

Señores
Magistrados Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia

Ref. Sustentación no-recurrente
Cui. 1100160000172012-16768-00
Delito. Porte ilegal de armas

En mi calidad de defensora pública adscrita a la Unidad de Casación, Revisión y Extradición de la Defensoría del Pueblo, mediante el presente escrito manifiesto que COADYUVO en todas sus partes, la demanda presentada por el Dr. Joselyn Gómez Pico, Procurador Judicial Penal II, en el sentido de CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá del 3 de julio de 2018, en la cual se revocó el fallo absolutorio proferido por Juzgado 47 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá del 22 de julio de 201, y que condenó al señor OSWALDO GARCIA BARINAS a la pena principal de 9 años de prisión como autor del delito de porte ilegal de armas, con base en las siguientes consideraciones:

1.- De acuerdo con el fallo de segunda instancia, los hechos tuvieron ocurrencia.

El 2 de diciembre de 2012, a eso de las 23:30 horas, la central de la policía recibió una llamada telefónica dando cuenta de la ocurrencia de una riña en la carrera 85 No 83-19 barrio la española de esta ciudad. Al arribar al lugar los patrulleros Raúl Eduardo Vega Rojas, y John Combita y el intendente Luis Carlos Latorre, fueron informados por Nubia García Barinas residente en dicho inmueble, que al interior del mismo se había presentado un altercado entre su hermano OSWALDO GARCIA BARINAS y su esposo Jaime Bermúdez Sepúlveda en cuyo desarrollo el primero había sacado un arma de fuego. Nubia García Barinas autorizó el ingreso de los policiales a la vivienda a quienes indicó que el arma de fuego fue encontrada oculta debajo

del closet en la habitación de su consanguíneo ubicada en el segundo piso.

... al preguntarle a OSWALDO GARCIA BARINAS sobre dicho artefacto éste manifestó no contar con permiso para la tenencia del arma de fuego, está la razón por la que fue capturado y judicializado.

2.- En la audiencia de acusación que se realizó el 1 de marzo de 2013, la fiscalía aclaró que el verbo rector era "*tener en un lugar*".

3.- La fiscalía solicitó a tres testigos para que declaren en el juicio, incluyendo a la señora Nubia García Barinas, quien no compareció al juicio. Únicamente asistió a declarar el patrullero Vega Rojas, quien fue uno de los patrulleros que atendió al llamado de la señora Nubia, quien le indicó en donde se encontraba el arma, sin que ninguna persona hubiese firmado el acta de incautación, siendo ésta la única prueba testimonial de cargo, practicada en el juicio y con la cual, según el Tribunal, *se acredita de manera fehaciente*¹ la materialidad de la conducta y la responsabilidad de mi representado.

4.-Efectivamente la causal segunda del artículo 181 del código de procedimiento penal tiene vocación para desvirtuar la presunción de acierto y legalidad del fallo de segunda instancia, en la medida en que se afectó el debido proceso en lo que tiene que ver con el allanamiento realizado por los patrulleros de la policía que fueron llamados por la señora Nubia, quien no concurrió al juicio, a pesar de que fue ella, la que otorgó una autorización a los agentes de la policía para hacer el registro en la habitación de su hermano, sin su consentimiento, por ello, no hay acta de incautación firmada por ninguna persona.

Por esta razón, no puede tenerse como prueba suficiente la declaración del patrullero Raúl Eduardo Vega Rojas, por ser el único testigo de cargo, y como testigo de referencia de unos hechos que no le constan, pero que si originaron su presencia en el inmueble y que le fueron relatados por la señora Nubia; circunstancia ésta que si era necesario probarse en el juicio, como quiera que dio origen al allanamiento de la morada del señor Oswaldo García Barinas.

¹ Sentencia de segunda instancia, p 13.

Si bien es cierto existe libertad probatoria, ésta debe tener la fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia; sin embargo, en este caso, la fiscalía no aportó las suficientes pruebas para que se proferiera sentencia condenatoria, ya que solamente presento como prueba testimonial la declaración del patrullero Vega Rojas; siendo esta insuficiente, debido a que, fue precisamente como consecuencia de la actividad desplegada por éste y los otros patrulleros que no acudieron al juicio, ante el llamado de la señora Nubia, que se violó el debido proceso; no solamente, porque hicieron un allanamiento vulnerando el derecho a la intimidad del procesado, lo que hizo que se proferiera fallo absolutorio en primera instancia, sino que, tampoco se le explico a la señora Nubia el contenido del artículo 33 de la carta política, en cuanto no estaba obligada a declarar en contra de su hermano. Señala el artículo 29 de la constitución política que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso; y este es un caso muy claro de violación de este derecho fundamental. Igualmente el hecho de no darse aplicación al artículo 33.

Ahora, bien, los hechos relacionados con la supuesta riña entre el procesado y el esposo de la señora Nubia, no fueron probados; y si esto es así, no le era posible proferir fallo condenatorio al Tribunal de Bogotá; porque no se probó en el juicio el origen del allanamiento sin las formalidades legales, lo que vulneró no solamente el derecho a la intimidad del procesado, sino la presunción de inocencia.

Se tiene entonces, que el tribunal no tiene el conocimiento más allá de toda duda para condenar porque:

1. Los hechos que originaron el allanamiento sin el cumplimiento de las formalidades legales no fueron probados; esto es la riña entre el procesado y el esposo de su hermana.
2. El único testigo de cargo, el patrullero Vega con el cual se condenó, es testigo de referencia en relación con lo que le relató la señora Nubia.
3. El mismo testigo, participó en el procedimiento de allanamiento ilícito, que vulneró el derecho de la intimidad del procesado y el debido proceso.
4. Se realizó la incautación del arma, sin que ninguna persona suscribiera el acta correspondiente; lo que significa que también dicha incautación adolece de los requisitos legales y vulnera el debido proceso.

5. Si bien es cierto, se estipulo la plena identidad y el hecho de que el procesado no tiene permiso para portar armas; esto no demuestra que el procesado tuviera el arma o que le perteneciera.

Es decir, que no está probada la materialidad de la conducta y menos aún, la responsabilidad del señor García Barinas.

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.

Por lo anterior, la defensa pública del señor Oswaldo García Barinas, solicita de manera respetuosa a la Corte Suprema de Justicia, aplicar justicia material y CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y proferir fallo absolutorio, tal como lo solicitó por el Ministerio Publico.

Sinceramente,



Beatriz del Pilar Cuervo Criales

Defensora Publica Unidad de Casación, Revisión y Extradición