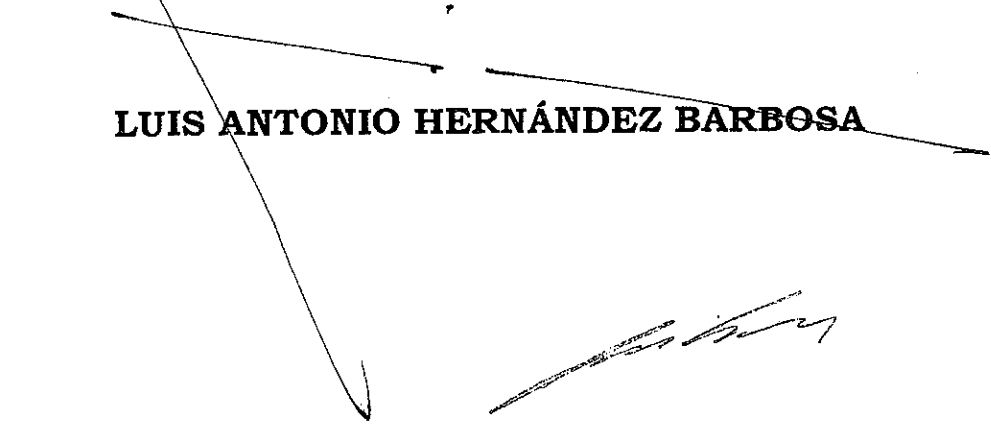
EYDER PATIÑO CABRERA



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



PATRICIA SALAZAR CUELLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria