



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP087-2023
Radicación n.º 53.643
Acta No 050

Bogotá D. C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el Procurador 30 Judicial II Penal de Bogotá contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de julio de 2018, mediante la cual *revocó* el fallo absolutorio emitido por el Juzgado 47 Penal del Circuito de esta ciudad en favor de OSWALDO GARCÍA BARINAS el 22 de julio de 2016 y, en su lugar, lo *condenó* como responsable del delito de **fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.**

HECHOS

A eso de las 23:30 horas del 2 de diciembre de 2012, la central telefónica 123 recibió una llamada avisando sobre la ocurrencia de una riña dentro de una vivienda ubicada en la carrera 85 No. 83-19 del barrio “La Española” de Bogotá. Instantes después arribaron a ese lugar tres miembros de la Policía Nacional, a quienes la moradora Nubia García Barinas les informó sobre una disputa que, momentos antes, había ocurrido entre su esposo, Jaime Bermúdez Sepúlveda y su hermano, el procesado OSWALDO GARCÍA BARINAS. Conversación en la cual, además, dijo a los uniformados que este último amenazó a su cónyuge con un arma de fuego que luego ocultó en una habitación del segundo piso de la casa.

Autorizados por Nubia García Barinas, los policiales ingresaron a la vivienda. Luego, por indicación de la mencionada, subieron al segundo piso y registraron, puntualmente, un zapatero dentro de un closet en la referida habitación. Allí encontraron una pistola Pietro Browning CZ83 calibre 7.65 con un proveedor y once (11) cartuchos del mismo calibre. Indagaron al acusado sobre la propiedad del arma, pero este les manifestó que carecía del permiso correspondiente para tenerla, por lo que procedieron a su captura.

Posteriormente se constató que el arma de fuego se encontraba en buen estado y era idónea para disparar, como también la aptitud de las municiones para ser percutidas.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 3 de diciembre de 2012, ante el Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se adelantaron las audiencias preliminares de: **(i)** control posterior al registro y allanamiento de la vivienda, así como de la incautación del arma de fuego y las municiones. **(ii)** Legalización de la captura de OSWALDO GARCÍA BARINAS. Y **(iii)** de formulación de imputación, en la que la Fiscalía le endilgó la comisión del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* en calidad de *autor* – verbo rector portar –. No se presentó allanamiento a cargos.

En la misma diligencia, el ente fiscal desistió de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, por lo que el procesado fue dejado en libertad.

2. Radicado el escrito de acusación ante el Juzgado 47 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, su formulación oral se surtió el 25 de junio de 2013. Oportunidad en la cual la Fiscalía *aclaró parcialmente* la imputación jurídica de la conducta, en el sentido de precisar que el verbo rector era el de *tener en un lugar*.

3. Agotadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el juzgado de conocimiento profirió la sentencia del 22 de julio de 2016 mediante la cual *absolvió* a GARCÍA BARINAS, por duda, del injusto objeto de acusación.

4. Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía, la Sala Penal Mayoritaria¹ del Tribunal Superior de Bogotá decidió, el 9 de julio de 2018, revocar el fallo de primer grado y, en consecuencia, condenar a OSWALDO GARCÍA BARINAS como autor del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*. Fijó como pena principal la de nueve (9) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en ese mismo plazo.

Además, le impuso la sanción de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un plazo de 12 meses y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. También libró orden de captura en su contra.

5. Aunque el procesado² y su defensor fueron debidamente citados a la lectura del fallo de segundo grado, no concurren a tal diligencia ni elevaron alguna manifestación frente a la decisión condenatoria. El Procurador 30 Judicial II Penal de Bogotá, por su parte, interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

6. Con auto del 13 de abril de 2021 se admitió la correspondiente demanda superando sus defectos y, al no haberse podido celebrar la audiencia de sustentación oral del recurso, en aplicación del Acuerdo 020/2020, el 4 de agosto de 2021 se ordenó correr traslado por un término común de 15

¹ Uno de los integrantes del Tribunal salvó su voto.

² Que se encontraba en libertad.

días al demandante y a los no recurrentes para que presentaran sus alegaciones a través de medios electrónicos.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. La demanda de casación:

El *único cargo* postulado por el Procurador 30 Judicial II Penal de Bogotá se edifica bajo la causal 2° de casación, *nulidad*. Afirma el recurrente que existió una irregularidad en la diligencia de registro y allanamiento de la vivienda porque, aunque Nubia García Barinas, hermana del procesado, autorizó el ingreso de los policías a la casa, ese aval sólo comprendía la «*parte social de la residencia*» y no la habitación de GARCÍA BARINAS quien jamás manifestó, expresamente, su consentimiento para que los agentes inspeccionaran su cuarto. Ese espacio, enfatiza, se hallaba cobijado bajo el derecho a la intimidad inherente a su titular.

Bajo ese entendido, considera que el procedimiento de allanamiento y registro, en cuanto incluyó la habitación donde fueron hallados el arma de fuego y las municiones, es «*ilegal*» y, por consiguiente, que la incautación de la pistola debe calificarse como prueba «*ilícitamente incorporada al proceso*». Por ello, agrega, no debió ser valorada por el fallador de segundo grado en la emisión de la condena.

Como fundamento de la censura, reseña abundante jurisprudencia sobre los conceptos de prueba ilícita e ilegal y las consecuencias que para el proceso acarrea la aducción de medios

de convicción bajo alguno de aquellos vicios. Tras ello, dice, por cuenta de la *exclusión del «valor probatorio»* de los elementos recaudados en la diligencia de allanamiento y registro, los restantes medios de convicción carecen de la certeza suficiente para condenar al procesado. En particular, porque las estipulaciones probatorias no indicaban, de ninguna manera, que el acusado *«portara o tuviera consigo el arma ilegalmente incautada»*, y porque no tiene valor suasorio el testimonio rendido en el juicio oral por uno de los policiales que participó en la diligencia de allanamiento y registro, precisamente, por la irregularidad de la cual adolece el acto de allanamiento.

Además, añade que la *ilegalidad* de la diligencia no podía ser convalidada por la ausencia de objeciones de la bancada defensiva en la audiencia preliminar de control posterior del allanamiento y registro, dado que *«es el juez de conocimiento quien debe velar por la legalidad de la prueba aportada en el juicio oral»*.

Reprocha que, así como para condenar se partió de un supuesto fáctico no demostrado en el juicio –que el arma y las municiones pertenecían a GARCÍA BARINAS–, tampoco se descartó que tales elementos fuesen de Nubia García Barinas o de su esposo, también residentes en la vivienda.

De ahí que, en su criterio, lo correcto en este asunto era que el Tribunal de Bogotá ratificara la absolución del procesado por la *«ausencia de medio de prueba que le permita deducir de manera fundada la participación de OSWALDO GARCÍA BARINAS»* en el delito.

Pide a la Corte, por tanto, que se case la sentencia restableciendo así el derecho al debido proceso que le asiste a OSWALDO GARCÍA BARINAS.

2. Traslado adicional:

2.1. El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal advierte que, aun cuando la censura debió postularse por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, ese vicio *«debería superarse»* en aras de garantizar la doble conformidad de la condena emitida por primera vez en segunda instancia contra GARCÍA BARINAS.

A su juicio, y con base en los planteamientos del voto disidente emitido por uno de los integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá, emergen *«dudas probatorias»* en torno a la condición de Nubia García Barinas como moradora del predio donde se adelantó la diligencia de allanamiento, y, por esa vía, resultaba *«imposible»* concluir si su consentimiento pudo cobijar todo el predio o, exclusivamente, las áreas comunes. Ese aspecto, *inexplorado* además por el ente fiscal, impide validar el procedimiento en el cual se halló el arma de fuego, sin que baste para superar tal ausencia lo vertido por el policial en el debate público.

Tampoco se acreditó una situación de flagrancia que permitiera a los uniformados su ingreso al predio sin orden judicial. Debió evaluarse en el caso *«hasta qué punto resultó válida y legítima la injerencia en una determinada garantía fundamental»*, la de intimidad, y, principalmente, qué alcance pudo tener el

consentimiento ofrecido por Nubia García para el ingreso de los policías, en tanto su aval no cobijaba la habitación del procesado.

Solicita a la Corte, ante el *«reconocimiento de duda en torno a la licitud de la prueba»* con base en la cual se condenó a OSWALDO GARCÍA BARINAS, que case el fallo impugnado y emita uno de reemplazo absolviéndolo de los cargos objeto de acusación.

2.2. La Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, como no recurrente, discrepa de los argumentos planteados por los delegados de la Procuraduría.

Afirma, que este asunto se presentó una situación de *flagrancia* que, de manera excepcional y ante las *«voces de auxilio»* de Nubia García, posibilitaba a los uniformados registrar la habitación del procesado. Así mismo, que las preguntas formuladas por los policías al acusado ante el hallazgo del arma no podrían considerarse como parte de un *interrogatorio* ni, mucho menos, lesivas de la garantía de *no autoincriminación*, en tanto su única finalidad fue la de *«determinar la existencia o no de la autorización»* para la tenencia del arma.

También, que la censura sobre la ilegalidad de la diligencia no ha debido superar la audiencia preparatoria, teniendo en cuenta la *«preclusividad de las etapas procesales»*. Y, en todo caso, que no es *razonable* retomar el aspecto que se plantea en la demanda cuando se trata, en verdad, de *«una inconformidad con la decisión del Tribunal»*.

Finalmente, aduce que al no ser *ilícita*, ni la diligencia en la cual se incautó el arma de fuego, ni los actos que de ella se derivaron, los medios de convicción aportados al proceso resultan *suficientes* para ratificar la declaratoria de responsabilidad penal contra OSWALDO GARCÍA BARINAS.

En consecuencia, solicita a la Sala *confirmar* la sentencia de segundo grado.

2.3. La defensora pública del acusado, en calidad de no recurrente en casación, *coadyuva* la demanda presentada por el delegado del Ministerio Público. Básicamente, porque, no se probó la materialidad del delito ni la responsabilidad del acusado.

Argumenta que la incautación del arma se realizó sin que ninguna persona suscribiera el acta correspondiente, lo que significa que dicho procedimiento *«adolece de los requisitos legales y vulnera el debido proceso»*. Así mismo, que aun cuando en este asunto se estipuló la plena identidad y el hecho de que el procesado no tenía permiso para portar armas, nada de eso demuestra que él tuviera dicho elemento o que efectivamente le perteneciera.

Por último, destaca que la única prueba de cargo practicada en el juicio oral fue el testimonio del patrullero Raúl Vega. Medio de convicción que no puede ser *suficiente* para condenar a su prohijado, pues es *«testigo de referencia»* de la riña familiar que, según lo relatado por Nubia García, fue la génesis de la diligencia de allanamiento.

Así las cosas, enfatiza, *“con el fallo condenatorio se vulneró el principio de la presunción de inocencia que es garantía fundamental, como quiera que de la valoración de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la apreciación en su conjunto, no se logra tener el conocimiento, más allá de toda duda para condenar, como lo entendió el juez de primera instancia.”*

Pide, por tanto, casar la decisión condenatoria para que se absuelva a su representado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como la demanda de casación se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará de fondo los problemas jurídicos allí propuestos, además de guiarse por las funciones del recurso de casación en materia penal, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibidem, garantizándose así a plenitud el derecho a la doble conformidad, toda vez que el Tribunal Superior de Bogotá condenó, por primera vez en segunda instancia, a OSWALDO GARCÍA BARINAS.

1. Delimitación del debate:

De acuerdo con los argumentos plasmados en la demanda de casación y los expresados por los no recurrentes, la Sala

abordará los siguientes temas: (i) el derecho a la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria. (ii) Excepciones a la orden de allanamiento y registro. (iii) La cláusula de exclusión probatoria. (iv) Las principales actuaciones del proceso que se refieren a la diligencia de allanamiento. Y, (v) la solución del caso.

Antes de abordar el fondo del asunto, la Corte estima necesario hacer las siguientes precisiones:

Uno. Lo que en concreto reclama el demandante es la declaratoria de *ilegalidad* de la diligencia de registro y allanamiento del inmueble donde habitaba el procesado, así como la *exclusión* de las evidencias que en ella fueron recaudadas – el arma de fuego y las municiones –. La censura, así propuesta, en verdad no deriva en el desconocimiento de la estructura del debido proceso sino, en sentido estricto, en la violación del debido proceso *probatorio*.

Para reproches como el puesto de presente, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que no es la causal segunda de casación la que se debe invocar, sino la tercera, por vía del error de derecho por *falso juicio de legalidad*, en tanto el yerro formulado tiene relación con el proceso de formación, producción o aducción de la prueba.

Tal acotación se pone de presente, ahora, de manera meramente ilustrativa, pues al ajustar la demanda de casación se superaron los errores de planteamiento y sustentación del cargo, no solo ante el problema jurídico propuesto sino,

principalmente, para salvaguardar el derecho a la *doble conformidad judicial*.

Dos. Se equivoca la Fiscalía cuando en su alegación como no recurrente reclama la imposibilidad de alegar, en sede del recurso extraordinario, la supuesta ilegalidad de la diligencia de registro y allanamiento en aplicación del principio de *preclusividad* de los actos procesales.

Es cierto que ante el juez de control de garantías debe examinarse la legalidad de ese acto de investigación y también, ha de recordarse, los artículos 359 y 360 de la Ley 906 de 2004 permiten demandar la ilegalidad de los medios suasorios en el marco de la audiencia preparatoria. Sin embargo, tales escenarios no son los únicos para formular una discusión de esa naturaleza, pues la Corte ha posibilitado que, de manera excepcional, pueda resolverse al respecto «*en sede del juicio o incluso de casación... sobre todo cuando se trate de graves afectaciones de derechos fundamentales*»³.

2. El derecho a la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria:

El artículo 15 de la Constitución Política establece 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*».

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, consagran la citada garantía constitucional: (i) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 12), que

³ CSJ AP-2609 – 2020; CSJ AP948-2018 y CSJ SP, jun. 13 de 2012, rad. 36562, entre otros.

dispone: «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»; (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17.1), ratificado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968, señala: «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»; (iii) El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Art. 8.1), indica: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»; (iv) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Art. 11.2), ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 1972, 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, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Sobre el contenido fundamental de dicha garantía, la Corte Constitucional ha precisado que:

Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el 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 mas 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". La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.⁴

Así mismo, se ha resaltado que el derecho a la intimidad es un derecho disponible, en la medida en que algunas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas o pueden develar aspectos de su vida privada protegidos constitucionalmente⁵.

Por lo tanto, el alcance del derecho a la intimidad contenido en la Norma Superior citada pretende excluir un ámbito de la vida de las personas de la interferencia del Estado u otros particulares. Constituye, entonces, una garantía de contar con privacidad y libertad para actuar personal y familiarmente, las cuales solo pueden ser limitadas por intereses constitucionales igualmente legítimos.

Igualmente, la Corte Constitucional 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

⁴ Corte Constitucional, T-517 de 1998; C-640 de 2010.

⁵ Corte Constitucional, T-552 de 1997.

*y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público.*⁶

Los anteriores ámbitos de protección se condensan en: «(i) la no divulgación o conocimiento, por parte de terceros, de los hechos, situaciones, comportamientos e informaciones que la persona desea mantener reservadas para sí o para el núcleo familiar, (ii) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desenvuelve su existencia (residencia, lugar de trabajo, cuartos de hotel, etc.), y (iii) la no intromisión en el cuerpo físico como ámbito propio y exclusivo de existencia»⁷.

En ese sentido, la inviolabilidad del domicilio es un derecho que goza de protección del Estado y que, al mismo tiempo, hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 15 de la Constitución Política), a la libertad y seguridad individual y la propiedad de las personas (artículo 58 ibídem)⁸.

Interpretando el contenido del derecho fundamental al *amparo domiciliario*, la Corte Constitucional ha referido que:

(...) [c]onstituye una de las piezas más representativas del principio de separación entre lo público y lo privado, ya que excluye, en principio, de la intervención estatal, espacios cerrados al público, que se encuentran estrechamente vinculados con el ejercicio libre de la vida privada^[30]. **La salvaguarda del domicilio frente a las intromisiones públicas manifiesta, a través de la protección de un espacio físico, la garantía misma del principio de libertad en varias de sus manifestaciones, tales como el derecho a la intimidad, “esencial en una sociedad democrática respetuosa del valor de la autonomía”, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de**

⁶ Corte Constitucional, C-881 de 2014.

⁷ Corte Constitucional, T-220 de 2004.

⁸ Corte Constitucional, C-176 de 2007.

creencias y de cultos y a la libre expresión cultural y de ideas. El vínculo que existe entre la protección del domicilio y la libertad, explica que la misma garantía de reserva judicial para su limitación se encuentre tanto respecto de la privación de la libertad, como en el acceso al domicilio (artículo 28 de la Constitución) y en el acceso a las comunicaciones privadas (artículo 15 de la Constitución). El domicilio, entendido en un sentido amplio, se constituye así en un espacio excluido de la intervención pública, salvo la presencia de motivos de interés público, previstos en la ley y verificados previamente por una autoridad judicial, salvo en casos excepcionales determinados y delimitados de manera clara por la ley.⁹

Además, distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad establecen la protección del *amparo domiciliario*. 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 Corte Constitucional, C-212 de 2017.

A su vez el artículo 28 de la Constitución Política consagra el derecho a la inviolabilidad domiciliaria: *«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».*

En suma, el *amparo domiciliario* está consagrado como una garantía propia del derecho a la intimidad, por lo que su transgresión constituye, en los términos de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, una injerencia arbitraria o abusiva en la libertad, la vida privada y el domicilio.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que: *«La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar»*¹⁰.

3. Excepciones por orden judicial de allanamiento y registro de inmuebles:

La inviolabilidad del domicilio, sin embargo, no es absoluta. Como derecho fundamental que es, puede ser objeto

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Escué Zapata Vs. Colombia, 4 de julio de 2007. En el mismo sentido: Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, 1° de julio de 2006.

de *limitaciones* cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales o con otros intereses legítimos del Estado, debidamente justificados constitucionalmente, por lo que la Carta Política (artículos 28 y 250) prevé la posibilidad de su intervención bajo condiciones previamente definidas en la ley y por orden de una autoridad judicial, con las debidas formalidades legales que garantizan que la autorización del juez está limitada a la verificación de hechos y de reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento y a un ejercicio de ponderación a través del principio de proporcionalidad que evite la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos.

Precisamente, como desarrollo de ese mandato constitucional, el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) impide hacer registros, allanamientos o incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, si no media *orden escrita* del Fiscal General de la Nación o su delegado.

Tal regla general, prosigue el artículo 14 en cita, estipula como excepciones las «*situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley*».

Justamente, el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal define una de tales excepciones. En desarrollo del canon 32 constitucional¹¹, advierte ese precepto que, en ***situaciones de flagrancia***, la policía judicial podrá proceder al registro y

¹¹ ARTÍCULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado, y que en caso de que se refugie en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

Aparte de las situaciones de flagrancia, como excepción a la reserva judicial, existen otros eventos en los que no se requiere de la orden expedida por la Fiscalía para intervenir en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria: (i) el Código Nacional de Policía consagraba cinco eventos catalogados como de imperiosa necesidad en los que la policía podía penetrar al domicilio sin mandamiento escrito; (ii) así mismo, el artículo 230 de la Ley 906 de 2004, contempla tres eventos como excepciones a tal regla con efectos penales.¹²

3.1. Excepciones a la reserva judicial en casos de policía catalogados como de imperiosa necesidad:

El artículo 83 del Decreto 1355 de 1970 -Estatuto de policía vigente para el momento de los hechos- permite de manera

¹² También, como excepciones a la orden judicial, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de varias disposiciones del Código del Menor de entonces que autorizaban a los comisarios y defensores de familia para allanar domicilios con el fin de rescatar a un menor que se encuentre en situación de peligro extremo (C-041/94), aunque en un proceso posterior, declaró la constitucionalidad condicionada de una norma cercana, ahora presente en el Código de Infancia y Adolescencia, en razón del carácter abierto de la autorización de allanamiento, lo que permitía un grado inadmisibles de discrecionalidad administrativa en la determinación de procedencia del acceso al domicilio (C-256/08). También se declaró exequible la autorización a la DIAN para ordenar el registro de establecimientos industriales o comerciales con el fin de impedir la alteración o destrucción de pruebas con valor para una investigación tributaria (C-505/99).

excepcional a la policía ingresar a un domicilio, sin mandamiento escrito, en los casos de imperiosa necesidad que la norma describe. Esos casos son los siguientes¹³:

1. *Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio;*
2. *Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro;*
3. *Para dar caza a animal rabioso o feroz;*
4. *Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas;*
5. *Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos.*

A decir de la Corte Constitucional, se trata de situaciones extremas de inexcusable intervención policiva, debiendo las autoridades de policía valorar el evento de manera taxativa en función de requerirse de la intervención urgente y obligatoria de las autoridades para preservar los derechos o intereses que se encuentran en grave riesgo de afectarse¹⁴.

Se trata de eventos en los que entran en conflicto el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el cumplimiento del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, fundado en el compromiso de todo ciudadano de responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la salud, la vida, la honra y los bienes, derechos y libertades de las personas (artículos 95 y 2º de la Carta Política), o cuando se trata de impedir la utilización indebida de la fuerza o el abuso del derecho a la inviolabilidad del domicilio que pone en riesgo derechos materiales e inmateriales de los ciudadanos¹⁵.

¹³ La Ley 1801 de 2016, en su artículo 163, reprodujo, de manera exacta, las mismas causales, introduciendo solamente un numeral adicional (numeral sexto) y dos párrafos.

¹⁴ Corte Constitucional, C-176 de 2007.

¹⁵ Ídem.

Igualmente, según ha precisado el alto Tribunal Constitucional, las situaciones de necesidad extrema que justifican constitucionalmente la intervención de la policía sin orden judicial previa, no requiere la autorización del morador, por dos razones principales:

La primera, porque la excepcionalidad que plantean todas las situaciones previstas en el artículo 83 del Decreto 1355 de 1970, requieren la rápida y urgente reacción de la policía, que en caso de que se exijan medidas previas, su intervención resultaría inane. Piénsese en un caso de incendio o de inundación que se propagan rápidamente, o en situaciones de indefensión del mismo propietario, poseedor o tenedor del inmueble, o en casos de daños producidos por animales bravíos o por personas que se encuentran al interior del domicilio, o de personas inocentes que resultan agredidas por hechos producidos desde una morada (en aquellos casos en los que desde el interior de una residencia se lanzan artefactos que dañan personas o bienes de terceros). En todas esas situaciones, la autorización del morador resultaría un obstáculo para la defensa urgente de sus propios intereses.

La segunda, porque el carácter relativo del derecho a la inviolabilidad del domicilio encuentra un claro desarrollo en aquellas situaciones extremas en las que debe ceder para que las autoridades públicas se encuentren en capacidad de proteger los derechos a la vida, integridad física, a la propiedad y a la empresa de una persona. De hecho, no tendría sentido exigirle a las autoridades que cumplan el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos si no pueden acudir a su solicitud de auxilio (numeral 1), o si no pueden ingresar a su domicilio cuando se está destruyendo (numeral 2 y 3) o existe grave riesgo de que el titular del derecho a proteger pierda sus pertenencias (numeral 4), o cuando existen agresiones o se utiliza abusivamente la inviolabilidad del domicilio para afectar derechos de terceros (numeral 5).¹⁶

3.2 Excepciones a la reserva judicial en casos con efectos penales:

¹⁶ Ídem.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004, señala tres eventos como excepciones a la regla constitucional de la reserva judicial para el allanamiento y registro:

Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

(i) 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) 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) 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.

Por resultar relevante para el problema jurídico que se debe resolver, la Corte enfatizará sobre cada una esas excepciones:

3.2.1. La **primera** se relaciona con el *consentimiento expreso del propietario o el simple tenedor del bien objeto del registro o por quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento*. Debe quedar en claro, sin embargo, que desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria es una expresión, la protección

constitucional trasciende el espacio físico patrimonial para posarse en la esfera privada que se desarrolla en él.

De manera que el consentimiento otorgado para el registro de la morada debe provenir de quien tiene un *verdadero interés* en la protección constitucional sobre su intimidad y, en esa medida, se vea afectado con la diligencia de entrada y registro. En ese sentido, serán las circunstancias que rodean el caso en concreto las que determinarán las condiciones para el válido otorgamiento del consentimiento, resultando trascendente las *formas de convivencia* existentes cuando se trata de varios moradores.

Valga decir, cuando bajo una relación de confianza recíproca conviven *varios moradores* en el domicilio que se quiere registrar, será suficiente con la autorización de uno de ellos para la práctica de la diligencia de allanamiento y registro, si se considera que los ámbitos de intimidad se confunden para permitir que con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones en nombre de los demás, entre ellos el registro de las autoridades sobre las áreas que les son comunes¹⁷.

Sin embargo, no son infrecuentes las circunstancias en las que se presentan intereses contrapuestos en materia de intimidad entre los moradores del inmueble cuyo allanamiento

¹⁷ En el derecho comparado fue analizada una situación de esa índole por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974), en la cual explicó que “cuando dos personas tengan los mismos derechos para el uso u ocupación de una habitación, cualquiera puede dar su consentimiento para un registro, y las pruebas así reveladas pueden usarse contra cualquiera”, debiendo acreditarse como soporte para hacerlo “el uso mutuo de la propiedad por parte de personas que generalmente tienen acceso o control para la mayoría de los fines, por lo que es razonable reconocer que cualquiera de los cohabitantes tiene derecho a permitir la inspección por derecho propio, y que los demás han asumido el riesgo de que uno de ellos permita que se registre el área común”.

y registro es requerido, por lo que el consentimiento de uno de ellos no tiene por qué extenderse a los demás. Así mismo, se pueden ofrecer condiciones de autonomía entre los habitantes de la morada (p. ej. inquilinos) o de espacios de intimidad no habilitados para el escrutinio de los demás moradores, así existan entre ellos vínculos familiares, casos en los que sin duda no es suficiente el consentimiento expresado por alguno de ellos.

De modo que la validez de la legitimidad del consentimiento otorgado estará condicionada por las circunstancias concretas de convivencia entre los diversos moradores del inmueble allanado y registrado.

Ahora, la norma establece que *no basta con la mera ausencia de objeciones por parte del interesado*, sino que debe acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

Significa lo anterior que la autorización para entrar y registrar el lugar debe ser libre, consciente e informada, sin que pueda ser fruto del error, de la violencia o de cualquier forma de intimidación, tampoco de promesa alguna por parte de las autoridades y, en general, de cualquier forma de sugestión, inducción o presión psicológica que pueda incidir en el ánimo de quien otorgar el consentimiento. En realidad, a efectos de prevenir actos arbitrarios, la autoridad de policía debiera recabar la autorización fundada del fiscal en lugar de inducir el consentimiento del morador para entrar y allanar el lugar.

En materia constitucional, la prescindencia de la reserva legal y judicial en el adelantamiento de una diligencia de allanamiento y registro, debe suponer debidas condiciones de ejercicio de las libertades para quienes de esa manera renuncian al ejercicio de un derecho fundamental. Cualquier influencia por parte de las autoridades a fin de obtener la aquiescencia de los moradores debe interpretarse como una forma de hostigamiento repudiada por normas internacionales, restándole valor legitimante a la actuación.

Así, la Observación General 16 del Comité de Derechos Humanos, al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*que prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación*), establece que «los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento».

Por lo tanto, el consentimiento otorgado por el morador debe ser *expreso* y *espontáneo*, características que en todos los eventos deben ser verificadas por el juez de garantías.

3.2.2. La **segunda** excepción consagrada en nuestro ordenamiento procesal penal, proviene de un criterio acuñado por la jurisprudencia norteamericana¹⁸, según el cual se permite que la policía judicial pueda adelantar diligencias de allanamiento o registro, sin orden judicial previa, cuando no exista expectativa razonable de intimidad. Esto es, lo aclara la

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-881/14

misma disposición, cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista o abandonado.

3.2.3. Finalmente, al tenor de la **tercera** excepción se permite que la Policía pueda penetrar en los domicilios sin mandamiento judicial previo, cuando existan siniestros o eventos de tal magnitud que reclamen la adopción de medidas urgentes e inmediatas encaminadas a salvaguardar la vida y la propiedad. En este caso, se considera legítima la injerencia en tanto la tardanza en la consecución de la orden haría nugatoria la posibilidad de proteger los bienes jurídicos en juego, además que implicaría perder la posibilidad del recaudo probatorio o una eventual captura (“*riesgo por la demora*”).

La norma, como puede leerse en su texto, señala algunas de esas *situaciones de emergencia*, “*tales como incendio, explosión o inundación*”. Sin embargo, entiende la Corte que esa lista es apenas enunciativa y no limitativa, como quiera que es la misma disposición la que, a continuación, justamente, hace referencia a cualquier “*otra clase de estragos*” que permita deducir, sería y fundadamente, la existencia de un riesgo o peligro para las personas y sus bienes. Inclusive, se mencionan eventos de “*riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad*”.

3.3 Alcances y límites materiales impuestos al registro sin orden judicial previa en casos excepcionales:

Al amparo de los argumentos expuestos en precedencia, es claro para la Corte que en respeto de los derechos fundamentales de los individuos y a fin de prevenir la

arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos, la policía debería procurar en todos los casos la orden emitida por el delegado de la Fiscalía General de la Nación. Ello, tal y como se examinó, salvo *situaciones de urgencia* que impidan recabar previamente la autorización del funcionario judicial.

Ahora, por su misma condición excepcional, la omisión de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para adelantar diligencias de allanamiento y registro, demanda *exigencias* que, por lo menos, deben asemejarse a las previstas para la expedición judicial de estas formas de intervención en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

En el caso del *consentimiento* para el allanamiento y registro, verbigracia, resulta imperioso que éste no sea provocado por la autoridad policial, sino que sea otorgado por el titular del derecho para un asunto en concreto relacionado con el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencias físicas de los que tenga conocimiento. De igual forma, tratándose de *situaciones de emergencia*, resulta imperiosa la verificación de aspectos relacionados con la presunción de hallazgo y la especialidad, en la medida en que se evitan la exploraciones arbitrarias a partir de la justificación de la intervención en motivos fundados y en la obtención concreta de determinados instrumentos u objetos de delito.

Al respecto, esta Corporación indicó:

Aunque el artículo 230 no lo establece, resulta claro que la afectación de la intimidad domiciliaria en casos de emergencia..., está

supeditada a que la conclusión sobre el riesgo o la ocurrencia del hecho esté debidamente fundada.

Lo anterior, por razones como las siguientes: (i) todas las afectaciones de derechos fundamentales, en el ámbito de las labores investigativas a cargo de la Fiscalía General de la Nación, están supeditadas a dicho requisito, esto es, a la existencia de motivos fundados para concluir, por ejemplo, que en el lugar por registrar “se hallan los instrumentos con los que se ha cometido el delito” –art. 220-, que el “indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones” –art. 236), etcétera; (ii) ese requisito está orientado a impedir la generalización de ese tipo de actuaciones, lo que, al tiempo, contribuye a la proporcionalidad de las mismas; y (iii) la verificación ex ante del presupuesto en mención impide que la afectación ilegal del derecho a la intimidad pueda legitimarse solo sobre la base de los hallazgos fortuitos que pudieran hacerse, lo que podría incentivar el uso desmedido de este tipo de actuaciones, con el consecuente costo para el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales.¹⁹

4. La cláusula de exclusión probatoria:

La inmediata consecuencia de realizar un registro o allanamiento por fuera del marco constitucional y legal es que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados *carecen de valor* y deberán *excluirse* de la actuación.

El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece 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*».

¹⁹ CSJ SP-4879-2021, 27 oct. 2021, rad. 54341.

Según lo ha definido la jurisprudencia de la Sala²⁰, la cláusula de exclusión opera respecto de la *prueba ilegal* y la *prueba ilícita*, aunque existen diferencias entre ellas. La primera es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso. La segunda, por su parte, tiene ocurrencia cuando las evidencias y los elementos materiales probatorios son obtenidos con desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas (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 las consecuencias jurídicas son diversas. Tratándose de *prueba ilícita*, siempre debe ser excluida del conjunto de medios de conocimiento aducidos al proceso, «sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad»²¹.

Por el contrario, ante la *prueba ilegal*, corresponde al funcionario *ponderar* si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia frente al derecho al debido proceso, con el fin de determinar su exclusión, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, ante la exclusión de la *prueba ilícita* o *ilegal sustancial*, igual suerte corre el medio probatorio que de ella se

²⁰ CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500; CSJ SP-12158-2016, 31 ago. 2016, rad. 45619; CSJ SP-1862-2019, 29 may. 2019, rad. 48498; CSJ SP-4879 – 2021, 27 oct. 2021, rad. 54341.

²¹ CSJ SP-12158-2016, 31 ago. 2016, rad. 45619.

derive, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, de tal manera que la prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el requisito omitido en su recaudo o aducción es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, *«siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía»²²*, por lo que *«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»²³*.

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»²⁴*.

5. El caso concreto:

5.1 Principales actuaciones del proceso penal referidas a la diligencia de allanamiento y registro:

Como lo que busca el cargo formulado por el delegado del Ministerio Público es, principalmente, que se declare la *ilegalidad* de la diligencia de allanamiento y registro en la que se incautó el

²² Ídem; CSJ SP, 5 ago. 2014, rad. 43691.

²³ CSJ SP-1862-2019, 29 may. 2019, rad. 48498.

²⁴ Ídem.

arma de fuego y las municiones objeto del delito, la Corte se habrá de referir, primero, a la manera en que ese acto fue realizado por los integrantes de la Policía Nacional, desde el recuento hecho en el juicio oral por el patrullero Raúl Eduardo Vega Rojas²⁵. Y segundo, a la manera en que fue valorado dicho acto en las decisiones de instancia.

En el juicio oral, el uniformado Vega Rojas narró²⁶ que, para la fecha de los hechos, sobre las 11:30 de la noche, arribó a la vivienda ubicada en el barrio La Española de Bogotá con el intendente Latorre y el Patrullero Cómbita y una vez allí:

*... sale una señora... la verdad no recuerdo el nombre de ella, sale una señora la cual nos manifiesta que en el interior de la vivienda estaban discutiendo su hermano y el esposo, entonces **se le solicita que si nos da permiso de ingresar el cual manifiesta que sí**, ingresamos, en ese momento **la señora nos manifiesta de la riña que se había presentado y que su hermano había sacado un arma de fuego y que los había amenazado**, se le solicita a la señora que dónde pudo haber guardado el arma ya que el señor no la tenía en el momento, y **nos manifiesta que el señor había subido y la había guardado en una de las habitaciones del segundo piso, a la cual ella nos dirigió hasta el lugar y nos manifestó donde la había escondido el señor**; al encontrar el arma se le pregunta al señor y él manifiesta que sí que el arma es de él, que es de propiedad de él, luego nos dice que él es escolta, que tienen documentación, se comenzó a verificar y después nos dijo que la verdad se la habían dado de herencia, se la habían regalado. (Destaca la Sala).*

Más adelante, ante la pregunta de la Fiscalía sobre el estado emocional en el que halló a Nubia García Barinas el testigo respondió que ella «*estaba exaltada, estaba asustada más que todo, cuando empezó a contarnos ya con la presencia de nosotros*

²⁵ Único testigo llevado por la Fiscalía, pues desistió de recaudar las versiones de Nubia García Barinas y su esposo, Jaime Bermúdez Sepúlveda, decretadas en la vista preparatoria, en tanto aquellos manifestaron no tener interés en comparecer al juicio oral.

²⁶ Audiencia del juicio oral 31/05/2016, CD No. 8, audio No. 1, record 14'03" y s.s.

en el lugar la señora comenzó a calmarse²⁷». Además, dijo que en la vivienda se encontraban, la mencionada señora, su esposo, y el procesado OSWALDO GARCÍA BARINAS²⁸.

Continuó su relato indicando que:

*Los dos señores estaban discutiendo cuando nosotros ingresamos (...)
Al momento que **la señora** nos manifiesta que el hermano estaba amenazándolos con el arma de fuego, **y nos manifiesta donde la había subido a esconder**, apenas escuchó la motocicleta y que comenzamos a subir ese señor se puso nervioso, cuando subimos el señor se hizo como en la puerta de la pieza y apenas encontramos el arma, se le preguntó que eso de quien era, inmediatamente él manifestó que sí que el arma era de él, que él tenía documentación que él era escolta²⁹. (Resalta la Corte)*

Contó el policial que el arma de fuego y las municiones fueron encontradas «en el zapatero de la alcoba... Era la alcoba del señor hermano de la señora... Porque él manifestó que era la alcoba de él»³⁰.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa³¹, el testigo fue confrontado como sigue:

Preguntado: Señor Vega Rojas, ha manifestado usted acá que cuando llegó al lugar de los hechos encontró una señora que fue quien los autorizó para ingresar al inmueble, ¿eso es cierto?

Respondió: Si señor.

P./ ¿Esta señora manifestó o ustedes les preguntaron si era propietaria, arrendataria, vivía ahí o por qué lo autorizaba?

*R./ **Ella manifestó que vivía en esa residencia junto con su esposo y su hermano.***

²⁷ Record 16'47" y s.s.

²⁸ Record 17'21" y s.s.

²⁹ Record 17'32" y s.s.

³⁰ Record 18'25" y s.s.

³¹ Record 26'19" y s.s.

P./ ¿Usted vio cuando la señora elaboró el escrito a través del cual los autorizó o simplemente ustedes entraron y posterior a ello realizaron el escrito?

R./ Ella al autorizarnos, o sea al escuchar el inconveniente que hay dentro de la residencia pues es prioritario entrar para evitar una gravedad dentro de la vivienda que de pronto haya alguna fatalidad.

P./ Al momento de usted ingresar al inmueble aparte de la señora inicialmente a quien más vio?

R./ Al momento de ingresar al inmueble encuentro al esposo y encontramos al hermano.

P./ ¿De cuántos pisos estaba conformada esa vivienda?

R./ Esa vivienda estaba conformada de dos pisos.

P./ ¿Ellos estaban cuando ustedes ingresaron en el primero o en el segundo?

R./ En el primer piso.

P./ ¿Todos tres?

R./ Los tres estaban en el primer piso, el señor Oswaldo estaba en las escaleras.

P./ ¿Cuándo la señora le manifiesta que su hermano tenía un arma de fuego ustedes lo requisan inmediatamente a esa persona?

R./ Registramos al señor, pero **la señora ya nos había informado que él había subido a esconderla en la habitación**, de todas maneras, por seguridad nosotros debemos realizar el registro para evitar cualquier novedad.

P./ ¿Cuándo suben a la habitación donde encontraron el arma la señora les señala exactamente dónde está el arma?

R./ Sí señor, cuando nosotros subimos al segundo piso en compañía de las tres personas, la señora nos manifiesta que ella vio donde había dejado el arma de fuego el señor.

5.2 Consideraciones del fallo de primera instancia sobre el allanamiento y registro:

Sostuvo el fallador, a partir del testimonio del patrullero Raúl Eduardo Vega Rojas, que Nubia García Barinas «vivía» en el inmueble objeto de la diligencia «con su esposo y su hermano» y que, por lo tanto, el registro del predio:

... se encontraba cubierto por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal; esto es, no se imponía a los policiales la obtención de una autorización escrita de la Fiscalía General de la Nación para ingresar al domicilio pues medió el “consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro”.

(...)

En el caso concreto, ante la no comparecencia de alguno de los tres moradores del inmueble [al juicio oral], y de cara a la situación puesta de presente por RAÚL VEGA en su testimonio, surge la posibilidad que, eventualmente, se haya incurrido en una irregularidad en el desarrollo de la diligencia de registro. Por demás, OSWALDO GARCÍA BARINAS fue el mayor afectado por la irrupción de las autoridades, quienes entraron a su habitación por autorización de un tercero, sin que él vocalizara su consentimiento.

Esta posible ilegalidad no pudo ser solventada por el policial, quien, precisamente, indicó que OSWALDO GARCÍA se quedó en la puerta y que solo había hablado cuando él le preguntó si el arma que fue hallada era de su propiedad y si contaba con permiso para su porte. En esas condiciones, incluso el hallazgo de la pistola estaría revestido por la duda que, como se anunció, todavía recubre los hechos jurídicamente relevantes.

5.3 La sentencia de segunda instancia:

Consideró equivocada la postura del *a quo* al restar validez a la diligencia de allanamiento porque, dijo, contrario a lo percibido por la primera instancia, el ingreso de los miembros de la Policía Nacional a la vivienda contó con el aval de Nubia García Barinas, a raíz de la riña que allí se había suscitado entre su esposo y el procesado «en la que este último esgrimió arma de fuego contra aquél». Además, el «registro a la habitación donde pernoctaba OSWALDO GARCÍA» se adelantó porque la mujer «les indicó que su hermano

escondió allí el artefacto bélico con el que había amenazado a Bermúdez Sepúlveda».

Por ese motivo, dijo la sentencia, Nubia García estaba *legitimada* para autorizar el ingreso de los uniformados, a lo cual sumó que, de todas maneras, no hubo *objeción alguna* del acusado con relación al procedimiento adelantado por los patrulleros en su habitación, el cual, adicionalmente, *estuvo enmarcado por la legalidad* en tanto fue sometido a control posterior ante el juez de control de garantías, quedando satisfechos, para el *ad quem*, *«los presupuestos del numeral 1º del artículo 230 de la Ley 906 de 2004».*

5.4. La solución del caso:

5.4.1 La petición de declaratoria de *ilegalidad de la diligencia de allanamiento* postulada en la demanda de casación por el delegado del Ministerio Público se soporta sobre la premisa de que Nubia García Barinas no tenía potestad para autorizar que los patrulleros ingresaran a la habitación de su hermano, OSWALDO GARCÍA BARINAS.

En el juicio oral, el uniformado Raúl Vega Rojas expuso que fue convocado a una vivienda ubicada en el barrio La Española de Bogotá, ante una *llamada de emergencia* emitida a la línea 123. Que al llegar al lugar, encontró a una mujer *«exaltada, estaba asustada más que todo»* porque, según lo manifestado por ella, previamente había ocurrido una discusión entre su esposo, Jaime Bermúdez y su hermano, OSWALDO GARCÍA BARINAS, en la que este último lo había amenazado con arma de fuego. Además, narró el testigo, que ella expresó *«que vivía en esa residencia*

junto con su esposo y su hermano», información que, sumada a la ausencia de orden judicial, lo llevó a pedirle autorización a la mencionada para entrar al predio.

Como bien se ve, quedó probado en este asunto que la *presencia* de los uniformados en el lugar de los hechos se debió, concretamente, a una *llamada de emergencia* realizada por Nubia García Barinas en la que imploraba auxilio y protección de parte de las autoridades. Así mismo, se acreditó que el ingreso de los oficiales a la vivienda y, más concretamente, a la *zona social* del domicilio, contó con el aval de la mencionada señora en su calidad de moradora del lugar, sin que fuese necesario diferenciar en este punto y para otorgar el consentimiento respectivo, si era *propietaria o simple tenedora* de la vivienda, en tanto bastaba con la comprobación de que era habitante de ese inmueble, el cual compartía con su esposo y también era ocupado por su hermano OSWALDO GARCÍA BARINAS.

De esta manera, es incuestionable para la Corte que la situación presentada de cara al *ingreso a las zonas comunes de la vivienda*, por parte de los miembros de la autoridad pública, podía inscribirse en una *excepción a la reserva judicial*. Bien por tratarse de un *caso de policía* catalogado como de *imperiosa necesidad*, en tanto la situación se adecuaba al numeral 1° del artículo 83 del Decreto 1355 de 1970 *-Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio-*, ora por estar amparado bajo la circunstancia excepcional de que trata el artículo 230 – 1 de la Ley 906 de 2004, *-cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro-*.

Ahora, a partir de la información transmitida por el único testigo presentado en el juicio por la fiscalía, se sabe que el arma de fuego fue encontrada en la habitación de Oswaldo Gaviria Barinas³².

Siendo claro que, el procesado no dio consentimiento expreso para el registro de su habitación, pues se limitó a no ofrecer oposición alguna, a permanecer parado en la puerta mientras se adelantaba el procedimiento y a admitir, tras ser interrogado, que el arma finalmente encontrada era de su propiedad. Sin embargo, esa falta de autorización por parte del directo interesado, no implica, necesariamente, que la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por los agentes de la Policía Nacional haya sido *ilegal* por contrariar las reglas para su realización, o si se quiere *ilícita*, por violación a los derechos fundamentales del procesado.

Para la Corte, la incursión de los uniformados en la habitación del acusado sin previa orden judicial y, sin que mediara su consentimiento expreso, encuentra justificación en la circunstancia excepcional prevista en el **numeral 3° del artículo 230** de la Ley 906 de 2004. Esto es, aquella atinente a “situaciones de emergencia (...) que pongan en peligro la vida o la propiedad”.

Y la razón es simple. A lo largo de esta providencia se ha destacado que la prueba es clara e inequívoca en el sentido de

³² Audiencia del juicio oral 31/05/2016, CD No. 8, audio No. 1. Record. 18’24”. *Pregunta fiscalía: “¿Usted recuerda esa alcoba a quién pertenecía?”, responde el testigo Vega Rojas, “era la alcoba del hermano de la señora”. Pregunta fiscalía: “¿Cómo sabe Usted que era la alcoba...?”, responde el testigo: “porque él nos manifestó que era la alcoba de él, la habitación de él”.*

demostrar que, en el caso bajo análisis, existió una riña en la que uno de los implicados, el señor OSWALDO GARCÍA BARINAS, traspasó las agresiones verbales y amenazó a los miembros de su propia familia con un *arma de fuego*, lo que generó miedo y zozobra para los esposos Jaime Bermúdez Sepúlveda y Nubia García Barinas, quienes solicitaron de manera urgente e inminente la ayuda de las autoridades.

Es decir, a raíz del pedido de auxilio de una ciudadana, uniformados de la Policía acudieron al lugar de los hechos y previa constatación no sólo de la **situación de emergencia** presentada, sino del estado de alarma y temor en que se encontraba una de las moradoras de la vivienda, hallaron *motivos fundados* para allanar y registrar el lugar, en tanto se tenía conocimiento cierto y justificado de la probable comisión de un delito y de la potencial afectación de la vida e integridad física de los habitantes del lugar. Ello, en tanto nadie duda que el uso de cualquier tipo de armas de fuego tiene un alto potencial ofensivo y pone en riesgo bienes jurídicamente protegidos.

Desde esa perspectiva, entonces, resulta incuestionable la *legalidad* del allanamiento adelantado, en tanto se probó la existencia de una de las circunstancias excepcionales que legitima el ingreso e intervención en la habitación del acusado sin previa orden judicial de allanamiento y registro.

Naturalmente, en consecuencia, si el procedimiento cuestionado por el recurrente en casación no está sujeto a la cláusula de exclusión, tampoco sucede lo mismo con el arma de fuego y las municiones que allí fueron incautados, los cuales, no

sobra añadir, fueron sometidos al correspondiente control posterior de legalidad ante juez de control de garantías.

5.4.2. Ahora, afirmó la defensa, en su condición de *no recurrente*, que las pruebas arrimadas al proceso no son *suficientes* para alcanzar el estándar de conocimiento fijado en el artículo 381 del C.P.P.

Pues bien, una vez superada por el fallador de segundo grado la discusión en torno a la licitud de la diligencia de allanamiento y de los elementos allí incautados, sustentó la sentencia condenatoria en los siguientes medios de convicción:

(i) Tuvo en cuenta las estipulaciones probatorias atinentes a la plena identidad del acusado, la aptitud del arma de fuego para disparar y de los cartuchos para ser percutidos. Elementos estos últimos sobre los cuales, además, anotó que se hallaron «*en buen estado de funcionamiento*» y de conservación. Aunado a ello, verificó que OSWALDO GARCÍA BARINAS no estaba registrado como poseedor legal de armas de fuego en el SIAEM³³.

(ii) En cuanto a la boleta de incautación de la pistola, explicó el Tribunal que si bien no fue suscrita por el procesado, «*no constituye el único medio de prueba para acreditar el hecho de la incautación del arma de fuego, pues lo que le da validez a la misma es su contenido en cuanto se trata de información consignada por funcionario público*».

³³ Folios 95 a 103 del C.O. 2.

Sobre ese punto debe precisarse que, recientemente, la Corte se refirió al valor probatorio de las actas de incautación y en providencia CSJ SP729 – 2021 señaló:

... el acta de incautación y, en general, las actas que deben elaborarse en procedimientos que implican la afectación de derechos: (i) no constituye una actuación estatal orientada a obtener evidencia testimonial sobre los hechos; (ii) su finalidad principal se orienta al control de las actuaciones estatales que entrañan la afectación de derechos; (iii) en lo que concierne al funcionario público, el acta contiene su versión de los hechos que rodearon la incautación, la captura o el registro; (iv) como dicha declaración suele estar íntimamente ligada a la responsabilidad penal del procesado, el funcionario adquiere el carácter de testigo de cargo; (v) si la Fiscalía pretende servirse de esa declaración para soportar su teoría del caso, debe presentar al testigo en el juicio oral, para que sea sometido a interrogatorio cruzado, sin perjuicio del eventual debate sobre la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad; (vi) la eventual incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia está sometida a las puntuales cargas relacionadas en precedencia; (vii) en lo que concierne a la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento, la misma no constituye una declaración, ni, mucho menos, la aceptación de su participación en un delito; y (viii) cuando la persona suscribe ese tipo de documentos en calidad de indiciado, capturado o imputado –que es lo que ocurre con mayor frecuencia-, emerge una razón adicional que impide tener la suscripción del acta como una suerte de confesión o aceptación de algún dato que le comprometa penalmente, porque bajo cualquiera de esas circunstancias se ha activado el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política (a no declarar en su contra ni en contra de sus familiares en los grados previstos en la ley), así como el derecho a contar con un abogado.

Desde esa perspectiva, como en el caso bajo estudio el funcionario de policía que elaboró y suscribió el *acta de incautación del arma de fuego y las municiones* compareció al juicio oral, tal documento sólo podía ser incorporado al debate bajo las reglas decantadas por la Sala para que aquella declaración, emitida por fuera del juicio oral, fuese admitida a título de prueba de referencia, para refrescar memoria o para impugnar credibilidad – según fuere el caso -. Sin embargo, en

este asunto no se agotó el trámite legal para su incorporación bajo alguna de aquellas vías.

Ese supuesto, en todo caso, no incide la solución adoptada en sede de segunda instancia, toda vez que el Tribunal aclaró que aquel documento «*no es el único medio de prueba con el cual se puede establecer el hecho de la incautación*» en tanto «*la prueba testimonial resulta **sustancial** para determinar tal aspecto*».

(iii) Fue, entonces, el testimonio vertido en el juicio oral por el patrullero Raúl Eduardo Vega Rojas, el que cimentó, principalmente, la declaración de responsabilidad emitida contra OSWALDO GARCÍA BARINAS³⁴.

El juez colegiado destacó que el mencionado uniformado «*se constituye en testigo de excepción*», porque aunque no tuvo conocimiento directo de la ocurrencia de la riña entre Jaime Bermúdez y el procesado GARCÍA BARINAS, ese aspecto resulta ajeno a los *ejes factuales de la acusación*, teniendo en cuenta que la Fiscalía, en la audiencia correspondiente, varió la modalidad del injusto del verbo rector *portar* al de *tener en un lugar*. Lo anterior, justamente, basándose en los hechos percibidos de forma directa por el declarante. Esto es, el hallazgo del arma de fuego y las municiones ocultas en un closet, así como «*la atribución de su propiedad por el aquí acusado*».

³⁴ Precisa la Sala que, aun cuando en la audiencia preparatoria se decretaron como pruebas para Fiscalía y defensa los testimonios de Nubia García Barinas y su esposo Jaime Bermúdez Sepúlveda, aquellos expresaron su deseo de no concurrir al proceso.

Se recuerda, en sede del juicio oral, el testigo Vega Rojas manifestó que en la noche del 2 de diciembre de 2012, atendida una llamada telefónica recibida en la central 123, acudió junto con otro compañero a una vivienda ubicada en el Barrio La Española de la ciudad de Bogotá. Allí fueron recibidos por una señora quien tras contarles lo sucedido momentos atrás, les permitió el ingreso al inmueble y los condujo a una habitación del segundo piso, donde había observado que su hermano, OSWALDO GARCÍA BARINAS, había ocultado un arma de fuego. Específicamente, en un zapatero dentro de un clóset. Agregó el uniformado que realizado el registro correspondiente, hallaron el artefacto en mención y municiones. Procedieron entonces a indagar al procesado acerca de si le pertenecían o no tales elementos, obteniendo respuesta afirmativa.

El relato del testigo en el debate público fue el siguiente:

... sale una señora la cual nos manifiesta que en el interior de la vivienda estaban discutiendo su hermano y el esposo, entonces se le solicita que si nos da permiso de ingresar el cual manifiesta que sí, ingresamos, en ese momento la señora nos manifiesta de la riña que se había presentado y que su hermano había sacado un arma de fuego y que los había amenazado, se le solicita a la señora que dónde pudo haber guardado el arma ya que el señor no la tenía en el momento, y nos manifiesta que el señor había subido y la había guardado en una de las habitaciones del segundo piso, a la cual ella nos dirigió hasta el lugar y nos manifestó donde la había escondido el señor; al encontrar el arma se le pregunta al señor y él manifiesta que sí que el arma es de él, que es de propiedad de él, luego nos dice que él es escolta, que tienen documentación, se comenzó a verificar y después nos dijo que la verdad se la habían dado de herencia, se la habían regalado.

Desde esa perspectiva, está claro, tampoco le asiste razón al defensor del acusado en los reparos planteados en calidad de *no recurrente*. La prueba testimonial de cargo, aunada a los

demás medios de convicción que soportaron el juicio de reproche, resultan suficientes para encontrar satisfecho el estándar previsto en el canon 381 del Código de Procedimiento Penal.

3. El cargo postulado, por los motivos precedentes, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo proferido el 9 de julio de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

CONFIRMAR la primera condena dictada en el mismo fallo contra OSWALDO GARCÍA BARINAS por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, por las razones señaladas en la parte motiva de esta determinación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria