REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticuatro (24) de abril de dos mil catorce (2014)

ACTA DE APROBACIÓN No 211
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	25-04-14, 10:09 a.m.
Imputado:	Julián Mauricio Gutiérrez Duque
Cédula de ciudadanía:	1.088.256.366 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Concurso punible de homicidio y porte ilegal de armas de fuego
Bien jurídico tutelado:	La vida y la seguridad pública
Procedencia:	Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia con funciones de conocimiento, en comisión en la sede de Apía (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Defensa contra la sentencia del 21-11-12, respecto de la condena del acusado. SE MODIFICA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden concretar así:

1.1.- Los hechos a los cuales se contrae la presente investigación tuvieron ocurrencia el 09-05-12 alrededor de las 23:13 horas, en la carrera 8 con calle 6 esquina del municipio de Apía (Rda.), donde fue ultimado con arma de fuego el señor RUBÉN DARÍO MUÑOZ BERMÚDEZ. Tal acontecimiento fue presenciado por el patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ, porque los hechos sucedieron frente a su residencia, quien pudo observar a una persona que vestía ropa y gorra de color oscura cuando disparó en varias oportunidades contra el hoy occiso. Este testigo indicó que una vez cesaron las detonaciones salió de su residencia y vio al agresor huir, instante en el

cual hicieron presencia unos agentes motorizados de la policía nacional a quienes les señaló al infractor por lo que éstos iniciaron veloz persecución y unas cuadras más adelante fue capturado el ciudadano **JULIÁN MAURICIO GUTIÉRREZ DUQUE**.

1.2.- Por ese acontecer y a instancias de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Apía (Rda.) con funciones de control de garantías (11-05-12), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión, (ii) se le imputó concurso heterogéneo de homicidio y porte ilegal de armas de fuego, cargos que el indiciado NO ACEPTÓ; y (iii) se impuso como medida de aseguramiento la detención preventiva de carácter intramural que aún soporta.

1.3.- Ante ese no allanamiento unilateral a los cargos, el asunto pasó al conocimiento de la señora Juez Promiscuo Penal del Circuito de La Virginia (Rda.) -por impedimento del Juez Promiscuo del Circuito de Apía-, autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (03-08-12) en la cual se hicieron los mismos cargos que al momento de la imputación, preparatoria (05-09-12), juicio oral (02-10-12 y 03-10-12) y lectura de sentencia (21-11-12) por medio de la cual: (i) se declaró al acusado **GUTIÉRREZ DUQUE** responsable penalmente por el delito de homicidio simple en concurso heterogéneo con el punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal; (ii) se le impuso pena privativa de la libertad equivalente a 288 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años; (iii) no se condenó al pago de perjuicios por cuanto las víctimas no promovieron el incidente de reparación integral; y (iv) se le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.5.- La defensa se mostró inconforme con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual se dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1- Defensor -recurrente-

Dice no compartir la valoración probatoria con fundamento en lo siguiente:

- La juez cimentó su fallo con el testimonio del patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ, testigo presencial del acto criminoso, pero sin un análisis lógico sobre el vital y medular aspecto de que el arma de fuego con la que se ultimó al señor RUBÉN DARÍO MUÑOZ BERMUDEZ jamás fue encontrada en poder de su defendido, ni en el lugar de los hechos, y tampoco por el supuesto trayecto por donde éste corrió.

- Le llama la atención el hecho que el testigo presencial no vio la cara del agresor, siempre lo vio de espaldas cuando disparaba y cuando huía, e insiste en que nunca se le halló en su poder el arma de fuego.

- El análisis que efectuó la juez sobre este testigo presencial fue parcializado y sólo tomó apartes del mismo para cimentar su decisión y olvidó analizarlo de forma integral.

- Tampoco examinó la funcionaria de forma detallada el testimonio del otro testigo presencial y quien acompañaba a la víctima, señor MANUEL GARCÍA OCHOA, porque en su declaración dijo que no observó al patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ en el lugar de los hechos, mucho menos verlo cuando tomaba los signos vitales a su amigo, a sabiendas que ambos observaron al agresor huir del sitio del crimen, y que tampoco observó a los policías motorizados que arribaron al lugar.

- Le pareció sospechoso que el patrullero que supuestamente presenció los actos criminosos -WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ- entrevistara a una persona que vio correr al agresor, es decir, la señorita LEYDI ALEJANDRA PEÑA, lo cual -a su parecer- va en contravía de la ética institucional y merece ser investigado disciplinariamente porque si él era testigo no podía a su vez asumir las funciones de investigador del caso.

- Extrañó el resultado de la prueba de residuos de disparos que se le practicó a su representado y a la que él de forma voluntaria asintió, ya que la misma hubiera servido para dilucidar el asunto, porque tiene la firme convicción que el resultado fue negativo y por eso la Fiscalía no presentó ese dictamen.

- No se apreció por parte de la sentenciadora el testimonio de la señora LUZ DARY LÓPEZ GARZÓN, dueña de la residencia en la que se hospedaba su defendido, y nada dijo sobre los allanamientos practicados al inmueble.

- Por último, sostuvo que la prueba del delito de porte ilegal de armas es nula, porque no se presentó documento idóneo para probar que el acusado no tuviera permiso para portar armas.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Contrario a lo expuesto por la defensa, dice estar convencido de la responsabilidad del justiciable, para lo cual argumenta:

- Refiere que es verdad que por el lugar de huida del incriminado no había forma de ocultar un arma de fuego, pero si el homicida actuó con ayuda de otro u otros era posible que en la huida la hubiera entregado o desprenderse de ella sin ser visto.

- Por el hecho de no haberle encontrado el arma de fuego en nada descalifica el testimonio del policial, porque reitera, el agresor tuvo tiempo de desprenderse del arma sin ser visto, máxime que era de noche.

- Sobre el testimonio del señor MANUEL GARCÍA OCHOA, quien acompañaba momento antes a la víctima, le da toda credibilidad y si bien afirmó no haber visto al patrullero cuando salió de su casa a tomarle los signos vitales a su amigo, esta circunstancia fue producto del pánico, del schok, pero lo que sí quedó claro fue que vio correr al agresor calle abajo.

- Culmina su exposición con el argumento que del contenido el artículo 381 C.P.P. no se infiere que se requiera plena certeza para llegar al convencimiento que una persona es culpable o no culpable.

3.- consideraciones

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal establecer el grado de acierto que contiene el fallo opugnado, a efectos de determinar si la decisión de condena impuesta está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de una sentencia absolutoria.

3.3.- Solución a la controversia

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no sólo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Se avizora de entrada que las pruebas obtenidas fueron allegadas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

No se ha puesto en duda la real ocurrencia del hecho cometido con arma de fuego en la humanidad del señor RUBÉN DARÍO MUÑOZ BERMÚDEZ, hoy occiso; lo que se discute y es objeto de apelación, no es nada diferente a lo atinente con la responsabilidad que en esos hechos puedan tener el aquí comprometido.

Como se indicara al comienzo, se trata de unos acontecimientos ocurridos el 09-05-12 alrededor de las 23:13 horas, en la carrera 8 con calle 5 esquina del Municipio de Apía (Rda.), lugar a donde hizo presencia la autoridad de policía que patrullaba por el sector, instantes después de haber escuchado varias detonaciones.

Al dirigirse los uniformados al sitio de los acontecimientos, un patrullero de la Policía Nacional que se encontraba de descanso les señaló a un sujeto que iba corriendo calle abajo como el autor del hecho de sangre donde perdió la vida el señor RUBÉN DARÍO MUÑOZ BERMÚDEZ, a consecuencia de lo cual

lograron observar cuando el individuo que portaba ropa y gorra oscuras volteó dos cuadras más abajo, y de forma veloz salieron en su persecución. Aseguraron que se percataron que fue el mismo individuo que pudieron observar cuando giraba la esquina y por eso lo interceptaron; además, cuando le practicaban una requisa el patrullero que presenció los acontecimientos les informó que dicha persona fue la misma que observó cuando disparaba, a consecuencia de lo cual fue capturado y puestos a disposición de la autoridad competente.

El patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ fue insistente en afirmar que esta persona fue la ejecutora del crimen, al tiempo que quien acompañaba a la víctima -MANUEL GARCÍA OCHOA- y una mujer que transitaba por el sector -LEIDY ALEJANDRA PEÑA HERNÁNDEZ- informaron que vieron correr a una persona de contextura delgada, estatura media, quien vestía gorra y prendas oscuras.

Analizado en su conjunto el material probatorio aportado al juicio, encuentra la Sala que es evidente que en el presente asunto sí se presentó una debida identificación e individualización del responsable en el ilícito, no solo por parte de una sino de varias personas que se encontraban en el sector, quienes desde el mismo momento de sucedido el hecho de sangre señalaron y vieron en forma directa y contundente al aquí acusado **JULIÁN MAURICIO GUTIÉRREZ DUQUE** como el autor material del homicidio en la persona que en vida respondía al nombre de RUBÉN DARÍO MUÑOZ BERMÚDEZ.

No obstante ello, la defensa inconforme con el fallo de condena centra su disenso en tres situaciones en particular: la primera tiene que ver con las declaraciones de cada testigo que a su modo de ver no tienen la suficiente fuerza de convicción para edificar una sentencia condenatoria; la segunda hace relación con la insuficiencia de la prueba incriminatoria, porque no se halló el arma utilizada para exterminar la vida de MUÑOZ BERMÚDEZ; y la tercera tiene que ver con el no allegamiento al juicio de otras pruebas que hubieran podido influir sustancialmente -según dice- en la determinación judicial, como lo es el resultado de la prueba de absorción atómica.

Con respecto al primer punto problemático, dirá el Tribunal que como bien es sabido, en todo testimonio debe procederse a un control por el aspecto OBJETIVO y a un control por el aspecto SUBJETIVO. El primero comprende la idoneidad física, como capacidad y madurez intelectual no sólo permanente

sino transitoria al momento de declarar, en relación con las circunstancias que rodean la percepción, y el objeto materia de la vivencia. Se toma aquí la declaración en sí, o en relación con otra del mismo sujeto o con otra declaración de diferente testigo -confrontación-, en otras palabras, se analiza el testimonio en su contenido. El segundo -control subjetivo-, comprende la idoneidad moral, que hace alusión al examen del INTERÉS que el testigo pueda tener en el proceso.

Pero además, se debe hacer un juicio sobre: (i) El aspecto FORMAL, que hace alusión a las ritualidades procesales que deben observarse con sanción de inexistencia; (ii) La CREDIBILIDAD del contenido, referido tanto a los hechos que el testigo afirma, como al modo en que dice los percibió; (iii) La VEROSIMILITUD, que es la conformidad del contenido del testimonio con lo que la experiencia nos indica como ordinario modo de ser y de actuar de las cosas y de los hombres; (iv) Los posibles ERRORES DE LA PERCEPCIÓN, que no son producidos por condiciones particulares del testigo, sino que pertenecen por el contrario a su apreciación objetiva; (v) La CERTEZA e INDUBITABILIDAD en el testigo, (vi) La NO CONTRADICCIÓN, pues tiene que ser DETERMINADO, haciendo constar la causa de su conocimiento o la razón de su dicho, y (vii) Su carácter de PERMANENCIA, pues no debe revestir contradicciones sustanciales o esenciales cuando la persona es llamada a declarar varias veces.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el análisis del contenido de los testimonios por el factor netamente objetivo, que es concretamente en donde radica la discrepancia que se plantea en el recurso, lo importante conforme a la valoración de la prueba testimonial es que los contenidos sean *esencialmente homogéneos*, admitiéndose por la misma naturaleza humana disparidades corrientes porque no puede aspirarse a la obtención de declaraciones perfectamente iguales, y es ese precisamente un síntoma de su lealtad con la verdad.

Lo que se acaba de decir es la síntesis del pensamiento uniforme que ha tenido la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, no sólo de ahora sino desde siempre, incluso podríamos asegurar que es esta quizá una de las posiciones más reiterativas de la Alta Corporación como lo podemos ilustrar en el tiempo con la siguiente secuencia histórica de

referentes, de los cuales pasamos a mencionar someramente algunos apartes de interés para el caso concreto:

En la década de los 70's se observa la sentencia del 14-07-75, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, en la cual se expresó en relación con la contradicción en los testimonios:

> "No se puede pedir igual precisión para el recuerdo de los hechos fundamentales que para los que son simplemente cosas accidentales, ni se puede desechar la declaración que incurre en contradicciones para acatar solamente las que coincidan plenamente como si hubieran sido vertidas en un mismo molde".

En similar sentido la sentencia del 30-09-77, M.P. Dr. José María Esguerra Samper, cuando enfatizó:

> "Teniendo en cuenta el largo tiempo transcurrido entre los hechos que narran los testigos y el momento en que se les amplió sus declaraciones, es apenas natural que sus relatos ofrezcan ciertas lagunas y contradicciones. Lo sospechoso, lo inverosímil habría sido lo contrario. De conformidad con los dictados de la crítica testimonial, si tales declaraciones hubiesen sido coincidentes hasta en sus más mínimos detalles, habrían carecido de toda credibilidad. Los varios integrantes de un grupo de testigos no pueden tener idéntico recuerdo de un mismo acontecimiento percibido por ellos, ni poseen la misma memoria, ni todos los hechos que percibieron pueden ser conservados en la mente y evocados y relatados luego con igual nitidez".

Para la década de los 80's observamos la sentencia de casación penal del 10-02-81, M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto, en la cual se precisó con holgura que las aparentes contradicciones entre los diferentes testimonios no constituyen motivo alguno para restarles credibilidad:

> "El cotejo de testimonios es un socorrido método para pretender desvirtuar su credibilidad con base en sus aparentes contradicciones, frecuentes en esta clase de pruebas ya que, si ellos son sinceros y espontáneos, fácil será encontrar divergencias de palabras y modos de expresión entre unos y otros.

> "No pueden existir, dice Tesauro, 'dos testimonios idénticos'. Y este mismo autor cita a Fiore quien dice: 'Para que dos testimonios sobre un mismo hecho -que en realidad es un estímulo- fuesen perfectamente idénticos, deberían ser perfectamente idénticos los dos procesos nerviosos en virtud de los cuales la realidad se transforma en conocimiento y testimonio; y en consecuencia deberán ser idénticos los dos sistemas nerviosos que aquellos procesos elaboran".

Posteriormente, ya en la década de los 90´s, encontramos la sentencia del diecisiete 17-10-90, M.P. Dr. Eduardo García Sarmiento, en la cual se informa:

> "Como ya lo ha dicho esta Sala en providencias varias, según el sistema de la persuasión racional el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones responsivas, exactas y completas. Es responsivo el testimonio, cuando cada contestación se relata dando la razón de la ciencia de lo dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó al conocimiento del deponente; exacto cuando la respuesta no deja lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omite circunstancias fácticas que puedan ser influyentes o relevantes en la cuestión litigada".

Para una mayor precisión sobre la temática en ciernes, la doctrina patria también ha elaborado una guía de interpretación que podemos sintetizar de la siguiente manera:

El autor JAIRO PARRA QUIJANO, en su obra Tratado de la Prueba Judicial refiere a fl. 94 y s.s.:

> "El testimonio debe aparecer consistente y armónico en los hechos narrados entre sí y en relación con la razón de la ciencia del dicho. Esta consistencia y armonía también se exige frente a la pluralidad de declaraciones de la misma persona.
>
> Contradicciones tales como el narrar varios hechos que se excluyen entre sí, o cuando los hechos narrados no tienen relación alguna con la razón del conocimiento que adujo el testigo, restan eficacia probatoria a la declaración.

> El funcionario judicial debe examinar cuál es el motivo de las contradicciones y aún de las retractaciones, para valorar la prueba, **no en todos los casos tales actitudes obedecen a falta de sinceridad del testigo**".

Como fácilmente se advierte, es común a la naturaleza humana la no relación milimétrica de todo lo acaecido, siendo sólo trascendente la contradicción en aquellos factores que sean esenciales al relato con incidencia directa en el objeto de conocimiento y vinculante para los resultados del proceso penal.

Con fundamento en todo lo antes dicho y descendiendo al caso concreto, encontramos que el defensor ha sido insistente en la descalificación del testigo principal, nos referimos al patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ, con fundamento en que no fue visto por quien acompañaba a la víctima cuando le tomaba a ésta los signos vitales, y no coincidieron de forma simultánea en ver correr al agresor.

Para esta Corporación, tal inconsistencia que resalta la defensa es totalmente insustancial, no hace parte de la esencia del relato que nos ofrece el testigo, y se explica:

Una lectura exacta de la exposición que hizo quien acompañaba la víctima antes del suceso, señor MANUEL GARCÍA OCHOA, nos enseña que al entrar a su residencia escuchó dos detonaciones, quedó aturdido, y cuando reaccionó se asomó a la puerta y vio a su amigo tirado en el piso y observó a una persona con ropa oscura y con algo en la cabeza -no identificó bien si era una gorra o una capucha- que corría calle abajo -corresponde a la calle 6- y no vio a nadie más. En ese instante entró en pánico, retornó a su casa para llamar a su mamá y a su hermano, y al rato cuando volvió a salir ya estaba la policía y varias personas del sector.

Pues bien, si comparamos este testimonio con el del patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ, es forzoso concluir que guardan mucha similitud, pues ambos coinciden en afirmar que luego de escuchar los disparos vieron a una persona con vestimentas oscuras y con algo en la cabeza -gorra o capucha- correr calle abajo. La única diferencia en estos relatos es que POSADA RAMÍREZ lo apreció en el instante en que disparaba y al salir de su casa lo vio correr con el arma en la mano, mientras que GARCÍA OCHOA no vio cuando el referido sujeto disparó, como tampoco le vio el arma en la mano cuando bajaba por la calle 6. Diferencia en el relato que tiene cabal

explicación, porque el primero es miembro activo de la Policía Nacional y en razón del entrenamiento que ha recibido resulta bastante creíble que se asomara cuando escuchó las primeras detonaciones y pudo ver a una persona que disparaba y como no tenía su arma de dotación esperó el momento preciso para salir de su casa, todo para salvaguarda su integridad personal.

Ahora, que no hayan coincidido al momento de salir ambos de sus residencias para ver correr al agresor, también tiene sentido, porque no se puede pasar inadvertido que GARCÍA OCHOA en momento alguno salió de su casa, él simplemente se asomó y vio tirado a su amigo en el suelo, instante en el cual apreció cuando el agresor corría y se entró de nuevo; en cambio, POSADA RAMÍREZ sí salió del todo de su vivienda y no solo vio correr al agresor sino que apreció el instante en que le disparaba a la víctima a quien procedió a tomarle los signos vitales, e incluso tuvo la oportunidad de señalarles a los agentes de la policía motorizada que llegaron de inmediato al lugar a la persona que momentos ante había percutido en varias oportunidades el arma de fuego, y precisó que fueron dos cuadras hacia abajo las que corrió el agresor, es decir, que no es descabellado afirmar que primero se asomó don MANUEL quien estaba a un metro del portón y luego salió WILSON LEANDRO.

Nótese que la reacción del patrullero fue acorde con su entrenamiento policial, guardó la calma, señaló a los motorizados el lugar por donde huía el agresor, mientras que la de don MANUEL fue de pánico y de autoprotección.

Todo lo anterior concuerda con la declaración del agente captor, quien también tuvo la oportunidad de ver correr al agresor, y es contundente en afirmar que la persona que aprehendió fue la misma que vio acelerar el paso con el fin de evadir su persecución.

Pasando ahora al análisis de las restantes censuras que contiene el recurso, tenemos:

- *La pérdida de visualización al momento de la persecución y el no hallazgo del arma*

Se supo que hubo un lapso en que perdieron de vista al agresor porque fueron casi dos cuadras sin tener contacto visual y no se dio con el paradero del arma homicida; sin embargo, como lo informa con acierto el no apelante, ello no significa necesariamente que entonces no fue el capturado el

verdadero autor, porque como ya se indicó, el agente captor que declaró en juicio fue enfático en sostener que el aprehendido fue el mismo que persiguió y ello lo corroboró el testigo principal POSADA RAMÍREZ, y lo único que tal situación traduce probatoriamente hablando en cuanto al arma se refiere, es su efectivo ocultamiento mas no su inexistencia, ya que pudo arrojarla a un entejado o hacia otro sitio.

- *Resultado de la prueba de absorción atómica*

La defensa intenta soslayar que tal resultado debió ser negativo porque no fue presentada en juicio por parte de la Fiscalía, pero sobre el particular ha de decirse que este tipo de resultados en modo alguno puede probar que una persona haya o no disparado un arma de fuego.

Precisamente por ello, la jurisprudencia atinente a ese particular punto en controversia ha coincidido en afirmar que esa prueba de absorción atómica o de residuos de disparo es ambigua para la investigación:

> "Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia[1], el resultado positivo, a lo sumo, es indicativo de la presencia de residuos de disparo en las manos del sospechoso, pero no de su autoría; por distintas razones es posible que el hallazgo de plomo, antimonio, bario y cobre, no sea la consecuencia de haber disparado un arma y, viceversa, la ausencia de estos elementos puede ser el resultado de la prueba practicada en una persona que si disparó un arma".[2]

En síntesis: si **JULIÁN MAURICIO** fue visto disparar contra la humanidad del hoy interfecto, fue perseguido, fue aprehendido con las misma vestimenta -ropa y gorra de color oscuros-, no obstante el no hallazgo del arma homicida en su poder, la conclusión sana en lógica no puede ser diferente a la que contiene el fallo confutado, porque si bien no se le vio la cara al momento en que disparó su arma, sí se describió su vestimenta como quiera que por cada cuadra que pasaba había una lámpara que reflejada su presencia.

- *Allanamientos*

---

[1] *C.S.J.*, casación penal del 06-09-01, radicación 14.587, y 13.871 de 21-02-02, entre otras.
[2] *C.S.J.*, casación penal del 17-02-10, radicación 29.734.

Es verdad la práctica de allanamientos en la residencia donde se hospedaba el hoy acusado **GUTIÉRREZ DUQUE**, con resultados infructuosos, pero los mismos se hicieron al día siguiente de los hechos, y tenían su razón de ser en el conocimiento que se poseía acerca de la existencia de dos personas más acompañando al acusado, de las cuales no se supo finalmente el rumbo que tomaron. Pero como bien lo asintió la señora LÓPEZ GARZÓN, ella siempre permitió la entrada de los agentes y no avizoró que con tal proceder se haya transgredido derecho alguno.

- *Entrevista por parte del testigo principal a otra testigo*

Llamó la atención del togado el hecho que el patrullero WILSON LEANDRO POSADA RAMÍREZ le tomó una entrevista a la testigo LEIDY ALEJANDRA PEÑA HERNÁNDEZ, lo que supuestamente no podía hacer porque en su condición de testigo no podía asumir la de investigador; sin embargo, en criterio del Tribunal si bien se trata de una situación sui generis, ello en modo alguno afecta la verticalidad del relato efectuado por la citada PEÑA HERNÀNDEZ, como quiera que en el testimonio que rindió en juicio contó lo por ella percibido, y añadió que tal apreciación la había referido a un familiar del occiso, a consecuencia de lo cual fue citada por la policía, pero en momento alguno se percibió en su testimonio algún grado de mentira o engaño.

A todo lo anterior se aúnan estas otras consideraciones desfavorables al procesado:

El testimonio de la señora LUZ DARY LÓPEZ GARZÓN deja muy mal librado al acusado porque mientras ella refiere que lo conoce porque estuvo dos o tres días en su residencia, el acusado cuando renunció a su derecho a guardar silencio sostuvo que él y sus amigos decidieron quedarse la noche de su captura en Apía porque era muy tarde y continuarían su recorrido al día siguiente; luego entonces ¿quién dice la verdad?

De todas formas si tomáramos como cierta la excusa que ofreció el acusado en el sentido que él y sus amigos se dirigían al municipio de Itsmina (Chocó) en busca de empleo, cabe preguntarnos: (i) ¿por qué les cogió la noche en Apía, cuando sabemos que de esta capital a ese municipio hay una diferencia de apenas 1 hora y 40 minutos?, no hay nada que justifique la parada en Apía; (ii) ¿si el acusado se encontraba en la plaza principal cuando escuchó

los disparos, por qué fue capturado siete cuadras más adelante por la policía motorizada quien también se encontraba en la plaza principal y salieron de forma inmediata al lugar de donde provenían las detonaciones, a sabiendas que él andaba a pie? -La información de las siete cuadras se extrae de los testimonios que rindieron el policía captor HÉCTOR FABIO GARCÍA GRAJALES y el topógrafo del CTI JORGE ELIECER MARTÍNEZ BETANCUR, el primero cuando afirmó que del lugar de los hechos al parque principal hay 3 cuadras, mientras el segundo indicó que del lugar de los hechos al sitio de la captura hay 4 cuadras-; (iii) ¿por qué no acudieron sus amigos en su defensa, ni el día de su captura, ni el día del juicio?.

Téngase en cuenta, valga anotarlo, porque alguna alusión hizo sobre el particular el delegado Fiscal como no recurrente, que para llegar al proferimiento de un fallo de condena basta la verdad formal que se desprende del acervo probatorio, y no indispensablemente la verdad material que nunca estará al alcance del juez. Sobre ese particular se ha dicho:

> "En los Estados de Derecho contemporáneos, para administrar justicia sigue siendo necesario acceder a una verdad acerca de lo ocurrido. Pero **se abandona la idea de llegar a verdades absolutas, y se opta por una aproximación confiable o razonable al conocimiento de esa verdad**; esta es una noción normativa de verdad y un aspecto fundamental de la lógica del método judicial moderno, pues se parte del supuesto de que una vez agotado el trámite de manera adecuada, la conclusión a la que llegue el juez debe revestirse políticamente con las presunciones de veracidad y legalidad. Esto implica muchas cosas relevantes. En primer lugar, que al Juez no le es exigible que agote la totalidad de las pruebas susceptibles de practicarse para que se forme un juicio acerca de la realidad de lo ocurrido; **el primer fin del proceso no es llegar a la verdad, sino aproximarse tanto como sea razonablemente posible, lo que se traduce en hacer el mejor esfuerzo por establecer lo realmente ocurrido.**[3]

En lo único que sí acierta la Defensa es en relación con el delito de porte de armas de fuego, punible sobre el cual no se aportaron pruebas de cargo que demostraran que el acusado en verdad no contaba con el permiso para llevar consigo ese tipo de artefactos.

---

[3] BARBOSA CASTILLO, Gerardo. "Estructura del Proceso Penal. Aproximación al Proceso Penal Colombiano", en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Publicación del Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá D.C. 2004, pg. 81.

Al respecto debe precisar el Tribunal que si bien no cabe duda acerca de la materialidad de la conducta de homicidio con arma de fuego, como quiera que precisamente el deceso fue producto de heridas ocasionadas con esa clase de artefacto según el protocolo de necropsia, y por lo mismo queda claro que el homicida lo llevaba consigo, no se puede sostener lo mismo en cuanto a la demostración del ingrediente normativo "sin permiso de autoridad competente" que contiene el dispositivo 365 del Código Penal.

Es así porque como bien lo sostiene la defensa, por parte de la Fiscalía no se allegó la certificación del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares, en donde se hiciera constar que **GUTIÉRREZ DUQUE** carecía del permiso para la tenencia y/o porte de instrumentos de fuego, como tampoco ningún otro elemento de conocimiento que probara ese aspecto, lo cual impide que se arribe a la certeza requerida para determinar la ilegitimidad en el porte atribuido.

Lo concluido por la Sala en ese sentido, se sustenta en la posición que sobre el asunto tiene el órgano de cierre en materia penal, así:

> "[…] **2.2.** La Sala, en reciente providencia del sistema acusatorio[4] (que, dadas sus repercusiones sustanciales, también tiene aplicación para la Ley 600 de 2000), sostuvo que el ingrediente del tipo objetivo "*sin permiso de autoridad competente*", contemplado en el artículo 365 del Código Penal, tiene que probarse con medios de conocimiento distintos a los relacionados con la simple posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición. Lo anterior, por lo siguiente:
>
> Dicho elemento tiene un indiscutible componente descriptivo, en el sentido de que alude a una situación fáctica según la cual el agente debe realizar la acción sin contar con autorización o salvoconducto legal. *(ii)* La Fiscalía tiene la carga procesal de sustentar tal ingrediente típico con medios probatorios. *(iii)* Por lo tanto, no es posible 'presumir' la configuración de dicho enunciado sin que haya prueba de la cual pueda predicarse su existencia. Y *(iv)* tampoco podrá extraerse argumentativamente, ni siquiera con base en máximas de la experiencia".[5]

[4] *C.S.J.* casación penal del 02-11-11, radicado 36544.
[5] *C.S.J.* casación penal del 25-04-12, radicado 38542.

En similares términos se pronunció esa misma Alta Corporación en decisión del 07-11-12, radicado 36578, obsérvese:

> "[…] Esta Corporación ya se pronunció en dos oportunidades sobre esta temática[6]: En un primer evento, con ocasión a la insistencia oficiosa promovida por uno de los Magistrados integrantes de la Sala que no había participado en la decisión de inadmisión de la demanda de casación quien consideró, entre otros aspectos y en relación con la condena por los delitos de porte ilegal de armas, que no es viable mantener su vigencia, cuando se soslaye acreditar la materialidad del punible y la motivación de condena, sea insuficiente en su soporte.
>
> En el segundo, atendiendo también a la motivación legal de los fallos, la Corte precisó[7], que el punible de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones* descrito en el artículo 365 del Código Penal[8], contiene en el supuesto de hecho descrito por el legislador, un ingrediente objetivo del tipo -sin permiso de autoridad competente-, consistente en la carencia del sujeto activo del comportamiento de la licencia o autorización administrativa para portarlas, elemento que judicialmente y para impartir condena debe estar debidamente acreditado.
>
> Del mismo modo, que su demostración no es suficiente con elementos de persuasión relacionados con la mera posesión, tenencia o porte del arma de fuego o de la munición, sino que para ello es necesario partir de datos o hechos de naturaleza objetiva, emanados de los medios conocimiento recaudados durante la audiencia del juicio oral, incluso, estipulación de las partes en ese sentido, que permita concluir de manera razonable y fundada que la posesión o tenencia del arma o munición adolece de amparo jurídico.
> […]
>
> Agrega la Corte, que en el evento en que no se cuente con la circunstancia como fundamento fáctico para declarar la ocurrencia del ingrediente objetivo del tipo –sin permiso de autoridad competente-, ésta no se puede presumir argumentativamente, porque se desconocería el mandato legal por el cual se impone la carga de la prueba en el órgano de persecución

---

[6] *C.S.J.*casación penal del 08-06-11, radicación No. 33202; y de 25-04-12, radicación 38542.
[7] *C.S.J.*casación penal del 02-11-11, radicación 36544.
[8] *"Artículo 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.* ***El que sin permiso de autoridad competente*** *importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de…"(Destaca la Sala).*

> penal; y en donde se pretenda superar esta exigencia mediante la proposición de una máxima empírica sin soporte probatorio para el enunciado fáctico esencia de acreditación, se incurre en la transgresión de la presunción de inocencia, si por ese camino se declara demostrada un elemento relevante para la configuración del hecho punible".

De otra parte, debe decir la magistratura que no corresponde a la defensa probar que el acusado no contaba con el permiso para portar armas, porque no puede presumirse que todos los colombianos tienen autorización para llevar consigo ese tipo de artefactos, cuando ello es excepcional. Además, el argumento fundado en el principio de la carga dinámica de la prueba no aplica, dado que, como acaba de verse, no basta la mera argumentación para demostrar la falta de ese permiso.

Incluso, en precedente del 25-05-12 bajo el radicado 33660, el órgano de cierre itera que es a la Fiscalía a quien corresponde presentar las medios de persuasión que soportan la acusación, por lo que no puede entenderse que por virtud de la carga dinámica de la prueba queda relevada de esa obligación, pues ello estaría en detrimento de la presunción de inocencia que le asiste al acusado. Por tanto, la interpretación que debe darse a ese principio es que a cada parte le corresponde probar sus afirmaciones, es decir, que la defensa debe presentar los elementos de convicción que tenga a su alcance para controvertir los aportados por el ente acusador.

Los apartes pertinentes del pronunciamiento en cita rezan:

> "[…] El concepto de carga dinámica de la prueba, al que alude la cita anterior, ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala con ocasión especialmente de la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca[9]. Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es

[9] *C.S.J.*, casación penal del 09-04-08, radicación 23754, criterio reiterado en la casación 31147 del 13-05-09.

> controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o acusado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.[10]
>
> En manera alguna, el principio de la carga de la prueba implica relevar de la obligación que le compete al Estado, e invertir, en trasgresión de los derechos fundamentales del acusado, la presunción de su inocencia para que ahora, sea a él a quien se le exija probar este aspecto; **la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador.** […]" (negrillas fuera de texto)

En esos términos, la Sala revocará la condena solo por el punible de porte ilegal de armas de fuego y en todo lo demás se confirmará porque hay lugar a asegurar que la juez de primer grado hizo un análisis adecuado de las pruebas y demás elementos de convicción obrantes en el plenario, que la condujeron a la certeza más allá de toda duda acerca de la responsabilidad del procesado en los hechos por los cuales fue convocado a juicio.

Punibilidad

Como quedó establecido, el sentenciado deberá responder como autor de la conducta punible de homicidio simple -artículo 103 del Código Penal modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004-, y se respetará la pena impuesta por la juez a quo para este delito en particular.

Así las cosas al sustraerse el monto de la pena por el punible de porte ilegal de armas, se fijará por tanto como pena principal privativa de la libertad la de 240 meses de prisión.

La pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones pública quedará igual como quiera que la funcionaria a quo respetó el tope de los 20 años establecida para ella en la legislación penal.

---

[10] *Ibídem*

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

FALLA

PRIMERO: SE REVOCA PARCIALMENTE el fallo objeto de recurso, en el sentido de absolver al acusado **JULIÁN MAURICIO GUTIÉRREZ DUQUE** por el punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

SEGUNDO: SE CONFIRMA la condena impuesta al mismo procesado por la conducta punible de homicidio simple voluntario, a consecuencia de lo cual la pena privativa de la libertad impuesta quedará en 240 meses de prisión, de conformidad con lo establecido en la parte motiva.

TERCERO: En todo lo demás se confirma la decisión adoptada por la primera instancia.

CUARTO: Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ