



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP1898-2021

Radicación No. 48418

(Aprobado Acta No.118)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de Leiver de Jesús Mestra Arbeláez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Penal del Circuito de Cereté y lo condenó por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En la sentencia recurrida el Tribunal declaró la situación fáctica señalando que *“el día 22 de marzo de 2013, dos agentes de la Policía Nacional se encontraban realizando patrullaje en el corregimiento de Berasategui, municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) cuando fueron informados desde la central de radio que en el establecimiento comercial de nombre El Caguán ubicado en el citado corregimiento, se encontraba una persona portando una arma de fuego, a la cual describían e indicaron cómo estaba vestida. Dicha persona al notar la presencia de los agentes del orden emprendió la huida, pero fue alcanzada de inmediato por uno de ellos y al requisarlo le encontró en la pretina del pantalón un arma de fuego – pistola calibre 7.65 – identificado el portador del arma como Leiver de Jesús Mestra Arbeláez, quien nunca ha tenido licencia para portar arma de fuego.”*

2.- Al día siguiente, ante el juez de control de garantías, la Fiscalía le formuló imputación a Mestra Arbeláez por la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 356 C.P.), cargo que no aceptó y por el cual, posteriormente lo acusó en diligencia verificada el 12 de septiembre de ese mismo año.

3.- Agotado el trámite del juicio el 5 de agosto de 2014 el juzgado de conocimiento dictó en favor del acusado sentencia absolutoria, la cual, apelada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, revocó el Tribunal de Montería mediante proveído del 4 de abril de 2016, en el que le impuso 108 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, en su condición de autor de la conducta punible referida.

4.- Con el fin de garantizar el derecho constitucional de doble conformidad, la Corte admitió la demanda de casación presentada por la defensa de Mestra Arbeláez y dispuso el trámite de sustentación de conformidad con lo previsto por el Acuerdo 20 de 2020.

DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente denuncia:

1.- La violación directa de la ley por falta de aplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de una norma de derecho sustancial. En su criterio, el fallo recurrido omitió aplicar los artículos 29 y 230 de la Constitución, en su orden, referidos al derecho a la prueba como elemento esencial del debido proceso, y al imperativo de que los jueces sometan sus decisiones al imperio de la ley. El Tribunal valoró en forma desmedida y sesgada los testimonios de los agentes de policía que aprehendieron al acusado, sin considerar que el juez de conocimiento los tachó y ordenó investigar a los uniformados por posible falso testimonio al considerar reiterativa esa actitud de los uniformados en los estrados judiciales. Por contraste, asegura, desconoció la veracidad transmitida por los testigos de la defensa.

La situación – considera el actor – desconoce el mandato constitucional que le otorga al procesado el derecho a aportar pruebas a la actuación y controvertir las que se alleguen en su contra, toda vez que el Tribunal, sin más, consideró que los

uniformados no tenían interés en perjudicar al acusado, ya que ninguna prueba refiere que conocieran previamente a Leiver de Jesús Mestra Arbeláez, de manera que no tenían motivo para modificar los hechos y afectarlo con señalamientos injustos.

En forma adicional, el Tribunal omitió las reglas de la experiencia *“porque paradójicamente a lo dicho por la Sala el interés de todo funcionario de orden público, sea de la policía o del ejército es legitimar y legalizar su mal proceder, con el fin de no tener una nulidad de sus procedimientos, pero además y contrario a lo dicho por la Sala Penal de Montería, cada acto de regulación policial o militar tendría un interés para el funcionario en este caso para los policiales involucrados, pues cada acto de captura, de resolución de un procedimiento de orden público es para ellos un positivo, es decir, una estadística a favor de su hoja de vida y una estadística en su favor para un acceso (sic) o incluso unos días de vacaciones.”*

Los uniformados en este caso - *agrega* - tenían interés en alterar la verdad porque *“habían realizado un procedimiento irregular, violento y peligroso, pues hacer tiros así sea al aire, es supremamente peligroso, por otro lado y con respecto al manejo perverso y sesgado de la escena de los hechos por parte de policía y militares se convirtió en un problema público y es precisamente la casuística y la historia de nuestro País, las que nos da (sic) la razón y autoridad de desconfiar de los testimonios de los policiales involucrados en el caso de marras y qué lástima que la Sala Penal de Montería, haya actuado de manera ingenua, dándole una credibilidad suprema al testimonio espurio de los agentes, cuando la historia y la casuística nos han demostrado que el principal precursor para la aparición de falsos positivos y en especial son los incentivos ofrecidos por los superiores y con destino para los militares y policías son verdaderos precursores para que estos realicen actos ilegales e irregulares, con el solo interés de no salir perjudicados o por simplemente*

obtener el positivo para tenerlos en la hoja de vida como récord o en igual valía obtener unos días de descanso...”

De igual manera, considera el actor que la sentencia desconoce el principio de presunción de inocencia, al no atender la versión del acusado que negó la tenencia del arma; la declaración de su progenitora en cuanto ratificó que Leiver de Jesús no portaba esa clase de elementos; y el testimonio de Francisco Anicharico, con el que se evidencia que *“el procedimiento policivo fue irregular y violento al punto que ese mismo procedimiento dio origen a los hechos confusos y a los que solo se le dio credibilidad fue a la declaración de los agentes, estos mismos que originaron caos y que fueron tachados por el juez, pues éste tuvo conocimiento que estos mismos agentes habían mentido en otro proceso e incluso fueron denunciados por falso testimonio.”*

Desde esta perspectiva considera que se presenta un rompimiento del principio de congruencia al no revelar la sentencia armonía entre los hechos, las pretensiones, lo alegado y demostrado en la actuación, pues conforme lo tiene precisado la jurisprudencia constitucional (T-961-00), *“el juez está obligado a fallar con fundamento en la realidad demostrada, por cuanto su decisión no se puede basar en lo que él considera que pudo ser, pero que las partes ni el de oficio, lograron establecer en el curso de la actuación procesal. El juzgador que actúa en contra de esa realidad fáctica, no hace cosa distinta que darle primacía a su voluntad, a su querer interno, dejando de lado los principios que rigen la actividad judicial, razón por la que su decisión no puede ser calificad como una providencia judicial, pese a que en apariencia lo sea.”*

En suma, el actor cuestiona que el Tribunal tuviera como fundamento de la sentencia la declaración de los agentes de

policía, a pesar de su antagonismo con las ofrecidas por testigos civiles que evidenciaron la irregular actuación adelantada por los uniformados, ya que, dijeron, llegaron realizando disparos, generando caos entre los asistentes al establecimiento El Caguán, *“desorden que al final utilizaron los policiales para confundir e imputarle a mi cliente haberle sacado de la pretina del pantalón un arma, cuando varios testigos dijeron todo lo contrario.”*

2.- El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba. Con argumentos similares a los expuestos en la censura anterior, el actor asegura que el ad quem no valoró la prueba en conjunto, lo cual le impidió comprender que no existe certeza de la conducta punible atribuida al acusado, conformándose con asumir como cierta la versión que de los hechos rindieron los agentes de policía, demeritando sin fundamento las declaraciones de los testigos de descargo.

TRÁMITE DE SUSTENTACIÓN

1.- En el escrito de sustentación allegado por el defensor del acusado¹, en su condición de demandante, reproduce los términos de la demanda e insiste en que el Tribunal violó en forma directa e indirecta la ley sustancial, y solicita a la Corte casar la sentencia atacada de manera que se absuelva al

¹ El trámite de sustentación se verificó con base en el Acuerdo 20 de 2020, por medio del cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, implementó mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional, aplicables a la sustentación del recurso extraordinario de casación en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno nacional en el marco de la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio nacional por causa del COVID-19.

acusado en la forma como lo dispuso el juzgado de primera instancia.

2.- A esta pretensión se opone el Fiscal Delegado ante la Corte, quien considera que los errores denunciados carecen de existencia.

De un lado, manifiesta, no es cierto que el Tribunal haya dado pleno valor a la declaración de los uniformados con desprecio por los restantes testigos. La sentencia precisa que existen dos grupos de declarantes, situación que conduce a predicar que alguno se aparta de la realidad, razón por la cual, en su examen probatorio, el sentenciador acudió al ejercicio dialéctico de preguntar qué interés tenían los agentes de la Policía Nacional que participaron en la captura en afectar el buen nombre y la libertad del procesado, y como la actuación carece de evidencia que permita predicar conocimiento previo entre los uniformados y el acusado, debía descartarse animadversión o malquerencia, o que se hubieren confabulado para instrumentalizarlo como falso positivo. En ese contexto - *agregó* - el ad quem razonablemente confirió crédito a los agentes captores por encima de lo narrado por los testigos de la defensa, por cuanto: i) ofrecieron un relato pormenorizado y coherente de la manera como fueron avisados por la central de radio acerca de un sujeto armado en el establecimiento El Caguán; ii) al llegar al lugar observaron al acusado correr hacia el interior del local; iii) una vez alcanzado y requisado hallaron en su cintura una pistola calibre 7.65 y; iv) coincidieron en sostener que no conocían al capturado.

Por otra parte, el contexto probatorio establecido por el sentenciador de segundo grado, descarta contradicciones o dudas en la declaración de los agentes de policía, por cuanto, precisa el Delegado de la Fiscalía, aceptando que fuera cierto como señalaron los testigos de la defensa, que en el lugar había más personas que las relacionadas por los uniformados y que éstos ingresaron al lugar disparando, estas circunstancias no desdibujan el hecho de haberse hallado al acusado en poder de un arma de fuego.

Además, aunque es cierto que el Tribunal no consideró el testimonio del profesor Francisco Rafael Anicharico Sornoza, esta omisión resulta intrascendente frente al sentido de la decisión por virtud del principio de selección probatoria, que releva al sentenciador de examinar con exhaustividad todas y cada una de las pruebas del proceso, o todos y cada uno de los extremos asertivos, lo cual haría interminable la decisión, sino que le permite concentrarse en los importantes para la decisión, de manera que solo existirá error de hecho por omisión o mutilación probatoria cuando aparezca claro que el medio ignorado o el fragmento omitido, contenían relevancia demostrativa, de la que – afirma el Delegado – carecía la declaración del ciudadano Anicharico Sornoza, en tanto reiteró lo afirmado por el propietario del establecimiento comercial y por el procesado, acerca del número de personas presentes en el lugar, el disparo efectuado al parecer por la policía al hacer presencia, y que tampoco observó que el retenido se hallara en posesión de un arma de fuego.

Las postulaciones defensivas estructuradas en esas circunstancias, agregó el Fiscal Delegado, fueron descartadas por el Tribunal en cuanto consideró inusual que, en un procedimiento de rutina, los policías ingresaran al lugar disparando sus armas de dotación, y si de adelantar un falso positivo se tratara, tampoco resulta consecuente con ese propósito que lo hayan realizado delante de tanta gente, toda vez que los testigos de la defensa manifestaron que en el lugar había entre 8 y 10 personas *con la pretensión de socavar la credibilidad de los captores quienes narraron que en el establecimiento solo se encontraban el procesado y el encargado de atender el local.*

Tampoco advierte el Delegado que el Tribunal desconociera las reglas de la experiencia por omisión de las estadísticas de los denominados falsos positivos que afectan la actividad funcional de las autoridades militares y de policía del País, ya que los casos mencionados por el actor² constituyen eventos aislados al interior de la fuerza pública, sobre los cuales la defensa no logró acreditar la relación con el asunto examinado en este caso, *“pero que, además, por tratarse de hechos lamentables e investigados por la justicia han merecido una respuesta puntual del Estado quien los ha censurado y condenado; eventualidad que de manera alguna puede ser tomada como modelos comportamentales para sugerir como regla de experiencia que los funcionarios de la fuerza pública cometen actos ilícitos para evitar que sus operativos irregulares no sean declarados nulos o para hacerse a incentivos o días de permiso.”*

² Los homicidios de los jóvenes de Soacha y de Diego Felipe Becerra, muerto en una actuación irregular que vincula a diversos miembros de la Policía Nacional.

Por último, tampoco considera que el Tribunal haya errado al dejar de considerar la tacha que el juez de conocimiento efectuó a los testigos Ángel Enrique Burgos Esquea y Eder Luis Negrete Mendoza, a quienes consideró mendaces y ordenó investigar, toda vez que el a quo se basó en un conocimiento personal y la situación no fue debatida por las partes en el juicio. En la acreditación de los testigos por parte de la Fiscalía, aquellos negaron antecedentes por falso testimonio, tema respecto del cual, tanto la defensa, como el Ministerio Público ni el juez interrogaron a los declarantes.

En esas condiciones, afirma, la juez no debió tachar a los testigos policiales por sucesos conocidos por fuera del juicio, sin que resulte reprochable que para el Tribunal el tema fuera indiferente.

3.- En sentido similar se pronunció el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, quien considera que el Tribunal valoró en forma conjunta las pruebas recaudadas en el juicio, en orden a examinar y rebatir los fundamentos de la sentencia absolutoria, labor refractaria a los errores formulados por el recurrente, teniendo en cuenta que la juez de instancia tacho los testimonios de los agente de policía, no con fundamento en las pruebas aducidas al juicio sino en forma oficiosa por haber faltado a la verdad en un proceso diferente. El relato de los policiales es consistente y coherente; aunque los testigos de descargo no observaron el elemento incautado, el arma se sometió a cadena de custodia y se le remitió al experto en balística, quien determino sus

características y funcionalidad. El Tribunal, de igual modo, estableció que los uniformados de la policía no conocían ni tenían interés en afectar al acusado y descartó que la aprehensión y judicialización de Mestra Arbeláez estuviera motivada por el propósito de obtener beneficios de orden laboral, lo cual descarta, además, que el procedimiento que adelantaron haya sido irregular.

En ese orden de ideas, propuso no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1.- La demanda sustento del recurso que se decide fue admitida con el fin específico de garantizar el derecho constitucional del acusado de impugnar la primera condena emitida en su contra con ocasión de este proceso. Los cargos que postula, cuestionan la valoración probatoria que condujo al Tribunal a esa decisión, por cuanto, de una parte, asumió veraces los testimonios de los servidores de la Policía Nacional que aprehendieron al procesado, supuestamente en posesión de un arma de fuego sin permiso para su porte y, de otra, sin haberse infirmado las manifestaciones de los testigos de la defensa, reveladoras de un irregular procedimiento por parte de los policiales y la consecuente necesidad de precaver, mediante la aprehensión y judicialización del ciudadano, consecuencias laborales y disciplinarias en su contra.

En esas condiciones, alega el demandante, la sentencia recurrida carece de ilación entre lo alegado, lo probado y lo decidido, por tanto, es contraria al debido proceso dado que el fallador está obligado a resolver con fundamento en la realidad fáctica demostrada; si se aleja de esta y resuelve con fundamento en lo que considera que pudo acontecer, no hace cosa diferente a imponer su voluntad, tornando completamente ilegítima la decisión. Sobre ese escenario, afirma, no existe certeza de que el acusado portara el arma que los policías aseguran haberle incautado al momento de su captura.

2.- La situación descrita impone precisar el material probatorio allegado a la actuación y examinar, a partir del mismo, el acierto de la decisión del Tribunal de cara a los requisitos legales para proferir sentencia condenatoria.

2.-1 De manera inicial resulta pertinente aludir la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación formulada por la Fiscalía en contra del procesado. Dice el escrito correspondiente que, *“De acuerdo al informe suscrito por el patrullero Edel Negrete da cuenta que el día 22 de marzo del año en curso (2013) se encontraba realizando patrullaje en compañía del agente Burgos Esquea Ángel cuando el radio operador de turno les informa que se había recibido una llamada telefónica a la Estación donde una persona informaba que en el establecimiento de comercio de nombre El Caguán ubicado en el corregimiento de Berastegui, se encontraba una persona de sexo masculino que vestía camiseta de la selección Colombia y jean azul, zapatos color café, el cual portaba un arma de fuego, por lo que de inmediato se dirigieron al lugar señalado y efectivamente observaron a la persona de las características enunciadas la cual*

emprendió la huida al observar la presencia policial, siendo alcanzado y al solicitarle una requisita, fue identificado como Leiver de Jesús Mestra Arbeláez... el cual le fue (sic) hallada en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo pistola calibre 7.65mm, niquelada, marca L-Gilque con número externo 519582 con un (1) proveedor con dos (2) cartuchos no percutidos para la misma, manifestando no poseer documento para portar arma...” Jurídicamente, enfatiza la Fiscalía en su acusación, *“los hechos narrados encuentran adecuación típica en el Código Penal Art. 365, Título XII, Capítulo Segundo, delitos contra la seguridad pública, denominado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad portar, sancionado con prisión de nueve (9) a doce (12) años.”*

2.2.- De las pruebas solicitadas por la Fiscalía y decretadas por el juez de conocimiento, en el juicio se recaudaron las siguientes:

2.2.1.- Testimonio de Ángel Enrique Burgos Esquea, patrullero de la Policía Nacional. Declaró que el día de los hechos, adelantaban labores de vigilancia con Eder Luis Negrete por el sector de Berastegui. *“El radio operador en turno nos informa que recibe una llamada donde le indica que hay una persona con una posible arma de fuego, el cual (sic) vestía un suéter de la selección Colombia amarillo, jean azul, zapatos cafés, en un billar llamado El Caguán, del barrio San Francisco. De inmediato nos dirigimos al lugar indicado, al llegar notamos la presencia de la persona indicada, con las mismas características, ésta al ver nuestra presencia emprendió la huida y fue alcanzado por mi compañero Eder Negrete; al practicarle un registro se le encontró el arma de fuego, la portaba en la pretina del pantalón lado derecho, es más, intentó sacársela”*

Agrego que durante el operativo prestaba vigilancia mientras que Negrete requisaba a Mestra Arbeláez. *“Mi compañero al practicar el registro personal le sacó de la pretina del pantalón al sospechoso un arma de fuego niquelada”*. En el lugar, continuó, se encontraban la persona que atendía el negocio y el aprehendido, *‘pero él al notar nuestra presencia salió corriendo cuando nosotros llegamos al establecimiento; se le leyeron sus derechos y el arma fue embalada, rotulada y puesta a disposición de las autoridades competentes’*.

2.2.2.- Declaración de Eder Luis Negrete Mendoza. En el interrogatorio manifestó que ese día se realizó un partido de la selección de fútbol de Colombia. Estaban patrullando con Burgos Esquea y por radio *les informaron que había dos muchachos* en un establecimiento público dentro del perímetro urbano de Berastegui. *“Según la información que nos dieron ubicamos dos muchachos que estaban en una mesa... uno de ellos se paró de la silla hacia el interior de dicho establecimiento; cuando me estoy bajando de la moto el otro emprendió a correr, lo alcancé, lo tiré al suelo y le encontré un arma de fuego en la pretina del pantalón lado derecho. Dijo que no tenía salvoconducto y se procedió a leerle los derechos del capturado.”* De inmediato pidió apoyo de la patrulla para transportar al capturado y presentarlo a la autoridad competente. Indicó, además, que el lugar era un establecimiento amplio de espacio abierto (*un rancho grande*), eran aproximadamente las 8 y 45 de la noche y allí sólo estaban el aprehendido y el cantinero del negocio.

Agregó que *‘después de la captura y trasladar al retenido, él embaló y rotuló el arma de fuego, presentó el informe y el acta de derechos del capturado’*.

En su testimonio dijo no conocer al capturado y aseveró que *‘opuso resistencia, comenzó a gritarle a una aglomeración de personas para que la cogieran en contra de nosotros, gritaba cosas, nos gritaba palabras soeces y diciéndole a la gente que lo estábamos maltratando. Esas personas estaban fuera del establecimiento, vecinos del negocio que comenzaron a llegar.’*

Por otra parte, refirió ser jubilado de la institución y que durante el servicio policial tuvo reconocimientos y felicitaciones, no recuerda cuántos, pero fueron varios.

2.2.3.- Rigoberto Castaño Márquez, técnico en balística, a quien se le interrogó en relación con el experticio técnico y de identificación de números internos y externos, realizado al arma de fuego tipo pistola, calibre 7.65mm, Browin y número de identificación 519582.

2.3.- Las partes acordaron tener por demostrado: i) la plena identidad del acusado, ii) su arraigo y, iii) que la autoridad competente no le ha conferido habilitación para el uso y porte de armas de fuego.

2.4.- A solicitud de la defensa se escuchó en declaración juramentada el testimonio de las siguientes personas:

2.4.1.- Óscar Antonio Sierra Arcia, comerciante propietario del establecimiento El Caguán, donde se desarrollaron los acontecimientos. Refirió que se encontraba frente del negocio cuando llegó la policía. *‘Es más, ellos habían pasado de largo, regresaron, el muchacho del negocio estaba recogiendo y se encontraba no una multitud, pero sí un número apreciable de personas; cuando llegaron creo que dijeron “detención”, hicieron un disparo y la multitud se regó, unos cogieron hacia la parte de atrás, otros salieron por el frente, vi cuando en última instancia los policías sacaron al muchacho, ahí también estaba el cantinero, incluyéndolo a él, había más de siete personas.*

Precisó que por el disparo de los uniformados el lugar se congestionó y no pudo ver *cómo fue la aprehensión del procesado; el impacto generó confusión.*

Dijo, además, que luego de los hechos, de la captura de Mestra Arbeláez, la policía regresó preguntando por el propietario, se presentó *“y me pidieron una requisita [por]que, supuestamente, había más armas, le dije: hombre, cómo así, el hecho de que no tengas una orden yo se las voy a conceder, a uno de los que capturó al señor, yo se le concedí; hicieron una requisita como a eso de las diez de la noche, yo les entregué el lugar, les dije: vea requisen, yo este negocio no lo tengo para ninguna de esas cosas...”*

2.4.2.- Martha Cecilia Arbeláez, declaró sobre el buen comportamiento personal, familiar y social de su hijo, quien no portaba armas de fuego.

2.4.3.- En sentido similar declaró Samuel Antonio Mestra Pérez, padre del acusado.

2.4.4.- Leiver de Jesús Mestra Arbeláez. Manifestó que ese día se realizó un partido de la selección Colombia y que la gente que acudió al lugar vestía la camiseta. Cerca de los ocho de la noche llegó la policía, un agente disparó *“todo el mundo corre a mi me alcanzaron, pero yo no tenía el arma; ellos dicen que fui el único que emprendió la huida, pero con el tiro todos salieron corriendo, con el disparo yo corrí hacia el fondo de la cantina, a donde guardan los enfriadores. Lo que dice el agente Negrete es falso porque yo en ningún momento portaba arma... no puedo explicar eso de donde apareció... en el establecimiento se encontraban como diez personas.”*

2.4.5.- Francisco Rafael Anicharico Sornoza, docente, ingeniero de sistemas. Manifestó que ese día estaba con un compadre en el establecimiento El Caguán, había más persona en otra mesa, la policía llegó intimidando, disparó, inhibió a los presentes, él se levantó de la silla y se ubicó en la cera frente al establecimiento. *“Yo lo que vi ese día fue, cuando me levanté de ahí hacia la orilla, no vi sino cuando el policía corrió detrás del señor y cayeron ahí. Después de eso estaba con mi compadre y decíamos, bueno y por qué se lo van a llevar, por qué se lo llevaron si nosotros la verdad no se le veía ningún tipo de arma por ningún lado, yo no vi y eso lo puedo asegurar que le sacaron el arma a Leiver, que le sacaron el arma de algún lado, eso lo puedo asegurar...”*

El interrogador insistió si pudo observar que al acusado se le extrajera de la pretina del pantalón un arma de fuego y de qué clase, y respondió: *“La distancia [a la que se hallaba] no superaba los 15 metros de donde estaban los dos señores forcejeando. Decir que vi que le sacaron el arma sería mentir, yo no vi en lo absoluto que le sacaran*

el arma al señor Leiver, yo no vi eso, eso no lo precisé ahí. De dónde salió el arma y las características, si no vi de dónde salió mucho menos pues sé de las características del arma, además, de eso poco conozco, de eso de armas pocos conozco de eso.”

En cuanto a las personas presentes en el lugar a la llegada de los uniformados, manifestó: *“Cuando llegó la policía, pienso yo que superábamos las ocho personas, superábamos eso, ya el partido se había acabado, muchos habían salido...”*

En el contrainterrogatorio reiteró que la policía disparó y que uno de los uniformados salió en persecución del procesado, a quien conoce porque la familia de Mestra Arbeláez vive en el sector, lo vio crecer, mas no puede decir que se trate de un amigo con el cual acostumbra compartir.

3.- El Tribunal al resolver la apelación interpuesta contra la sentencia absolutoria, señaló como meta esencial, establecer si el conjunto probatorio generado en el juicio transmitía el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado, es decir, *si al proceso se aportó prueba suficiente para derrumbar la presunción de inocencia o, por el contrario, si pese a la prueba legalmente decretada, admitida y practicada persiste la duda acerca de la autoría de la conducta enrostrada por la Fiscalía.*

De esa manera, a partir del panorama probatorio descrito, consideró que *“Cuando existen testimonios que se contradicen y refieren los acontecimientos de forma diametralmente opuesta, por simple lógica uno de los dos grupos se aparta de la realidad de los hechos. Por ello, es deber del juzgador al otorgar o restar credibilidad*

al testigo, señalar las circunstancias que lo llevan a demeritar algunos testimonios, el interés que pueda tener en el proceso, el grado de afecto, amistad, parentesco o animadversión entre el deponente y alguna de las partes”.

Con ese criterio el sentenciador de segundo grado descartó que los agentes de la policía que capturaron al acusado tuvieran interés en afectarlo ilegalmente en su buen nombre y libertad, y como *“Ninguna prueba, siquiera remotamente, apunta a señalar que los [uniformados] conocían de antemano al señor Leiver de Jesús Mestra Arbeláez... se descarta cualquier animadversión o malquerencia y mucho menos que estaban confabulados para realizar un falso positivo de captura... Además, el sentido común indica que si la policía tenía planeado capturar al hoy procesado poniéndole un arma como suya, tal operativo no lo hubiera realizado en presencia de otras personas”*; de manera que *“el Tribunal le otorga credibilidad a los testimonios de los agentes Eber (sic) Luis Negrete y Ángel Enrique Burgos, cuando refieren en forma pormenorizada y sin contradicción alguna, que fueron informados por radio de la existencia de una persona armada en un establecimiento de cantina llamado El Caguán, ubicado en el corregimiento de Berastegui, que al llegar ellos, el hoy procesado corrió al interior del negocio, fue alcanzado y al ser requisado le fue encontrada una pistola 7.65 en la pretina del pantalón. Persona que, según el testimonio de los policías, por primera vez lo veían.”*

4.- Si bien el Tribunal concluyó que en la actuación obra prueba suficiente para emitir sentencia de condena, la Sala considera razonables y fundados los argumentos del actor que lo desdice, pues la limitada actividad investigativa y probatoria de la Fiscalía, resulta inferior al estándar de conocimiento previsto en el ordenamiento para emitir una decisión en ese sentido.

A ese respecto, recuérdese que presumir la inocencia de quien está siendo investigado por una autoridad estatal, es una de las garantías constitucionales del derecho fundamental al debido proceso. De igual modo, que de esa garantía se derivan, entre otras consecuencias, que corresponde al Estado la carga de probar los elementos de la responsabilidad, de modo que, *ante el incumplimiento de dicha carga, por ausencia, contradicción objetiva o insuficiencia de pruebas, la consecuencia natural de presumir la inocencia, consiste en que las dudas razonables deben resolverse en favor del investigado*. Esta regla resulta de concluir que no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia, porque no se logró llegar a una convicción racional de la responsabilidad, desprovista de dudas razonables, es decir, aquellas que objetivamente surjan del análisis y cotejo de las pruebas obrantes en el expediente³.

5.- En este asunto, se bosquejó, los testigos de la Fiscalía y de la defensa se debaten en una contrariedad en torno al acontecer fáctico: los agentes de policía aseguraron que en el lugar había dos personas y aprehendieron a la que parecía coincidir con la información recibida; desde la otra orillas, los testigos de descargo manifestaron que: i) no vieron el arma de fuego que los primeros refirieron, ii) en el lugar había entre 7 y 10 personas, y iii) los uniformados ingresaron disparando al lugar.

³ Así lo precisa la Corte Constitucional en la sentencia C-495-19 la cual reitera la línea sentada en decisiones como C-599-02, C-205-03, C-217-03, C-763-09.

El dilema lo resolvió el Tribunal confiriéndole mérito a los servidores públicos, por cuanto: i) no se evidenció que tuvieran interés en afectar a una persona que desconocían antes de los hechos; ii) la experiencia indica que *“las personas cuando se encuentran portando elementos ilícitos en establecimientos abiertos al público (armas o drogas) cuando la policía hace presencia tratan de evadirla o desprenderse de los elementos que llevan consigo. El ser humano, por lo general, evita asumir la responsabilidad plena de sus actos irregulares, máxime si se encuentra dentro de la esfera penal.”*, y iii) por contradecir los protocolos sobre el uso de la fuerza que la policía *“para entrar a un establecimiento público, donde alguien porta un arma de fuego, [...] hagan disparos previos. No tiene ningún sentido ni utilidad para el operativo hacer tales disparos.”*

Consideró, de igual modo, que la declaración de los testigos de la defensa en todo caso no pugna con la de los agentes de policía, pues igual aludieron el operativo de captura *“solo que le ponen algunas circunstancias como para generar dudas, tal como que en el negocio Caguán se encontraban muchas personas, no solo dos como lo dice la policía, y supuestamente unos disparos hechos por los agentes al llegar”*, pero sin mencionar que los uniformados le pusieron el arma al capturado. En efecto, acotó el sentenciador, el propietario del negocio no percibió el acto de incautación por la congestión que ocasionó en la multitud el disparo; a la mamá del procesado solo le consta que su hijo no portaba armas, y Mestra Arbeláez, por supuesto, negó el porte del arma incautada; de donde concluyó que así estuvieran más de dos personas en el establecimiento comercial y que la policía irrumpiera disparando, nada desdibuja el hecho cierto *“de que al procesado se le encontró en su poder un arma de fuego y que*

no tenía salvoconducto para su porte o tenencia, tal como quedó igualmente probado.”

6.- El panorama anterior devela el débil ejercicio investigativo y probatorio de la Fiscalía, pues resulta evidente que sustentó la teoría del caso fundamentalmente en la escueta declaración rendida por los integrantes de la fuerza pública que denunciaron el delito atribuido al acusado, sin disponer labor alguna encaminada a verificarla.

7.- Ciertamente es que por disposición constitucional se presume la buena fe en las actuaciones de los particulares y de las autoridades. Es un principio que constituye pieza fundamental en el ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la consciencia colectiva, y por lo mismo, de la importancia que representa en el desenvolvimiento jurídico de la sociedad⁴. Mas su vigencia y relevancia no despojan a la Fiscalía del deber de investigar y acusar a los presuntos responsables de la ejecución de delitos, con criterio de objetividad y transparencia, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley⁵, lo que traduce que su actuación debe asegurar el respeto de los derechos fundamentales, ciñéndose al principio de legalidad, el cual implica no solo el sometimiento de las competencias de toda autoridad al ordenamiento, sino también al deber de ejercerlas con apego a dicho principio,

⁴ C-840-01 Este principio, en conexión con el valor superior de la dignidad humana, implica que la persona tiene derecho a que los demás crean en su palabra, por supuesto, con criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, es decir, en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones

⁵ Arts. 114 y 115 C.P.P.

para que los derechos e intereses de todos los ciudadanos cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias, efectuadas al margen de los mandatos constitucionales y legales⁶ que las hacen ilegítimas y generan desestabilización social por pérdida de credibilidad institucional.

8.- En ese sentido, resulta incomprensible que la Fiscalía haya estructurado y defendido su teoría del caso en nimio acerbo probatorio, reducido al testimonio de los uniformados que aprehendieron al acusado, del perito encargado de realizar el experticio técnico al arma de fuego y al documento oficial que certifica la ausencia de permiso para la tenencia y porte de armas de fuego, hecho a la postre estipulado con la defensa.

8.1.- En este punto se precisa: el informe de policía de vigilancia en caso de captura en flagrancia, conforme tiene precisado la jurisprudencia de la Corte⁷, por regla general, no es prueba y sólo pueden utilizarse en juicio *“(i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión”*⁸; y el informe de investigador de laboratorio sobre experticio técnico e identificación del arma de fuego, si bien la Fiscalía pudo solicitarlo como prueba y allegarlo con el experto declaró en juicio, no podía valorarse por haber ingresado al

⁶ Cfr. C-851-13

⁷ CSJ AP948-2018 (Rad. 51882)

⁸ Ib.

juicio en forma irregular. Se explica: los informes fueron descubiertos por la Fiscalía, no obstante, su solicitud probatoria en la audiencia preparatoria se contrajo al testimonio de los uniformados Edel Negrete Mendoza y Ángel Burgos Esquea y del perito Rigoberto Castaño Márquez, sin aludir documento alguno ni indicar que por intermedio de testigos aportaría alguno al juicio. Atendiendo su petición el juez de conocimiento decretó la práctica de los testimonios referidos. En el juicio, sin embargo, en el interrogatorio al testigo Negrete Mendoza, el acusador le puso de presente el informe de captura y los anexos, documentos que reconoció el testigo y que el juez de conocimiento autorizó que se tuvieran como prueba documental número uno. Igual aconteció con el informe de investigador de laboratorio y anexos, los cuales, sin haber sido solicitados como prueba, se le exhibieron al perito durante su declaración y, previa solicitud del Fiscal, fueron finalmente introducidos al trámite. De ahí que se precise que las pruebas válidamente aportadas por la parte acusadora en este asunto, se concretaron a los testimonios de los servidores públicos mencionados.

9.- La declaración de los agentes captadores es supremamente básica. Repite el puntual informe de policía de vigilancia – *venero de la imputación fáctica de la acusación* – en el que se indica que, estando en labores de patrullaje, desde la Estación de Ciénaga de Oro les comunicaron que un ciudadano advirtió telefónicamente sobre la presencia en el establecimiento El Caguán, en Berastegui, de un hombre con camiseta de la selección Colombia, jean azul y zapatos café,

que portaba un arma de fuego, al llegar al lugar lo observaron [se encontraba sólo con el cantinero], y el sospechoso corrió al fondo del local en donde se le retuvo y se le halló el elemento mencionado.

Ninguna prueba diferente empleó la Fiscalía en juicio para demostrar la versión de los uniformados en al menos uno de los aspectos que mencionan. Por ejemplo, que recibieron la llamada desde la estación de policía de Ciénaga de Oro; que en realidad un ciudadano informó la situación de riesgo a la seguridad pública dentro del establecimiento El Caguán por la presencia de un individuo, vestido como se dijo, quien portaba un arma de fuego; no procuró un examen técnico dactilar de huellas del acusado en el arma; y salvo el caso del uniformado Negrete Mendoza, no dispuso entrevistas a los testigos, de manera que tampoco verificó cuántas personas estaban en el lugar y tenían conocimiento de lo acontecido. La averiguación de alguno de esos datos, tal vez habría bastado al acusador para combatir eficazmente las dudas que atravesó a su teoría del caso la defensa, en cuanto a la forma como sucedieron los hechos, las circunstancias de estos y que el acusado portaba el arma de fuego, según la imputación que formuló en su contra.

10.- El juez de conocimiento resolvió la discordancia probatoria asignando mérito a los testigos de la defensa por advertirlos más sinceros, restándoselo a los testigos de cargo, a pesar de que la Fiscalía afianzó su credibilidad en la falta de interés para perjudicar al acusado, ya que *“faltaron a la verdad, al manifestar que solo se encontraban en el lugar de los hechos Leiver de*

Jesús y el administrador del establecimiento El Caguán, omitieron informar que llegaron al sitio haciendo disparos sin necesidad, y se contradicen, ya que el agente Ángel Burgos Esquea en su declaración manifestó, que cuando fueron avisados por el radio operador se encontraban haciendo patrullaje en el municipio de Ciénaga de Oro, y el agente Eder Negrete Mendoza, en su declaración dijo, que en ese momento se encontraban realizando patrullaje en el corregimiento de Berastegui...”

11.- En sentido contrario, pero sin adelantar la crítica probatoria correspondiente, el Tribunal creyó la versión de los agentes Negrete Mendoza y Burgos Esquea, en tanto *“refieren en forma pormenorizada y sin contradicción alguna, que fueron informados por radio de la existencia de una persona armada en un establecimiento de cantina llamado El Caguán, ubicado en el corregimiento de Berastegui, que al llegar ellos, el hoy procesado corrió al interior de negocio, fue alcanzado y al ser requisado le fue encontrada la pistola calibre 7.65 en la pretina del pantalón, persona que, según el testimonio de los policías, por primera vez lo veían”*.

11.1.-De esa manera, a diferencia del a quo, desatendió las inconsistencias de las exposiciones, no solo respecto al lugar donde se encontraban cuando el radio operador los alertó, sino en torno a lo que se les comunicó: según Burgos Esquea, la presencia *de un hombre armado* en el billar El Caguán y, para Negrete Mendoza, se les avisó de *dos muchachos* que se encontraban en ese establecimiento. Los dos uniformados, además, aseveraron que no demoraron en llegar al lugar, en donde se hallaban solo dos personas, el cantinero y el procesado, lo que genera el acertijo de saber quién avisó telefónicamente a las autoridades.

Avatar mayor registra la exposición de Negrete Mendoza, en cuanto aseguró que el procesado se opuso a la captura y exhortó a la comunidad a arremeter contra los uniformados, dato ciertamente relevante pero que el patrullero Burgos Esquea ignoró por completo⁹.

En forma adicional, los uniformados afirmaron que al capturado se le leyeron sus derechos. También, que se recogió, rotuló y embolsó el arma incautada; según Burgos Esquea, en ese lugar, pero al decir de Negrete Mendoza en otro distinto, pues indicó que producida la captura trasladaron al sospechoso a la estación, donde, da a entender, rotuló y embolsó el arma de fuego y presentó el informe y el acta de derechos del capturado. La discordancia acerca del lugar de recolección y embalaje del arma, es significativa de cara al deber que les imponía el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual *“Cuando en ejercicio de la actividad de policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código en desarrollo de registro personal... registro de vehículos... los identificarán, recogerán y embalsarán técnicamente. Sin demora alguna comunicarán el hallazgo a la policía judicial telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible quien los hubiere embalsado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial”,* y la relación de esos hallazgos con el procedimiento de cadena de custodia, el cual, idealmente, debe iniciarse *“en el lugar donde se descubran, recauden, o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia*

⁹ El informe de captura, introducido de la manera señalada, tampoco relaciona esa situación.

*física*¹⁰”; de manera que resulta paradójico que ninguno de los asistentes al billar El Caguán haya visto elemento alguno ni labores de recolección de elementos por parte de los uniformados que aprehendieron y registraron al acusado.

12. En efecto, Óscar Antonio Sierra, propietario del lugar, dijo que, dada la confusión generada por el disparo, no logró percibir el desarrollo de la aprehensión, pero vio a la policía sacar a Mestra Arbeláez del local, por lo que resulta extraño que no haya observado desarrollo de actividades de policía como las descritas.

Extraño, de igual modo, que Francisco Rafael Anicharico, cuyo testimonio fue ignorado por el Tribunal [error de hecho por falso juicio de existencia por omisión], tampoco las haya observado, pues percató la persecución de uno de los policías contra el acusado, que los uniformados lo sacaron del local y, también, que se lo llevaron retenido, lo que conduce a preguntar, en qué momento, entonces, el uniformado Eder Luis Negrete realizó las labores de recolección y embalaje que afirma haber desarrollado.

13.- Como razones adicionales para conferirle mérito a los testigos de la Fiscalía, a modo de criterio de experiencia, el Tribunal consideró que *“las personas cuando se encuentran portando elementos ilícitos en establecimientos abiertos al público (armas o drogas), cuando la policía hace presencia tratan de evadirla o desprenderse de los elementos que llevan consigo. El ser humano, por lo general, evita asumir la responsabilidad penal de sus actos irregulares, máxime si se encuentra*

¹⁰ Art. 254 Código de Procedimiento Penal

dentro de la esfera penal... Por el contrario, no es usual ni corresponde a los protocolos sobre el uso de la fuerza y de las armas por parte de la fuerza pública, que para entrar en un establecimiento abierto al público donde alguien porta un arma de fuego, se hagan disparos previos. No tiene ningún sentido ni utilidad para el operativo hacer tales disparos”

En su reflexión el Tribunal integra dos circunstancias controvertidas en el proceso: la reacción adoptada por el acusado al arribo de los policías y la referencia de los testigos de la defensa de que irrumpieron el billar con disparos.

14.- Puede concedérsele al Tribunal que, por lo general, el delincuente en posesión de elementos ilícitos, siendo acechado o sorprendido por la policía tiende a evadirla y a deshacerse de la evidencia que lo comprometa, también que el ser humano es proclive a rehusar responsabilidad en sus faltas. Sin embargo, en el presente asunto, esos juicios son equívocos en relación con la intervención del acusado en el ilícito que se le imputa, por cuanto obran en la actuación testimonios que lo respaldan cuando afirma que ese día se verificó un partido de fútbol de la selección Colombia y había varias personas en el establecimiento, de modo que, no solo él, todas salieron en estampida como reacción al disparo realizado por los uniformados, lo que lo llevó a buscar refugio al fondo del local comercial donde estaban ubicados los enfriadores. Además, los mismos testigos refieren no haber observado que al aprehendido se le hallara en posesión del arma de fuego y tampoco vieron que los policías realizaran labores que les permitieran inferir la posesión del elemento.

15.- De igual modo, tampoco es corriente en las actuaciones de policía que los uniformados efectúen disparos previos cuando realizan labores como la que registra este caso, en tanto el ejercicio de sus actividades implica que sólo se acude al uso de las armas como *última ratio*; el monopolio de las armas por el Estado propende porque su uso esté sujeto a los propósitos y límites que impone el orden jurídico, lo cual significa que *“la actividad armada del Estado será compatible con la Constitución, solo cuando (i) sea ejercida por los integrantes de la fuerza pública, así como los servidores públicos a los cuales el Legislador haya investido para el efecto; (ii) cumpla los propósitos que para la fuerza pública ha previsto la Constitución; y (iii) se ejerza de manera imperiosa, esto es, cuando no exista ninguna otra medida disuasoria que permita el cumplimiento de las normas legales y, del mismo modo, se trate de un escenario donde resulte jurídicamente admisible el uso de la fuerza; y (iv) dicho uso cumpla con criterios de proporcionalidad, también en sentido estricto, lo que implica que solo pueda llevarse a cabo en la medida absolutamente necesaria para confrontar la amenaza a bienes constitucionales de la más alta entidad.”*¹¹

Sin embargo, también pueden surgir situaciones en las que los miembros de la fuerza pública se aparten del derrotero constitucional e incurran en conductas como la que a los uniformados les atribuyen los testigos en este caso, versión imposible de desvirtuar exclusivamente afirmando que los protocolos sobre el uso de la fuerza repudian conductas semejantes, o que la acción irregular y desproporcionada resultaba innecesaria en el operativo ejecutado, cuando lo cierto es que ante la gravedad de lo declarado por los testigos en juicio, la parte acusadora no los contrainterrogó acerca del

¹¹ C-082-18

disparo de los policiales ni sobre el número aproximado de personas que se encontraban en el sitio al momento de los hechos, menos empleó evidencia idóneas para impugnar su credibilidad y develar así ante el juez lo inverosímil o increíble de los relatos¹².

16.- En ese orden de ideas, la versión del acusado y de los testigos goza de similares características a las que identificó el Tribunal en la de los uniformados, pues también aquellos, empleando sus términos, “*refieren en forma pormenorizada y sin contradicción alguna*” que los agentes Negrete Mendoza y Burgos Esquea ingresaron haciendo disparos en un establecimiento abierto al público donde se hallaba un número considerable de personas y, según Óscar Sierra Arcia y Francisco Rafael Anicharico, no observaron a los policiales incautarle un arma al acusado, tampoco que realizaran labores asimilables a las rotulación y embalaje de elemento material probatorio alguno.

17.- Tampoco parece ajustado a la razón en este caso conferirles mérito a los testigos de la acusación, sobre la base de que *no conocían al procesado y, en consecuencia, no tenían motivo para afectarlo*, parámetro de frecuente uso en la práctica judicial, pero que no constituye regla absoluta ni faculta por sí mismo para emplearlo en forma acrítica y automática; el soporte que brinde a la valoración probatoria debe hallarse en conexión con lo que del específico medio probatorio emerge, al igual que de los restantes medios de

¹² Art. 403 C.P.P.

convicción, pues se trata de un criterio que guía el correcto o razonable entendimiento humano, no de apotegmas que caprichosamente se emplean a la hora de zanjar dudas irresolubles en el escenario probatorio. Las reglas de la sana crítica, recuérdese, *“son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez puedan analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas¹³.”*

18.- Si el juez llega a una conclusión como la expuesta en este caso por el Tribunal, será merced al aporte probatorio que sobre el particular efectúe la Fiscalía, en quien recae, como es sabido, la carga de acreditar la responsabilidad del acusado por imperativo previsto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal.

Luego, en el propósito de hacer creíble los testigos que presente en juicio, debe también aportar insumos relacionados con los criterios que el juez considerará al momento de valorar esa prueba, teniendo en cuenta que lo relevante es el conocimiento que de los hechos tenga el deponente y la correlación que su dicho halle en el restante material probatorio, de manera que la calidad de funcionarios públicos o la afirmación de que no conocían con anterioridad al acusado, no constituyen elemento que brinde más o menos credibilidad al testimonio, como sí lo son las verificaciones que por otros medios resulten de lo atestado.

¹³ Sentencia C-622 de 1998

19.- Arriba se indicó que la gestión investigativa y probatoria de la Fiscalía no fue afortunada, déficit que intentó suplir el Tribunal acudiendo a los criterios expuestos con desmedro del principio de presunción de inocencia y sin reparar los errores de juicio que empañan la sentencia.

20.- El sentenciador, se reitera, colmó ese vacío probatorio y consideró por sí mismas veraces las declaraciones de los uniformados, acudiendo a razonamientos que tendrían validez siempre que pudieran apuntalarse a las pruebas incorporadas al trámite.

A la finalidad del proceso penal como escenario de reconstrucción y aproximación a la verdad, de nada sirve sostener la credibilidad de un testigo en el hecho de que no cuenta con motivos para afectar al acusado, si lo que declara en contra de aquél no se demuestra, así como también carece de relevancia que la defensa afirme, sin demostrarlas, malsanas intenciones en el testigo de cargo.

21.- En esas condiciones, no es apodíctico que al testigo integrante de la fuerza pública que intervino en el operativo de captura del procesado, deba creérsele por el hecho de que no lo conocía con anterioridad y no cuenta, por tanto, con motivos para perjudicarlo. La vivencia nacional ofrece muestras de que no siempre es así, lamentablemente la realidad demuestra que también se presentan fallas en el servicio por uso ilegítimo de la fuerza, como en los miles de casos de muertes ilegítimas presentadas como bajas en combate o, en ocasiones, cuando emplean medios

innecesarios y desproporcionados en el control de situaciones que afectan el orden público; tampoco puede perderse de vista que el personal uniformado de la Policía Nacional está sometido a un régimen de evaluación periódica del cual depende, no solo la oportunidad de ascensos y beneficios, sino la permanencia misma en la institución¹⁴, lo que razonablemente hace posible que un uniformado pueda incurrir en irregularidades para asegurar la mejor calificación, alcanzar beneficios, mayor capacitación o simplemente no ser retirado del servicio.

22.- Por supuesto, los antecedentes aludidos por el actor en la demanda, de graves violaciones a los derechos humanos que involucran a agentes estatales, tampoco pueden erigirse, como acertadamente indica el Fiscal Delegado, *“en modelos comportamentales para sugerir como regla de experiencia que los funcionarios de la fuerza pública comenten actos ilícitos para evitar que sus operativos irregulares no sean (sic) declarados nulos o para hacerse a incentivos o días de permiso.”*

¹⁴ Decreto 1800 de 2000 Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional. La evaluación (Capítulo VII Art. 42) se concreta en una escala de medición que permite ubicar al evaluado, según su desempeño profesional y personal durante el período de calificación respectivo, en los siguientes rangos: i) incompetente, ii) deficiente, iii) aceptable, iv) satisfactorio, v) superior y, vi) excepcional. A los uniformados calificados como **incompetentes, se les retira de la Institución; los deficientes ameritan seguimiento cercano y compromiso con su mejoramiento a corto plazo y de ser clasificados en este rango por dos períodos consecutivos también pasan a retiro**; el aceptable en su desempeño personal y profesional es quien cumple con la mayoría de las acciones y procesos asignados, por lo que amerita observación y refuerzo por parte del evaluador; el satisfactorio obtiene los resultados esperados dentro de los procesos a los que ha sido asignados, por ello, es digno de mejoramiento continuo y podrá ser tenido en cuenta para participar en los planes de capacitación que determine la Dirección General de la Policía Nacional; los superiores además de obtener los resultados esperados, realizan actividades o hechos sobresalientes y ameritan mejoramiento continuo con posibilidad de ser tenido en cuenta para participar en los planos de capacitación que determine la Dirección General; y los excepcionales aquellos que, además, realizan actividades o hechos con trascendencia institucional y dan mérito para que igualmente se les tenga en cuenta en los planes o estímulos que disponga la dirección de la entidad.

De enfrentar una situación como esa nada impide a la defensa proponerla como hipótesis y demostrarla en juicio anulando la credibilidad del testigo. Pero también sobre la Fiscalía pesa el deber de efectuar el control requerido en orden a establecer la verdad de lo expresado por el denunciante o los testigos que presentará en juicio, adelantando labores prácticas y de mínimo esfuerzo como las reseñadas en párrafos anteriores¹⁵, necesarias para asegurar que lo dicho por el declarante se pliega a la realidad y le aportarán solidez y contundencia a su teoría del caso.

23.- La Fiscalía no puede rehusar su deber de investigar y aportar las pruebas destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia; tampoco conformarse con acreditar sólo aspectos básicos de la conducta, sin realizar la misma labor demostrativa respecto de las circunstancias que envolvieron la ejecución del ilícito. Una defectuosa gestión acreditativa puede fracasar el fin anunciado por ser insuficiente para superar situaciones como la planteada por la defensa en este asunto, que minan capacidad persuasiva a los testigos de cargo y generan duda en torno al acontecer fáctico.

24.- Fluye de lo expuesto que en el presente caso el Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación, no logró desvirtuar la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria que arroja duda en cuanto a la realización del

¹⁵ Para el caso resultaba de interés verificar, por ejemplo, que: i) los uniformados hacían turno y en dónde debían prestarlo, ii) la estación, en efecto, les informó sobre la situación denunciada telefónicamente que sucedía en el establecimiento El Caguán con un sospechoso que vestido como lo afirmaron los uniformados; iii) existe registro de la llamada del ciudadano, iv) el arma objeto material del delito presentaba huellas del acusado, etc.

ilícito por parte del acusado, razón por la cual la Corte casará la sentencia recurrida y dejará en firme la absolución dispuesta en primera instancia en favor de Leiver de Jesús Mestra Arbeláez.

Como consecuencia de esa esa determinación, en tanto la actuación da cuenta que el acusado se encuentra privado de la libertad en su domicilio, de conformidad por lo dispuesto por el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, se ordenará su libertad inmediata, la cual se hará efectiva a menos que sea requerido por otra autoridad judicial.

Además, se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en su contra y la cancelación de las anotaciones que registre por razón de este trámite. Se librarán al efecto las órdenes correspondientes. La Secretaría de la Sala proveerá lo pertinente.

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 del Tribunal Superior de Montería, dictada el 4 de abril de 2016, mediante la cual condenó por primera vez a Leiver de Jesús Mestra Arbeláez como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2.- En consecuencia, dejar vigente la sentencia absolutoria dictada en este asunto por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, el 5 de agosto de 2014.

3.- De conformidad con lo establecido en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, ordenar la libertad inmediata de Leiver de Jesús Mestra Arbeláez, la cual se hará efectiva en tanto no sea requerido por otra autoridad judicial. Disponer, además, el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en su contra. Líbrense las órdenes respectivas.

4.- Comunicar a las autoridades correspondiente lo aquí resuelto con el fin de que cancelen las anotaciones efectuadas contra el ciudadano Leiver de Jesús Mestra Arbeláez, con ocasión de la iniciación y trámite de este proceso, así como las órdenes de captura que por el mismo estuvieren vigentes.

5.- Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.



GERSON CHAVERRA CASTRO



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021