

TEMA: EXCLUSION DE PRUEBA-Exclusión de prueba obtenida mediante ingreso a domicilio ajeno sin acreditación suficiente del consentimiento del morador y aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado en proceso por porte ilegal de arma de fuego. /

HECHOS: El 24 de agosto de 2019, integrantes del GAULA que apoyaban labores de patrullaje en Bello observaron a dos personas que se movilizaban en una motocicleta. Según la acusación, al notar la presencia policial aceleraron la marcha y trataron de evadir a los uniformados. Durante la persecución, JDAM, quien iba como parrillero, descendió de la motocicleta, ingresó a una vivienda ubicada en el barrio Araucarias II y arrojó un arma de fuego tipo pistola con munición, la cual fue posteriormente incautada por los policías. El conductor de la motocicleta era SAOS. La Fiscalía inicialmente imputó un delito relacionado con armas de uso restringido, pero posteriormente ajustó la calificación jurídica hasta acusar a ambos procesados como coautores del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, agravado por coparticipación criminal. El Juzgado 1.º Penal del Circuito de Bello encontró acreditada la responsabilidad penal de ambos acusados con fundamento en los testimonios de los policías, las estipulaciones probatorias y los informes técnicos del arma y la munición. Los condenó como coautores del delito atribuido y les impuso pena de 216 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. También negó los subrogados penales y ordenó librar captura. Por tanto el problema jurídico se centra en determinar si puede tenerse como válida la incautación de un arma de fuego hallada dentro de una vivienda cuando no se demostró de manera suficiente que el ingreso de los policías contó con autorización previa, libre y voluntaria del morador, y con base en ello, si existía prueba legal suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados una vez excluida la evidencia derivada del ingreso al inmueble.

TESIS: (...) Ciertamente algunas contradicciones de los únicos testigos de cargo son irrelevantes porque no desvirtúan que el hecho ocurriera —como sucede con la relacionada con la distancia a la que observaron a los acusados cuando se desplazaban— que es donde se centró el juez de primer grado sin examinar la licitud de la prueba.(...) para lo que nos concierne, la contradicción irreductible y trascendente entre estos testigos consiste en si existió permiso para el ingreso a la vivienda ajena en el que fue encontrada el arma de cuyo porte son acusados los procesados, pues, aunque —en gracia de discusión— se entendiera que actuaban autorizados por la flagrancia, lo cierto es que uno de los perseguidos, JDAM, ingresó a un domicilio que no era el propio, porque si lo fuera este sería el único evento en el que no se requeriría permiso para ingresar al inmueble.(...) La hipótesis fáctica mencionada que examinamos: delincuente sorprendido en flagrancia que es perseguido y se acoge a domicilio ajeno, está regulada expresamente por el artículo 32 de la Constitución Política de Colombia³ que demanda que antes del ingreso “deberá preceder requerimiento al morador”. Ahora bien, la expresión *requerimiento* contemplado en la norma señalada es interpretada por nuestra Corte Constitucional no solo como que se anuncie o se solicite o se requiera el ingreso y así quede la policía por tal hecho autorizada para ingresar, sino que se necesita la anuencia del morador: “(...)Es por esta razón que la regla constitucional exige que el morador autorice el ingreso, ya que la expresión “requerimiento” no podría entenderse como una simple formalidad que autorizaría a violar el domicilio de las personas, con o sin su anuencia”. (Sentencia C-303 de 2019)(...) Aunque la Fiscalía contaba con un escrito en el que al parecer la moradora autorizaba el ingreso, dicho documento no fue pedido como prueba, tan solo se anunció para refrescar memoria o impugnar credibilidad(...)las divergencias en los testigos de cargo puesta de presente son significativas y trascendentes e impiden establecer con certeza que el permiso de ingreso al domicilio ajeno se haya obtenido previamente, además de que haya sido de modo voluntario y espontáneo que es lo que tornaría lícito el procedimiento. Aunque existe libertad probatoria para demostrar el punto en cuestión, lo cierto es que el legislador regula que para que un registro sea voluntario “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” (artículo 230 Ley 906 de 2004), lo cual quizás

cobre explicación en que la presencia y actividad policial puede generar un contexto intimidante; además de que es necesario evitar la arbitrariedad en el ingreso al domicilio cuya intimidad y respeto tiene garantía fundamental de orden constitucional. Establecido que no puede considerarse que se haya demostrado la licitud de la prueba y que, por el contrario, se establece que el ingreso inicial se hizo sin el previo permiso sin que se conozca cómo se obtuvo el escrito en el que se autoriza, esto es, si se trató de un acto eminentemente voluntario, la Sala en estricto apego a la preservación de las garantías, estima ilícita la incautación del arma y con ella la demostración tanto de su existencia como de su idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado, lo que será causa suficiente para revocar la condena, puesto que los testimonios de los policías no constituyen fuente independiente de prueba o autónoma, de modo que los alcanza la regulación del inciso 2° del artículo 23 de la Ley 906 de 2004(...)De este modo nuestro sistema de valoración de la prueba acoge la teoría del fruto del árbol envenenado o ponzoñoso por cuanto la ilicitud de la prueba no solo la afecta a ella, sino a toda la que se derive de la misma, a las que se consideran su fruto. (...)Entonces, así estuviesen autorizados los policías captores a proceder debido a la flagrancia, la ausencia de actuar conforme al debido proceso torna ilícita la prueba que se deriva del registro del inmueble; pero la irregularidad se acentúa más si se tiene en cuenta que, si bien la persecución a los procesados que transitaban en una motocicleta y que al notar la presencia policial pretendieron evadirla constituía un motivo fundado para la persecución, lo cierto es que no flagraba ni refulgía la comisión de un delito específico.(...) Las incongruencias de los policías en la descripción del procedimiento en cuanto al registro y captura agrega un motivo de sospecha que surge del cuestionamiento de si los testigos estuvieron en la real posibilidad de distinguir que lo que llevaba el procesado J era un arma, circunstancia que ciertamente avalaría que eventualmente se estuviese cometiendo un delito; lo que no refulge como claro y, por el contrario, permite dudar de que así fuera, como lo reafirma el testigo DDP, de que solo observó un elemento. En suma, se torna innecesario examinar la restante argumentación de los apelantes, siendo procedente la revocatoria de la condena para, en su lugar, proferir absolución en favor de los procesados.

MP: MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

FECHA: 24/07/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

Radicado: 05-212-60-00201-2019-05133
Procesados: Santiago Alberto Ochoa Sánchez
Jefferson Darío Álvarez Montoya
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia
de armas de fuego, accesorios, partes
o municiones
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Acta No. 101

Medellín, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Resuelve la Sala el recurso de apelación de la defensa en contra de la sentencia del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello que, el 22 de noviembre de 2024, condenó a Santiago Alberto Ochoa Sánchez y Jefferson Darío Álvarez Montoya como coautores del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

A la resolución del asunto se le dio prioridad ante la proximidad de la prescripción de la acción penal.

1. ANTECEDENTES

1.1. El hecho

Fue narrado en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“A eso de las 13:26 horas del 24 de agosto de 2019, los uniformados YADER GRUESO BENITO y DEIMER DIAZ PEREZ adscritos al grupo GAULA Medellín prestaban apoyo al personal uniformado de Bello y cuando patrullaban por el barrio Araucarias 2 observaron que dos personas que se movilizaban en una motocicleta blanca de placas WIN43E al notar su presencia aceleraron la marcha, motivo por el cual procedieron a perseguirlos y en el recorrido ven que el parrillero, señor JEFFERSON DARIO ALVAREZ MONTOYA, desciende de la moto, baja por una escalera e ingresa a la vivienda de la calle 74 No. 58-85 en donde saca de la pretina de su pantalón un arma de fuego tipo pistola, marca Smith & Wesson, modelo SW9V, calibre 9 mm, colores niquelado y negro, con un proveedor con diez cartuchos del mismo calibre, con número serial borrado, semiautomática, fabricada en Estados Unidos y la arroja al lado de un mueble de la sala. El conductor de la motocicleta, señor SANTIAGO ALBERTO OCHOA SANCHEZ, fue retenido una vez bajó del rodante. Como manifestaran no tener autorización para el porte o tenencia del arma se les retiene y ponen de presente sus derechos. Se incauta la motocicleta, arma y munición”.

1.2. De la actuación procesal

La Fiscalía, en la audiencia preliminar celebrada el 26 de agosto de 2019 ante el Juzgado 2° Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, le imputó a Santiago Alberto Ochoa Sánchez y Jefferson Darío Álvarez Montoya, en calidad de coautores, la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos (artículo 366 del

Código Penal), ante la capacidad del proveedor del arma para contener hasta 17 cartuchos, en la modalidad de “portar”; agravado por cometerse utilizando medios motorizados (artículo 365 inciso 3° numeral 1° del C. P.), al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del Código Penal. Los imputados no se allanaron a los cargos y no les fue impuesta medida de aseguramiento al considerar la juez de control de garantías que existía duda acerca de la inferencia razonable que la pudiera sustentar.

El 8 de noviembre de 2021, la Fiscalía formuló acusación ante el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, variando la calificación jurídica de la conducta por la de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en la modalidad de “portar”, agravada por la coparticipación criminal (artículo 365 del Código Penal numeral 5° del Código Penal); además, suprimió la circunstancia de agravación inicialmente imputada al considerar que no se estableció una relación de causalidad entre la acción de portar el arma y la utilización del medio motorizado, para lo cual citó la providencia del 23 de mayo de 2012, radicado 32173, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, ante requerimiento efectuado por el juez con el fin de que fuesen adecuados los hechos jurídicamente relevantes al tipo penal que se varió, la Fiscalía optó por corregir la acusación variando nuevamente la calificación jurídica por el delito inicial contenido del artículo 366 del Código Penal, con la circunstancia de agravación del numeral 5° del artículo 365 ídem. Esto por cuanto de lo que habría observado en el acta de incautación de elementos y el estudio realizado a estos, el

proveedor del arma tenía la capacidad de alojar hasta 17 cartuchos.

Debido a lo anterior y ante el cambio de competencia, el asunto fue asignado al Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Medellín cuyo titular, en audiencia del 6 de abril de 2022, decidió declarar su incompetencia y devolver la actuación a la jurisdicción de origen, toda vez que la Fiscalía consideró que no había elemento alguno para deducir que el arma incautada se convirtiera en un arma de guerra, por lo que la competencia continúa siendo de los jueces penales del circuito donde se cometió la conducta en tanto la acusación se hace por el delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, agravado por el numeral 5° al obrar en coparticipación criminal.

Una vez regresado el proceso al Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, el 7 de septiembre de 2022 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía, con base en los hechos descritos en el escrito de acusación que fue adicionado en cuanto a la relación probatoria, atribuyó a los procesados en calidad de coautores la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en la modalidad de “portar”, agravada por la coparticipación criminal, descartándose la agravación deducida en la imputación de utilización de medio motorizado.

La audiencia preparatoria se realizó en dos sesiones los días 11 de julio y 10 de agosto de 2023, presentándose como estipulaciones probatorias la plena identidad de los procesados y la identificación de la motocicleta en que se transportaban

cuando fueron capturados; además fueron decretadas en su totalidad las pruebas solicitadas por las partes. El juicio oral se efectuó en sesiones del 10 de agosto de 2023, 8 de febrero de 2024 (fecha en que se estipuló el contenido del informe de balística sobre el estudio técnico realizado al arma de fuego, su proveedor y cartuchos), 9 de mayo de 2024 (se presentó como estipulación la carencia de permiso de los acusados para portar armas de fuego), 29 de mayo y 19 de julio de 2024, fecha última en que se presentaron los alegatos de cierre.

El anuncio del sentido del fallo, que fue de carácter condenatorio, se hizo el 22 de noviembre de 2024, y ese mismo día se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena. Seguidamente se realizó la audiencia de lectura de fallo, contra el cual la defensa interpuso el recurso de apelación, siendo sustentado por escrito dentro del término legal por los defensores de ambos procesados.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado consideró reunidos los requisitos exigidos por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria, para lo cual tuvo en cuenta las estipulaciones probatorias de plena identidad de los acusados, la identificación de la motocicleta en que se movilizaban, el estudio técnico del arma de fuego y su proveedor con la munición que resultó apta para producir disparos, y que

los procesados no contaban con permiso para portar armas de fuego.

Aludió a los testimonios de los policías Deimer Díaz Pérez y Jhon Jader Grueso Benito quienes aseveraron haber realizado el procedimiento de captura luego de una corta persecución y que al momento del suceso observaron dos personas que se movilizaban en la motocicleta de placas WIN43E quienes, al notar la presencia policial, dieron la vuelta, iniciándose la persecución sin que los perdieran de vista hasta que el conductor de la moto detuvo la marcha y el parrillero bajó para continuar corriendo por unas escalas para luego ingresar a la vivienda ubicada en la calle 74 No. 58-85 donde se deshizo de un arma de fuego, lanzándola a la sala, hasta donde ingresaron los gendarmes y la recogieron, advirtiéndole que el conductor de la motocicleta quedó en custodia de otros policías.

Para el fallador ninguna contradicción se percibe en los dichos de estos testigos, los cuales estimó concordantes y coincidentes, además de que reconocieron a los dos acusados como las personas que habían capturado en poder del arma de fuego y la motocicleta en que huyeron.

También hizo referencia a los indicios derivados de la huida de los procesados al notar la presencia policial, donde el conductor Santiago hizo maniobras evasivas para eludir a la autoridad, mientras que Jefferson corrió hasta una vivienda donde ingresó siendo perseguido por dos policías, advirtiéndole el juez que una de las moradoras era la señora Ana, que fue llamada a juicio y decidió ampararse en el artículo 33 de la

Constitución para no declarar al tener un parentesco con Jefferson. Destacó que se desprendía que Santiago Alberto Ochoa Sánchez conocía que su compañero Jefferson Darío Álvarez Montoya llevaba un arma de fuego y al ver a la policía decidió huir para llevarlo a un sitio presuntamente seguro como lo es la vivienda de un familiar.

Frente a la prueba de descargo, mencionó que fueron aportados dos videos y una fotografía por medio del investigador de la defensa Marco Adrián Jiménez Gómez, los cuales fueron obtenidos por personas de la comunidad, sin que se tenga conocimiento de quién los tomó y si son auténticos. Además, hizo notar que la fecha de uno de los videos no coincide con la de los hechos ni indica el lugar en que se hizo, mientras que en el segundo video no se aprecia la dirección donde fue tomado ni datos de ubicación de la cámara o de la persona que la manejaba; además de que se trataría de un hecho diferente al juzgado porque el video data del 24 de agosto de 2019 a las 13:26 horas. Respecto a la fotografía indicó que solo se trataba de una imagen que no concuerda con lo que muestra el video en el que se vería al procesado Santiago con diferente camiseta.

En cuanto a la circunstancia de agravación deducida, estimó que es procedente porque ambos procesados tenían conocimiento acerca del artefacto ilícito que llevaban en la motocicleta.

Por tanto, entendió que existía el convencimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal de los procesados y

se desvirtuó la presunción de inocencia, por lo cual procedió a condenarlos por el delito contra la seguridad pública atribuido.

Para la dosificación punitiva, partió del primer cuarto de movilidad que estimó entre 216 a 234 meses de prisión, atendiendo a que la conducta no rebasa su connatural gravedad, imponiendo el mínimo de 216 meses; por el mismo lapso de la pena principal impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Además, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no cumplirse el requisito objetivo atinente al quantum de la pena impuesta y el mínimo a imponer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente, por lo que ordenó librar orden de captura.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

3.1. El defensor de Santiago Alberto Ochoa Sánchez pretende que se revoque la condena y, en su lugar, se profiera absolución a favor de su asistido por duda razonable, para lo cual alega una indebida valoración de la prueba, pues en su sentir la practicada genera dudas acerca de la ocurrencia del hecho como fue acusado y sobre sus presuntos responsables, ello derivado de las inconsistencias presentadas en los testimonios de cargo.

Arguye que el haber evadido los acusados el llamado policial no necesariamente indica que sean responsables de un

delito, pues puede ocurrir que se haga por motivos administrativos como no contar con casco o carencia de documentos actualizados. Sostiene que es fácil que un policía diga haber observado cuando una persona arrojó un elemento al interior de una vivienda, pero en este evento los dos policías dieron versiones encontradas y contradictorias. Estima que la Fiscalía debía demostrar que los capturados o por lo menos uno de ellos indudablemente estaba en posesión material del arma, lo cual no sucedió en tanto, en su sentir, los policías no vieron que estuviere en manos de esas personas, pues solo la observaron en una casa en el suelo, por lo que no fue incautada en posesión del capturado y, aunque hablaron sobre haber observado un elemento, no fueron determinantes en que se trataba de un arma de fuego.

Dentro de las inconsistencias de los policías, cita que uno de ellos dijo haber visto a los acusados a unos 9 o 10 metros de distancia, mientras el otro mencionó de 100 a 150 metros; uno dijo que fue él quien se bajó de la moto y el otro se quedó cuidando al conductor detenido, pero ese otro policía manifestó que ambos persiguieron al acusado que huyó corriendo; uno dijo haber sido quien encontró y recogió el arma, mientras el otro afirmó que fue él quien hizo esa labor; además de que hablaron de haber bajado unas escaleras al momento de la persecución, contradiciéndose al indicar que cuando iba entrando ya estaba saliendo Jefferson. Por tanto, concluye que estas versiones

inconsistentes desdicen de su veracidad y se entra en la especulación.

Alude a uno de los videos aportados en donde se ve a su representado dialogando con un policía sin que estuviese capturado, quejándose por cuanto el juez lo descartó por la inconsistencia de la fecha y por no saberse quién lo grabó. Manifiesta que de esa forma surge la teoría de la defensa también especulativa de que los acusados transitaban como cualquier ciudadano en su motocicleta y al observar a los policías se asustaron porque no tenían casco o pudo ser porque no tenían los documentos al día, lo cual les podría implicar una sanción económica y la inmovilización del vehículo, siendo el motivo de la huida hacia su barrio, específicamente a la casa de la suegra de uno de ellos, lo que habría sido corroborado por Ana Fabiola, quien optó por no declarar en el juicio.

Aduce que, así se entendiera que se llevaba un arma de fuego consigo, esta era portada por Jefferson y no es posible que la portaran ambos acusados, situación que quizás no sabía Santiago, sino hasta el momento final. Agrega que, si bien se estipuló que a su defendido no se le expidió permiso para portar armas de fuego, no existió un documento como tal que certificara esa realidad, pues solo obra constancia dejada por el auxiliar de la fiscal en cuanto a que la información la obtuvo por llamada efectuada a la brigada. Además, arguye que no

existió una fijación de la escena con todos sus elementos para mayor claridad de la investigación.

3.2. El defensor de Jefferson Darío Álvarez Montoya solicita sea revocada la condena en contra de su prohijado y se le absuelva de los cargos acusados y, subsidiariamente, pide que se readecúe la pena impuesta.

Alega que existió una indebida reconstrucción fáctica en tanto los hechos jurídicamente relevantes imputados por la Fiscalía parten en su mayoría de hechos indicadores y, aunque encajan en el delito del artículo 365 del Código Penal, no sucede lo mismo con la coautoría al no haberse aludido al acuerdo previo, división de trabajo y conocimiento que ambos procesados tenían de la existencia del arma; además de que no se imputó ningún verbo rector y el fallador no podía interpretarlo, pues de los hechos podría colegirse que era “transportar”, pero se condenó por “portar”, lo cual afecta el derecho de defensa.

Estima que la condena se fundamenta sobre prueba ilícita en tanto parte de un elemento material probatorio recolectado ilícitamente con desconocimiento de derechos y garantías fundamentales. Esto porque, si bien los policías afirmaron haber ingresado a la vivienda donde se halló el arma con la aquiescencia de su propietaria, no existe prueba alguna que lo sustente, sin que pueda ser suficiente la afirmación de los policías porque ese ingreso debió quedar registrado en un documento que no se aportó en el juicio. Por tanto, entiende que el arma de fuego recolectada debe excluirse del conjunto

probatorio por ilicitud. Cita el artículo 14 del Código Penal referente a la intimidad y arguye que a los procesados se les capturó en vía pública, por lo que la situación de flagrancia no habilitaba a los policías para ingresar en la vivienda de la señora Ana Fabiola Oquendo; además de que debió someterse ese acto a control posterior para determinar la legalidad de ese ingreso, conforme con lo estipulado en el artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 sobre el ingreso a inmueble sin orden escrita.

De otro lado, considera que existió una indebida valoración probatoria pues se les habría dado a las pruebas de cargo un poder suasorio que no tenían, mientras que se le anuló a las de descargo. Asevera que la prueba documental aportada a través del testigo de acreditación no podía ser desechada por falta de autenticidad por cuanto el testigo de la defensa de manera clara y precisa indicó que el material audio visual pertenecía al lugar de los hechos, en la hora y fecha de su acontecer, mientras que la fecha que aparece en el documento es la de creación del archivo dentro del dispositivo mas no cuando se tomó el fotograma como lo entendió el juez. Aduce que, de dársele valor suasorio a estos elementos, se podrá poner en tela de juicio el dicho de los policías.

En cuanto a los testimonios de estos últimos, afirma que no son consistentes porque habrían señalado que uno de ellos se quedó en la calle con el señor Santiago, siendo imposible que ambos hayan podido observar cuando Álvarez Montoya arrojó el arma al interior de la vivienda; como tampoco sería cierto que la moto de los acusados realizara un giro al notar la presencia policial por cuanto las motocicletas iban en sentido opuesto,

siendo ilógico que los capturados voltearan para quedar en la misma dirección de los policías haciendo imposible la evasión. Agrega que el indicio de la huida es apenas leve para deducir que se tenía conocimiento del arma de fuego, por cuanto podría haber otros motivos como que los procesados iban sin casco y podrían ser multados por ello.

Finalmente, advierte que, en caso de que no procedan los anteriores reparos, se readecúe la pena impuesta porque la agravante de coparticipación criminal no se probó en debida forma, máxime cuando no fue imputada y se adicionó en la audiencia de acusación, situación que en su entender es violatoria del principio de congruencia.

3.3. La Fiscalía, como no recurrente, pide que se confirme la sentencia condenatoria por cuanto los policías que realizaron la captura fueron claros en señalar que cuando los capturados vieron a la policía se devolvieron y emprendieron la huida, por lo cual procedieron a perseguirlos y que cuando llegaron hasta la vivienda de la calle 74 #58-85, ingresaron y observaron cuando se tiró al pie de un mueble el arma de fuego que fue decomisada con su munición, pudiendo comprobarse que en esa vivienda vivía la suegra del procesado Santiago, la cual se acogió a la reserva de no declarar en contra de su yerno. En cuanto a la coautoría, sostiene que ambos acusados sabían que llevaban un arma de fuego sin permiso para su porte, tanto que, al ver a la policía, la esquivaron y emprendieron la huida.

4. LAS CONSIDERACIONES

La Sala no observa motivos de nulidad, ni la indeterminación en la acusación que esboza un apelante en la sustentación, causa por la cual ejercerá la competencia que le otorga el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹, para resolver de fondo el asunto después de examinar la prueba, pues los reparos de ambos defensores se centran en las falencias que esta presenta para establecer los cargos, por cuanto los únicos testigos que incriminan a sus asistidos ofrecerían versiones diferentes sobre los hechos.

Dicha argumentación, que se ventiló en la primera instancia, fue disminuida en su significación por el juez quien no percibe las contradicciones que se encuentran en los testimonios de los policías Deimer Díaz Pérez y John Jader Grueso Benito, en los cuales se soporta el fallo de condena, puesto que coinciden en las líneas gruesas de la descripción del suceso.

Aunque la defensa reconducía las contradicciones para generar dudas de la existencia del delito o la responsabilidad de los procesados, ahora en esta sede se acentúa la perspectiva de que el fallo se soporta en prueba ilícita, aspecto en el cual se centrarán las reflexiones de la Sala, en tanto la Fiscalía se

¹ **ARTÍCULO 34. DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES>** <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 2098 de 2021> Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

desentendió de centrarse probatoriamente en este aspecto, pese a que debe ser consciente de que quien tiene la carga de la prueba de un hecho tiene la responsabilidad de aportar no solo la prueba, sino además los elementos y aspectos que la hacen creíble y, por supuesto, también que pueda ser valorada, esto es, que no se haya afectado por la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución Política en el último inciso del artículo 29².

Ciertamente algunas contradicciones de los únicos testigos de cargo son irrelevantes porque no desvirtúan que el hecho ocurriera —como sucede con la relacionada con la distancia a la que observaron a los acusados cuando se desplazaban— que es donde se centró el juez de primer grado sin examinar la licitud de la prueba.

En efecto, del hecho de que Deimer Díaz Pérez calculara la distancia a la que habrían observado a los procesados transitando en motocicleta en sentido contrario en 10 o 9 metros y John Jader Grueso Benito lo calcule en 100 o 150 metros, no niega que los acusados se desplazaban hacia los policías, y dicha diferencia, a pesar de lo amplia, cobra explicación no solo en que se trata de un cálculo, sino en que el mismo se hace eventualmente con momentos o referentes distintos, atendiendo a que ello no fue descartado.

Pero, para lo que nos concierne, la contradicción irreductible y trascendente entre estos testigos consiste en si existió permiso para el ingreso a la vivienda ajena en el que fue

² “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

encontrada el arma de cuyo porte son acusados los procesados, pues, aunque —en gracia de discusión— se entendiera que actuaban autorizados por la flagrancia, lo cierto es que uno de los perseguidos, Jefferson Darío Álvarez Montoya, ingresó a un domicilio que no era el propio, porque si lo fuera este sería el único evento en el que no se requeriría permiso para ingresar al inmueble.

La hipótesis fáctica mencionada que examinamos: delincuente sorprendido en flagrancia que es perseguido y se acoge a domicilio ajeno, está regulada expresamente por el artículo 32 de la Constitución Política de Colombia³ que demanda que antes del ingreso “deberá preceder requerimiento al morador”. Ahora bien, la expresión *requerimiento* contemplado en la norma señalada es interpretada por nuestra Corte Constitucional no solo como que se anuncie o se solicite o se requiera el ingreso y así quede la policía por tal hecho autorizada para ingresar, sino que se necesita la anuencia del morador. Veamos cómo lo explica:

“Una de las garantías que rodean el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se encuentra en el artículo 32 de la Constitución el que, a pesar de autorizar que el sorprendido en flagrancia pueda ser aprehendido y llevado al juez por cualquier persona, es decir, sin necesidad de obtener una orden judicial previa, dispuso que “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”. El primero de los casos consiste en una ponderación realizada directamente por el Constituyente según la cual, la

³ **ARTICULO 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.

inviolabilidad del domicilio debe ceder ante el interés general presente en la captura de los delincuentes sorprendidos en flagrancia. En otros términos, entendió la Constitución que la inviolabilidad del domicilio no puede ser utilizada por el delincuente en flagrancia, para impedir la acción de la Policía. En el segundo caso, es decir, cuando durante la persecución el delincuente se refugiare en domicilio ajeno, la ponderación se inclinó en favor de la inviolabilidad del domicilio de quien no es la persona descubierta en flagrancia y es perseguido por las autoridades. Es por esta razón que la regla constitucional exige que el morador autorice el ingreso, ya que la expresión “requerimiento” no podría entenderse como una simple formalidad que autorizaría a violar el domicilio de las personas, con o sin su anuencia⁴. (Sentencia C-303 de 2019)

Entonces, para considerar lícita la prueba que surge del ingreso y registro al inmueble donde fue hallada el arma se requería demostrar el permiso previo de la moradora, señora Ana Fabiola Oquendo. Pero, ocurrió que la Fiscalía no previó que esta podía hacer uso del derecho a no atestiguar, amparada en la solidaridad íntima en tanto es suegra de uno de los procesados, como en efecto lo hizo, de modo que se desconoce su versión sobre los hechos y sobre si voluntariamente autorizó, cómo y cuándo, sin que mediaran presiones que la determinaran a firmar el permiso del ingreso a su vivienda.

Aunque la Fiscalía contaba con un escrito en el que al parecer la moradora autorizaba el ingreso, dicho documento no fue pedido como prueba, tan solo se anunció para refrescar memoria o impugnar credibilidad, de modo que sobre el ingreso a la vivienda donde fue encontrada el arma solo contamos con la versión de John Jader Grueso Benito y de Deimer Díaz Pérez,

⁴ “La autorización libre y expresa del titular de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, deriva esta forma de allanamiento en un acto razonable y proporcionado siempre que el consentimiento haya sido manifestado de manera libre y expresa”: Corte Constitucional, sentencia C-806/09

que divergen al respecto, sin que la Fiscalía disipara las desarmonías de sus versiones ni procuró una clara explicación de cómo se obtuvo dicho documento.

En efecto, aunque el primero de los mencionados dará cuenta de la existencia de autorización y como lugar común dirá varias veces que se tuvo la autorización previa, lo cierto es que no circunstancia los aspectos que muestran su voluntariedad o, en sentido contrario, la ausencia de forzamiento o presión para consentir, por cuanto solo referencia que se habría otorgado después de que increpara al procesado Jefferson Darío Álvarez Montoya sobre lo que había escondido cuando este habría salido del inmueble, lo cual concordaría con su dicho de que cuando ingresó este acusado, ellos (los policías que lo perseguían) apenas bajaban las escaleras de acceso al lugar al que habrían ingresado los dos testigos.

En cambio, el policía Deimer Díaz Pérez, fuera de que no aludirá en modo alguno a la obtención de permiso, precisa que fue el único que ingresó al inmueble, que lo hizo de inmediato porque seguía a Jefferson, incluso da cuenta de haber escuchado el sonido del golpe del arma arrojada al suelo, lo que concordaría con la inmediatez del actuar que describe; mientras que, en el contrainterrogatorio, cuando fue inquirido para responder si le pidió permiso a la dueña, contestó con un contundente no.

Pues bien, juzga la Sala que las divergencias en los testigos de cargo puesta de presente son significativas y trascendentes e impiden establecer con certeza que el permiso de ingreso al

domicilio ajeno se haya obtenido previamente, además de que haya sido de modo voluntario y espontáneo que es lo que tornaría lícito el procedimiento.

Aunque existe libertad probatoria para demostrar el punto en cuestión, lo cierto es que el legislador regula que para que un registro sea voluntario “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” (artículo 230 Ley 906 de 2004), lo cual quizás cobre explicación en que la presencia y actividad policial puede generar un contexto intimidante; además de que es necesario evitar la arbitrariedad en el ingreso al domicilio cuya intimidad y respeto tiene garantía fundamental de orden constitucional.

Establecido que no puede considerarse que se haya demostrado la licitud de la prueba y que, por el contrario, se establece que el ingreso inicial se hizo sin el previo permiso sin que se conozca cómo se obtuvo el escrito en el que se autoriza, esto es, si se trató de un acto eminentemente voluntario, la Sala en estricto apego a la preservación de las garantías, estima ilícita la incautación del arma y con ella la demostración tanto de su existencia como de su idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado, lo que será causa suficiente para revocar la condena, puesto que los testimonios de los policías no constituyen fuente independiente de prueba o autónoma, de modo que los alcanza la regulación del inciso 2° del artículo 23 de la Ley 906 de 2004 en cuanto dispone: “Igual tratamiento [excluirse de la actuación procesal] recibirán las pruebas que

sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia”.

De este modo nuestro sistema de valoración de la prueba acoge la teoría del fruto del árbol envenenado o ponzoñoso por cuanto la ilicitud de la prueba no solo la afecta a ella, sino a toda la que se derive de la misma, a las que se consideran su fruto.

De ahí, la metáfora con la que se denomina a la teoría que, no obstante, puede tener las excepciones reguladas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004⁵, no las vemos reunidas en el caso. Así no se presenta el vínculo atenuado entre el ilícito registro y los testimonios policiales porque el conocimiento que tienen de la existencia del arma deriva directamente del procedimiento efectuado con la trasgresión del debido proceso; nada de lo que estos testigos de cargo conocen tiene fuente independiente salvo lo que consta por sí mismo de momentos iniciales que son insuficientes para considerar que existiera flagrancia como pasaremos a ver; a la vez que no opera en el caso la excepción del descubrimiento inevitable, que estimamos se produciría si el ingreso fuese autorizado por las regulaciones policivas e inevitablemente se encontrara en dicha diligencia el arma de defensa personal incautada.

Entonces, así estuviesen autorizados los policías captores a proceder debido a la flagrancia, la ausencia de actuar conforme al debido proceso torna ilícita la prueba que se deriva

⁵ **ARTÍCULO 455. NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

del registro del inmueble; pero la irregularidad se acentúa más si se tiene en cuenta que, si bien la persecución a los procesados que transitaban en una motocicleta y que al notar la presencia policial pretendieron evadirla constituía un motivo fundado para la persecución, lo cierto es que no flagraba ni refulgía la comisión de un delito específico.

Deimer Diaz Pérez asevera que el procesado Jefferson Darío Álvarez Montoya cuando se tiró de la motocicleta en que iba de parrillero se guardó un elemento en la pretina, aspecto que no resulta muy claro por cuanto lo que se tiene entendido es que el mismo pretendía deshacerse del porte del arma. Aunque los testigos dicen que no perdieron de vista a los procesados, no especifican de dónde sacarían el elemento que se guardó Jefferson, para casi inmediatamente sacarlo de la pretina y tirarlo al suelo cerca de un mueble.

En todo caso este testigo es claro en que solo puede dar cuenta de que observó un elemento, sin poder precisar que observó un arma. Indagado John Jader Grueso Benito sobre cuándo observó que Jefferson llevaba el arma en la pretina, al respecto dirá que fue en el momento en el que este iba descendiendo las escaleras, sin dar cuenta del movimiento que se considera extraño de colocársela en la pretina y sin saberse dónde la tenía, para luego tirarla con inmediatez.

Las incongruencias de los policías en la descripción del procedimiento en cuanto al registro y captura agrega un motivo de sospecha que surge del cuestionamiento de si los testigos estuvieron en la real posibilidad de distinguir que lo que llevaba el procesado Jefferson era un arma, circunstancia que

ciertamente avalaría que eventualmente se estuviese cometiendo un delito; lo que no refulge como claro y, por el contrario, permite dudar de que así fuera, como lo reafirma el testigo Deimer Diaz Pérez, de que solo observó un elemento.

En suma, se torna innecesario examinar la restante argumentación de los apelantes, siendo procedente la revocatoria de la condena para, en su lugar, proferir absolucón en favor de los procesados. Finalmente, dado que en primera instancia no se hizo y la Sala lo estima necesario por tratarse del objeto material del delito, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, de no haberlo hecho, proceda a la destrucción del arma de fuego y la munición incautada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 563 de la Ley 906 de 2004⁶, salvo que sean requeridos para fines de investigación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Revocar la sentencia condenatoria recurrida, obra del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello. En su lugar, absolver a Santiago Alberto Ochoa Sánchez y Jefferson Darío Álvarez

⁶ **ARTÍCULO 563. DESTRUCCIÓN DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO.** <Artículo adicionado por el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017> En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del fiscal de conocimiento, siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.

PARÁGRAFO. La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición.

Radicado: 05-212-60-00201-2019-05133
Procesados: Santiago Alberto Ochoa Sánchez
Jefferson Darío Álvarez Montoya
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de
fuego, accesorios, partes o municiones

Montoya de los cargos atribuidos por la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Segundo: Ordenar cancelar cualquier requerimiento judicial que exista en contra de los procesados por este asunto.

Tercero: En firme esta decisión, se ordena a la Fiscalía General de la Nación proceder a la destrucción del arma de fuego y la munición que fueron incautadas como objeto material del delito, salvo que se requieran para fines de investigación.

Cuarto: Esta sentencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva

Radicado: 05-212-60-00201-2019-05133
Procesados: Santiago Alberto Ochoa Sánchez
Jefferson Darío Álvarez Montoya
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de
fuego, accesorios, partes o municiones

demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

**Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado
Sala 008 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado
Sala 009 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta
con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12
Código de verificación:

**9b5667084b98f06eefe0415b5909db13740f8144b81b7c31
66a8f4772e48b899**

Documento generado en 24/07/2025 06:35:50 PM

Radicado: 05-212-60-00201-2019-05133
Procesados: Santiago Alberto Ochoa Sánchez
Jefferson Darío Álvarez Montoya
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de
fuego, accesorios, partes o municiones

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**