



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP680-2019

Radicación 47983

(Aprobado en acta No. 59)

Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA contra la sentencia de 3 de febrero de 2016 mediante la cual el Tribunal Superior de Buga revocó la de carácter absolutorio emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, para en su lugar condenarlo como autor

del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según los policiales Juan Alonso Castro Reyes y Oliverio Amado Suárez, en la noche del 29 de agosto de 2014, al hacer presencia en la calle 30 con carrera 38 de Tuluá por un caso de riña, un sujeto sin camisa arribó a bordo de una motocicleta llevando entre sus piernas una camiseta, quien al notar la presencia de los uniformados lanzó la prenda al suelo en la cual encontraron un revólver calibre 22 marca *Freedom* con dos cartuchos y dos vainillas. Agregaron que el sujeto, identificado como FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA, indicó que carecía de permiso para portar el arma.

De otro lado, las pruebas de descargo acreditaron que GÓMEZ GARCIA si bien previamente había sostenido una riña con otro sujeto, debió llevar de urgencia a su hermana a la clínica —quien se encontraba en embarazo— y luego tuvo que retornar a la residencia con el fin de obtener los documentos de identificación de ella para que pudiera ser atendida en el centro asistencial, la camiseta que llevaba era oscura y quedó hecha jirones en la pelea, sin que portara o hubiera lanzado algún elemento al suelo.

El 30 de agosto de 2014 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tuluá

se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura de GÓMEZ GARCÍA. En esa diligencia la Fiscalía le formuló imputación como posible autor del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, al tiempo que solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó el cargo y fue afectado con esa medida cautelar personal, pero el 28 de octubre de la misma anualidad se le sustituyó para ejecutarla en su domicilio.

Presentado el 14 de octubre de 2014 el escrito de acusación, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá se adelantó la correspondiente audiencia de formulación y una vez surtidas las audiencias preparatoria y de juicio oral, en ésta última se anunció sentido de fallo de índole absolutorio. Para tal determinación se concluyó judicialmente que la defensa había acreditado que el procesado no fue el portador del arma de fuego reportada por los uniformados, consecuentemente, fue dejado en libertad y se materializó su exoneración de responsabilidad penal en sentencia de 15 de octubre de 2015.

No obstante, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía, el Tribunal Superior de Buga por sentencia de 3 de febrero de 2016 revocó la absolución, en su reemplazo condenó a FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA como autor del delito objeto de acusación, a las penas de nueve (9) años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el mismo lapso y el comiso del arma, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

Inconforme con la decisión el defensor del procesado impugnó extraordinariamente, allegando la respectiva demanda de casación, la cual luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

DEMANDA

Formuló un cargo por violación indirecta de la ley sustancial debido a un error de hecho por falso juicio de existencia.

Expuso que el Tribunal omitió pruebas favorables al procesado, afectando así sus garantías de presunción de inocencia, libertad personal y de locomoción, en clara infracción de los artículos 16, 379, 380 y 381 del Código de Procedimiento Penal.

Para el defensor, fueron omitidos los testimonios de Diana Tassiara Gómez García, Juanita Tenorio Gómez, del investigador Guillermo Parra García, así como los registros fotográficos aportados por éste último, pruebas que minan la credibilidad otorgada a los policiales Juan Alonso Castro Reyes y Oliverio Amado Suárez, porque aquéllas pruebas permitían concluir como mínimo la existencia de duda razonable.

Detalló que Diana Tassiara Gómez García presenció la riña en la que estaba su hermano FABIÁN ANDREY, pero como ella estaba en embarazo y se sintió indispuesta, la trasladaron a una institución hospitalaria, lugar al que él la acompañó a bordo de una motocicleta, quien incluso llevaba una camiseta azul oscura o negra la cual le habían rasgado en la pelea.

Que Juanita Tenorio Gómez indicó que ayudó a transportar en un carro a Diana Tassiara al centro de salud, en compañía de la progenitora de ésta y el hermano FABIÁN, precisando que éste lo hizo a bordo de la moto y que portaba un pedazo de buzo en la mano, dado que la prenda estaba rasgada.

En tanto que Guillermo Parra García, investigador a instancia de la defensa, fijó fotográficamente la evidencia aducida por la Fiscalía de la imagen captada por los patrulleros que llevaron a cabo la aprehensión en la cual se observa una camiseta blanca, una chapuza y un revólver sobre una superficie de granito o marmolina, pudiendo establecer que contrario a lo afirmado por los policiales que la aprehensión fue en la vía pública, la foto no corresponde al sitio de los hechos ya que se trata de una calle desprovista de pavimento.

De otra parte, denunció que el Tribunal además de no integrar las pruebas que favorecían al procesado, desestimó

sin más las manifestaciones de Jhon Abad Flórez Sepúlveda y Esperanza García quienes afirmaban no haber presenciado que el acusado lanzara algún elemento al suelo antes de ser capturado.

Consecuentemente, solicitó casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su asistido.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

Se mantuvo en sus argumentos y ratificó su pretensión.

2. El Delegado de la Fiscalía

Pidió no casar el fallo por razón del cargo formulado, toda vez que en su parecer no se avizora el error de exclusión probatoria denunciado.

Aseguró que el reproche se reduce a que el casacionista no comparte las consideraciones judiciales, ya que las pruebas que echa en falta fueron valoradas otorgándoseles mayor o menor eficacia.

Que al haber arribado al lugar los Policías en virtud del aviso de la ciudadanía por presentarse una riña, descarta cualquier ánimo de perjudicar al procesado y aleja el “*falso positivo*” considerado por el *a quo*, por demás, la valoración

del Tribunal es razonable con lo que objetivamente revelaban las pruebas.

Finalmente, pidió que se llamé la atención al juez colegiado ante la falta de motivación de la sanción impuesta de comiso.

3. La Delegada del Ministerio Público

Avaló la postura y solicitud del recurrente de casar el fallo y absolver al procesado, porque efectivamente el Tribunal no valoró las declaraciones de Juanita Tenorio Gómez, Diana Tassiara Gómez García y del investigador Guillermo Parra García, quienes fueron armónicos y concordantes y permiten establecer los siguientes hechos:

- FABÍAN ANDRÉS vestía una camisa azul o negra la cual quedó hecha jirones en la riña y se despojó de ella llevando los restos en la mano.

- Él auxilió a su hermana Diana Tassiara Gómez cuando ella se desmayó, pues la subió a un vehículo —en el cual iban Juanita Tenorio y su novio— para trasladarla a un hospital, los acompañó en la moto, alzó a la paciente para entrarla al centro asistencial, pero tuvo que regresar a su casa en la moto porque se necesitaban los documentos de identificación de la paciente.

- En el hospital no es permitido el ingreso de personas armadas y no hay algún informe de seguridad que el inculpatado las portara o llevara consigo en ese lugar.

- En la central de Policía no hubo reporte de riña al frente de la residencia del procesado ubicada en la calle 30-A 38- 28, de Tuluá, sin embargo, hubo presencia de aproximadamente quince uniformados en moto y una patrulla con las luces rojas y azules encendidas como código de emergencia y presencia de autoridad.

- La calle 30 a la altura de la carrera 38 en Tuluá no está pavimentada, es totalmente destapada, no obstante, la fotografía que suministraron los Policías a la Fiscalía del sitio donde fue hallada el arma y la camiseta se aprecia que tales elementos están sobre una superficie de granito o marmolina, y si los uniformados afirmaron que el arma fue lanzada a tres metros de distancia donde se encontraban se advierte una gran inconsistencia, pues esa superficie no corresponde a alguna del lugar.

- La prenda que aparece en la fotografía es blanca y está en perfecto estado, sin que se advierta que provenga de una riña, pues tendría rastros de sangre, tierra o desgarros. Además, la posición del arma y la camiseta permite advertir que fueron acomodadas, pues no es usual el estado mostrado, si se tiene en cuenta que fueron lanzadas al suelo desde la moto en movimiento.

- Sería ingenuo por parte del procesado que al no tener permiso para portar armas, se aproximara con el revólver al lugar donde había muchos uniformados e intentara deshacerse del artefacto belicoso cerca de ellos, máxime que ese grupo se apreciaba a larga distancia.

Para la Delegada, si bien el Tribunal relacionó algunos medios probatorios, no abordó el objeto de conocimiento y desechó unos por ser vecinos o conocidos del procesado, cuando claramente denotaban la falta de objetividad en el relato de los uniformados.

Que lo relacionado con la foto aportada por la defensa fue desestimado por el juez plural al decir que no se había acreditado que correspondiera al lugar, pasando por alto que el *a quo* destacó que las imágenes 7, 8 y 9 corresponden a la calle mencionada y el investigador de la defensa en la audiencia de juicio oral precisó que correspondían al frente de la casa del procesado.

En suma, aseguró que de no haber incurrido en ese yerro el Tribunal habría confirmado la decisión absolutoria de primera instancia, y en este sentido solicitó emitir decisión de reemplazo una vez la Corte case el fallo atacado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala anticipa que casará la sentencia toda vez que, como lo denuncia el demandante y lo avala la representante

del Ministerio Público, el Tribunal incurrió en errores fácticos trascendentes que lo llevaron a emitir sentencia de condena, cuando de no haber incurrido en ellos habría reconocido la existencia de duda probatoria en relación con la responsabilidad de FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA en el delito de porte de arma de fuego.

En este sentido, la falta de solidez de los elementos probatorios aportados por la Fiscalía impide aplicar la norma sustancial que define y sanciona el porte ilegal de armas de fuego, delito por el que fue convocado a juicio GÓMEZ GARCÍA y hace imperioso aplicar el principio de resolución de duda en su favor.

Efectivamente, el juzgador plural no aprehendió las declaraciones de Diana Tassiara Gómez García —hermana de FABIÁN ANDREY—, y Juanita Tenorio Gómez amiga de aquélla, cuyos contenidos develan aspectos importantes que minan la credibilidad otorgada a los Policías Juan Alonso Castro Reyes y Oliverio Amado Suárez cuando éstos afirman que al estar al frente de la casa donde había ocurrido una riña, esto es, en la residencia del acusado, éste arribó en una motocicleta y más o menos a tres metros de distancia arrojó una camiseta donde se encontraba envuelta un arma de fuego.

De un lado, Diana Tassiara Gómez García, indicó en su declaración en juicio que para el momento de los hechos contaba con aproximadamente ocho meses de embarazo,

hacia las diez de la noche del 29 de agosto de 2014 estaba en el balcón de su casa atendiendo la visita de su progenitora, su hermano FABIÁN salió y luego escuchó gritos, se asomó, lo vio peleando con otro un sujeto que lo cogió y le dañó la camiseta, ante eso ella sintió no solo un dolor en el vientre, sino que iba a perder el conocimiento, su madre llamó a FABIÁN y todos salieron a tomar un vehículo para llevarla al hospital, su hermano se fue en la moto dando vía, llegaron a la clínica “San Francisco”, y él la entró alzada, la tenía que subir al piso quinto asignado a las embarazadas pero no lo hizo porque no tenían su cédula, por eso él se devolvió por los documentos de identificación. Preciso que su hermano estaba aruñado, tenía un blujean y una camiseta azul o negra.

Por su parte, Juanita Tenorio Gómez en la audiencia de juicio oral dijo ser amiga de Diana Tassiara y haberla llevado y acompañado a la clínica luego de una pelea que tuvo FABIÁN, quien se fue en la moto y bajó a la hermana para entrarla a la clínica. Señaló que aquél no llevaba algo en la mano, tenía un pedazo de camiseta rasgada de color oscuro, y sólo supo que después lo retuvieron en tanto que Diana seguía hospitalizada con amenaza de aborto.

Ambas deponentes no aportan mayor dato en relación con los momentos concomitantes a la aprehensión de FABIÁN ANDREY, sin embargo, dan cuenta de momentos antecedentes relacionados con la riña, la presencia de él transportando y acompañando a su hermana a un centro

asistencial y principalmente, el motivo por el cual tuvo que retornar a la casa, que no fue otro que el presentar los documentos de identificación de Diana para que pudiera ser atendida en la clínica y es éste último evento el que desdibuja la apreciación del Tribunal cuando sin alguna base fáctica o probatoria atribuyó al procesado un ánimo vindicativo al haber vuelto a su residencia, a la postre lugar de la riña, provisto de un arma de fuego.

Pero hay otra circunstancia que impide determinar el convencimiento de la responsabilidad del procesado, ya que las aludidas declarantes convergen en el hecho que FABIÁN ANDREY portaba una camiseta oscura hecha jirones en virtud de la pelea, lo cual no guarda correspondencia con la imagen fotográfica de una camiseta blanca, en buen estado, sin algún vestigio o marca de lucha previa.

Ahora, en cuanto a la atestación del investigador privado Guillermo Parra García, el Tribunal sin algún soporte cuestionó su idoneidad y lealtad al dudar que el álbum fotográfico aportado correspondiera en verdad a la calle donde estaba ubicada la residencia del procesado, lugar de la reyerta, pasando por alto que aquél al rendir su declaración en juicio explicó que además de ser abogado y haber laborado por muchos años para el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, se había formado como investigador privado con varios cursos de policía judicial.

Pero además de que no hay alguna base para dudar del profesionalismo del investigador, el Tribunal trató bajo una tarifa legal el álbum fotográfico por él aportado, al dolerse que no había otras pruebas demostrativas que las imágenes correspondieran efectivamente a la casa del procesado.

Desde la declaración del policial Juan Alonso Castro Reyes en el sentido que la central de la policía los mandó a atender una riña en el barrio Panamericano y que estaban al frente de la casa donde se había presentado la reyerta, se estableció que correspondía a la calle 30ª 38-28 del barrio panamericano, sitio de habitación de FABIÁN ANDREY.

El citado deponente agregó que estando al frente de ese inmueble vieron a un muchacho llegar en moto y sin camisa, que entre sus piernas y con la mano izquierda traía la camisa, al llegar a ellos a una distancia de tres metros la lanzó al suelo cayendo sobre esa prenda un revólver con estuche de cuero. También aseguró que en el lugar con su teléfono celular tomó las fotografías de la camiseta y del arma, así como de la motocicleta. En el contrainterrogatorio a una pregunta de la defensa insistió en que ambas imágenes habían sido captadas en el mismo sitio de los acontecimientos: *“lo que pasa es que la moto la querían ingresar a la residencia, entonces en el momento exacto no se tomó, porque el señor que vivía en la parte de abajo de la residencia dónde yo llego, pero ahí en el mismo lugar si se tomó”* (se subraya).

Pese a tal atestación hecha por el uniformado bajo juramento, el Tribunal concluyó vehementemente que no era cierto que la foto de la moto correspondiera al mismo lugar donde fue lanzada el arma.

Precisamente para la Corte, adquiere valía el cuestionamiento que hizo el juzgador de primer grado a la fotografía de la camiseta y el arma, ya que la imagen de la superficie difiere a la de una calle destapada que se advertía en la imagen de la motocicleta. Y es que la vía sin asfalto no solo se aprecia en la fotografía que captó la motocicleta, ese estado de la calle coincide con las imágenes aportadas por el investigador privado Guillermo Parra García, situación que le resta razón al Tribunal cuando puso en duda que las fotografías aportadas por la defensa correspondieran al sitio de los hechos.

Contrariamente, el juzgador de primer grado evidenció que perdía fuerza la teoría del caso de la Fiscalía ya que *“no es creíble la existencia de un arma de fuego tres metros al frente de la residencia del señor FABIAN ANDREY GÓMEZ, pues como ha quedado probado la vía está toda completamente sin pavimentar”*. Además, la impostura respecto del hallazgo de los elementos la acreditó también de la fotografía de la motocicleta aportada por la fiscalía, en la cual se apreciaba que efectivamente la vía está sin pavimentar, aspecto éste que se torna relevante ante la manifestación que en juicio hizo el patrullero Castro Reyes en el sentido que la imagen de ese vehículo había sido tomada en el mismo lugar de los hechos, testigo que incluso

ratificó que los objetos habían sido lanzados al frente de una vivienda en un piso rústico.

A lo anterior se suma que si bien el defensor no denominó como yerro de hecho por falso raciocinio la valoración que de las declaraciones de Esperanza García Cardona y Jhon Abad Flórez Sepúlveda hizo el Tribunal, refulge claro que al cuestionar que esas atestaciones fueron desechadas sin mayor fundamentación por el *A quem* por el simple hecho de ser vecinos del procesado abordó un error intelectual judicial.

La primera testigo, además de dar cuenta de la pelea que sostuvo FABIÁN y de la emergencia que se presentó por el estado de salud de la hermana Diana que lo obligó a llevarla a la clínica, precisó que cuando él regresó a la casa por los documentos de su familiar no vio que hubiera arrojado algo, tampoco observó que los policías recogieran algún elemento, ni mucho menos que hubiera tomado fotos en el sitio.

El segundo declarante aseguró que después de que FABIÁN se fue a llevar a la hermana a la clínica, llegaron varios policías en motos y una patrulla, arribó FABIÁN sin camisa y acomodó la moto frente al antejardín de la casa, sin tampoco haberlo visto arrojar algún elemento, que llevara algo en las manos o que la policía recogiera armas.

Tales declaraciones al integrarlas con las omitidas por el Tribunal denotan el estado de incertidumbre, resquebrajando la declaración de justicia hecha por esa Corporación, porque al valorar de manera objetiva, fidedigna tanto individual como en conjunto los medios probatorios no permiten obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA en el delito por el que fue acusado y condenado, lo que apareja su absolución en aplicación del principio de resolución de duda como fundamentador de la presunción de inocencia.

No se debe olvidar que bajo el paradigma que se establece de los artículos 7º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 los medios probatorios han de llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, el aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores o partícipes, y aquí precisamente en cuanto al aspecto subjetivo no media la certeza del compromiso directo del procesado en el porte del arma de fuego.

Es que incluso surge duda respecto del momento de la captura. Según los uniformados el aviso de la central de radio se dio a las 21:53 horas y la aprehensión a las 21:58. El policial Oliverio Amado Suárez, dijo que tras el reporte, no se demoraron dos minutos en llegar, sin embargo, ello no se ajusta con la hora de ingreso de Diana Tassiera Gómez García a la clínica San Francisco (22:30), porque se acreditó probatoriamente que FABIÁN ANDREY acompañó a su

hermana a ese centro asistencia y la alzó incluso para llevarla al servicio de urgencias.

En la misma línea de pensamiento, resulta acertada la consideración del juez de primer grado cuando señaló que no consultaba con las reglas de la experiencia que el procesado sabiendo que no tenía permiso para portar armas, se acercara al grupo de uniformados que notoriamente hacían presencia al frente de su casa y tres metros antes de encontrarse con ellos decidiera arrojar al piso el arma, argumento que no fue refutado por el Tribunal para denotar su irracionalidad al simplemente señalar que *“intentar deshacerse de elementos que ilegalmente se portan es comportamiento que generalmente ejecutan las personas ante la presencia de policías, ello con el fin de evitar que le sean encontrados en su poder”*.

De pareja manera, se mantiene la duda cuando los agentes del orden indicaron que fue a través de la central que se les dio aviso de la riña, no obstante, según información del Mayor Juan Fernando Mora Escobar, Comandante de Policía de la Estación Tuluá no aparece registro de ello en el libro de Población del Segundo Distrito de Policía y Minuta de Guardia del mismo, lo cual afecta aún más la credibilidad de la uniformados Castro Reyes y Amado Suárez, máxime que del aviso ciudadano de la riña se había originado la captura de un ciudadano, de ahí que debía obrar el registro correspondiente en los libros de control policial.

En estas condiciones deviene la prosperidad del cargo casacional formulado por el defensor, avalado por la representante del Ministerio Público, dada la verificación de los errores en que incurrió el Tribunal de Buga, por ello, la Corte Suprema de Justicia en apego al principio *in dubio pro reo* casará la sentencia condenatoria de segundo grado emitida en contra de aquél, en su lugar, confirmará la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá que lo absolvió como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Dado que el procesado se encuentra gozando de la libertad que le fue concedida al momento de emitir sentido de fallo absolutorio, no se hace necesario algún pronunciamiento al respecto.

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

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

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia de 3 de febrero de 2016 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga

que condenó a FABIÁN ANDREY GÓMEZ GARCÍA como autor del delito fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. CONFIRMAR, como consecuencia de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá que lo absolvió del cargo por el que fue llamado a juicio dentro del presente proceso.

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

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria