



Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2021  
Oficio PSDCP -CON. N.º 38

**Honorables Magistrados**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**  
**M.P. DRA. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**  
**CIUDAD**

**REF. RADICADO CASACIÓN No. 53643**  
**SENTENCIADO: OSWALDO GARCÍA BARINAS**  
**DELITO: DE FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS PORTE O MUNICIONES.**

En mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, procedo a emitir concepto dentro del traslado a los no recurrentes dentro del trámite del recurso de casación interpuesto por el Procurador 30 judicial Penal II de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la absolución emitida por el Juzgado 47º Penal del Circuito de la misma ciudad y en su lugar condenó a **OSWALDO GARCÍA BARINAS**, por el punible de fabricación, trafico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios partes o munuciones.

## **1.HECHOS**

La situación fáctica fue resumida por el Tribunal Superior de Bogotá de la siguiente manera:



*“...El 2 de diciembre de 2012, a eso de las 23:30 horas, la central de Policía Judicial 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, Jhon Cómbita 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 afectado entre su hermano OSWALDO GARCÍA 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 se encontraba oculta dentro de un closet en la habitación de su consanguíneo ubicada en el segundo piso.*

*Al verificar los uniformados dicha información encontraron en ese lugar una pistola calibre 7.65 mm, marca Pietro Browning CZ83, número interno 049234, con un proveedor y once cartuchos del mismo calibre, y al preguntarse a OSWALDO GARCÍA BARINAS sobre dicho artefacto éste manifestó no contar con permiso para la tenencia del arma de fuego, esta la razón por la que fue capturado y judicializado...”*

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

Por los anteriores hechos, en audiencia preliminar celebrada por el Juzgado 23 Penal Municipal con función de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, el 3 de diciembre de 2012, luego de legalizar la captura de OSWALDO GARCÍA BARINAS, la fiscalía formuló imputación como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. No le fue impuesta medida de aseguramiento.

El 1 de marzo de 2013, la Fiscalía presentó escrito de acusación cuyo trámite correspondió al Juzgado 47 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el cual llevó a cabo audiencia de formulación de acusación el 25 de junio de 2013, en la



cual el ente acusador aclaró que la modalidad comportamental es la de “tener en un lugar”.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 28 de julio de 2015, y el juicio oral se desarrolló el 31 de mayo de 2016, al término del cual se anunció el sentido del fallo absolutorio. Mismo que fue proferido el 22 de julio de 2016.

La anterior decisión fue apelada por la fiscalía, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, el cual condenó a OSWALDO GARCÍA BARINAS a la pena principal de 9 años de prisión en calidad de autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.

### **3. DEMANDA DE CASACIÓN**

#### **CARGO ÚNICO PRINCIPAL**

Al amparo de la causal segunda del artículo 181 del C.P.P, el demandante en casación, a través de un extenso escrito, resalta la contrariedad con el Derecho del fallo de segunda instancia al reclamar la declaratoria de ilicitud de la diligencia de allanamiento y registro adelantada en la habitación donde, se dice, fueron halladas el arma y las municiones, al señalarse que era la ocupada en el inmueble por el procesado OSWALDO GARCÍA BARINAS, pero sin que para el ingreso por parte de la autoridad judicial, está hubiese contado realmente con la autorización del único morador facultado para hacerlo, esto es, el mencionado, y no su hermana.

A tiempo que plasma extensos extractos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional para proponer la aplicación de la regla de exclusión de medios probatorios a los que alude indistintamente como “ilegales” e “ilícitos”, alude a continuación a la teoría de los “ frutos del árbol prohibido” como medio de censura que recae igualmente sobre las pruebas derivadas de una ilicitud inicial, sin que concurren al tiempo las excepciones del vínculo atenuado, fuente independiente o hallazgo inevitable, tal y como sucede en el evento a estudio.



De tal manera, que al cierre de su argumentación no precisa en qué sentido debería obrar la Sala frente al fallo confutado, simplemente se limita a decir que el Tribunal ha debido absolver a García Barinas ante la ilicitud del único medio probatorio que permitiría incriminarlo.

#### **4. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL.**

No obstante el yerro evidente en que incurre el censor al orientar su disenso por vía de la causal prevista en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, puesto que el reclamo de declaratoria de ilicitud de un medio probatorio debería hacerse por vía de la causal contemplada en el numeral 3 de la misma disposición (violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho recaído en la apreciación de pruebas), los vicios detectados deberían en este caso superarse por tratarse de la actualización del principio de doble conformidad que debe reconocerse en favor de García Barinas, al haberse producido su condena por primera vez, a nivel de la segunda instancia.

Lo anterior, especialmente, cuando el tema tratado se remite a la posible violación de una garantía fundamental en cabeza del procesado, cuando en la fecha del 2 de noviembre del 2012, se registró una habitación señalada como ocupada por él, en donde la policía halló una arma de defensa personal, junto con sus municiones, luego de que otra de las moradoras en el inmueble, es decir, su hermana Nubia, condujera hasta allí a los uniformados que comparecieron alertados por una riña suscitada previamente entre el esposo de esta última y el procesado, de la que diera cuenta la citada mujer.

La tensión entre la eficacia de la administración de justicia y las posibilidades de acción de las autoridades de policía en su misión constitucional de procurar la persecución de los responsables de delitos y su efectiva sanción, encuentra una



importante talanquera en la carta de derechos y garantías fundamentales de que son titulares los ciudadanos, tales como los de sus derechos a la intimidad, a la inviolabilidad de sus comunicaciones y su correspondencia, a su integridad personal, los cuales no pueden ser desconocidos por las autoridades en desarrollos de aquella labor previamente enunciada.

La expectativa razonable de intimidad se remite a un concepto procesal injertado en nuestra ley procesal penal, importado del derecho anglosajón, específicamente de la tradición jurisprudencial norteamericana, donde las posibilidades de injerencia por parte del Estado en aquella resultan bastante limitadas. En lo que tiene que ver con la inviolabilidad del domicilio, se establece un criterio de reserva judicial que obliga a la fiscalía a la obtención previa de la debida autorización del Juez para penetrar válidamente en ese espacio gobernado por la referida expectativa razonable de intimidad, y cuando el objetivo se limita a la obtención de elementos materiales probatorios, podrá hacerlo, pero siempre estará obligada al control posterior de lo realizado y hallado por parte del Juez de control de garantías

Excepciones a lo anterior, las constituyen las hipótesis contempladas en el artículo 230 de la Ley 906 del 2004, cuando concurren, entre otras, el consentimiento o anuencia del “propietario o simple tenedor”<sup>1</sup> del bien objeto de registro; cuando no existan las citadas expectativas razonables, o cuando sean latentes situaciones de riesgo para la vida, la propiedad u otros bienes jurídicos en cabeza de menores.

A primera vista, en este caso, la autorización de la moradora Nubia García Barinas, quien reclamó la presencia de la autoridad en su casa del barrio la *Española* debido a una reyerta que se presentó entre su esposo y el procesado (hermano de ella), zanjaría el debate propuesto por el demandante en favor de la acción desplegada por los policías, toda vez que implicaría la configuración de la primera hipótesis prevista en el numeral 1 del referido artículo 230 del C.P.P.

Es claro que, en tal sentido, Nubia García ostentaría la condición de moradora del inmueble protegido por la expectativa razonable de intimidad<sup>2</sup>, lo que la facultaría a

<sup>1</sup> C.S.J.AP7597-2014, Rad.43447, del 10 dic.2014

<sup>2</sup> CSJ SP1862-2019, Rad 48.498



autorizar el ingreso a la totalidad de la residencia amparada por esa prerrogativa. Pero en estos casos en que el tema, más que estrictamente procesal, resulta indiscutiblemente constitucional, la particularidad de cada uno, en inevitable juicio de ponderación al cabo del cual resulte posible respaldar la afectación de una garantía fundamental sin desconocer su núcleo esencial, es lo que permitirá concluir si se actuó o no incurriendo en esto último.

Ciertamente, como se destaca en el salvamento de voto de la sentencia del Tribunal, dudas probatorias se yerguen en torno a los alcances de la condición de moradora de Nubia García, y si se correspondía con la de propietaria o mera tenedora del inmueble, lo que a la vez torna imposible concluir si el consentimiento para acceso que otorgó a los policiales que llegaron a la casa incluía todo el universo de la edificación, sólo a las áreas comunes, o si incluía también áreas excluidas de esas posibilidades de injerencia, cómo serían las correspondientes a personas con quienes se convive, pero que gozan de expectativas razonables de intimidad, así se trate de personas con quienes se tienen vínculos de parentesco o de otra índole, como los visitantes, los subarrendatarios o los pensionados.

Y es que en este evento, como bien lo expresa el salvamento de voto,<sup>3</sup> en aspecto que adquiere la mayor importancia para la solución del caso, la no dilucidada condición de propietario o tenedor en cabeza de alguna persona, es decir, Nubia García, Osvaldo García o alguien distinto, impide ese reconocimiento de quien podía a la vez prestar el consentimiento válido a la autoridad para que procediera el registro del ámbito específico donde se halló el arma.

La no exploración sobre tal aspecto por parte del ente acusador, impide afianzar, en el plano de la certeza probatoria, si ese procedimiento de registro y hallazgo fue válido desde el punto de vista constitucional. O lo que es lo mismo, nos hallamos frente a un caso de duda ante la licitud o ilicitud de una prueba por no haberse demostrado uno de los aspectos que podían afirmar lo primero, y a su concurrencia no basta con lo vertido testimonialmente en el juicio por el único policía que declaró

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Rad 11001600001720121676801



dentro del mismo, habida cuenta de que, además, tampoco compareció al debate probatorio definitivo, la hermana del inculpado.

No podría afirmarse en este caso una situación de flagrante delito en que se hubiere sorprendido a Osvaldo García, ingresando, de manera apresurada, portando el arma finalmente incautada con el fin de esconderla en su lugar de habitación; o que se corresponda con una de las situaciones previstas en Código Nacional de Policía que habilitan a la autoridad policial a ingresar sin orden escrita de autoridad competente.

Insistimos en que solo las aristas de cada caso en particular permitirán identificar hasta qué punto resultó válida y legítima la injerencia en una determinada garantía fundamental, de manera tal que esta no termine por verse afectada en su núcleo esencial o significando la posibilidad de que degenere en abuso en su ejercicio. Cómo sería el caso en que se perciba desde el exterior de un ámbito protegido por expectativa razonable de intimidad, la incursión en hechos posible o evidentemente configurativos de vulneración de derechos en cabeza de menores, como los inherentes a su integridad y formación sexuales.

Consideramos que en un caso como el propuesto, se impone la vigencia y cuidado de estos últimos, resultando válida la irrupción e intromisión en el ámbito configurativo del ejercicio del derecho a la intimidad, por no ajustarse a fines legítimos, en detrimento de otros de mayor linaje constitucional (44 C.P) que se encuentran en evidente y actual riesgo.

Pero lo anterior no es asimilable a un caso como el del que trata el presente proceso, donde la autoridad policial estuvo en todo caso obligada a determinar, en primer término, si el consentimiento ofrecido por quien la requirió en la fecha de los hechos, comprendía la de ingresar a todas y a cada una de las dependencias de la casa, o si existían, al interior de la misma, ámbitos restringidos para tal efecto. Al no existir la claridad que aspecto tan sensible reclamaba, mal puede asegurarse que la prueba fundamentada en el hallazgo del arma y las municiones, se haya obtenido con total apego a la Constitución y la Ley. Es claro que de haberse dilucidado tal



punto, sin lugar a dubitación alguna en cuanto a que Nubia García no contaba con plenas facultades para ofrecer el consentimiento, lo que procedía era la solicitud de autoridad judicial previa (Fiscalía o juez, según el caso) para ingresar a la habitación de Osvaldo.

Son las consideraciones que deben tenerse de en cuenta por parte de la honorable Sala para la definición del caso, sin que sean de recibo en su totalidad las propuestas del demandante, al resultar perceptible la indistinción, propiciadora de confusión, en la que recurrentemente incurre al mezclar los conceptos de prueba ilícita y prueba ilegal,<sup>4</sup> siendo que corresponden en el plano legal, doctrinario y jurisprudencial, a nociones netamente distintas, con efectos procesales igualmente diversos y que, como ya se dijo, deberían proponerse en sede de casación al amparo de una causal diferente.

Impónese, en consecuencia, el reconocimiento de duda en torno a la licitud de la prueba principalmente tenida en cuenta en la segunda instancia para condenar a Osvaldo García Barinas, CASAR el fallo impugnado, y en su lugar, proferir uno de remplazo en el que se le ABSUELVA por razón de los cargos que motivaron su acusación. Ciertamente, no concurre, como dice el censor, prueba remanente en la que pueda sostenerse el fallo confutado.

Señores Magistrados,



**JAIME GUTIÉRREZ MILLÁN**  
Procurador Segundo para la Casación Penal

<sup>4</sup> CSJ AP087-2021, Rad.58323; CSJ SP4124-2020, Rad.55056. CSJ SP15912020, Rad49323. CSJ SP12158-2006, Rad 45619.