



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP19617-2017
Radicación n° 45899
(Aprobado Acta n° 396)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensora de FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES en contra del fallo proferido el 23 de enero de 2015 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó parcialmente la condena emitida el veinte de noviembre del 2013 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, en los términos que serán referidos más adelante.

2. HECHOS

El Tribunal declaró probado que el seis de octubre de 2012, aproximadamente a las 9:40 de la noche, EBERSON

ESMIT MORENO REAL y FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES, en compañía de un menor de edad, transportaban en un taxi una subametralladora, un proveedor, un supresor de sonido (“silenciador”) y 3 cartuchos 9 milímetros, sin contar con la respectiva autorización. Los hechos ocurrieron en esta ciudad, en el barrio Las Lomas.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

El siete de octubre de 2012 la Fiscalía le imputó a EBERSON ESMIT MORENO REAL, FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES y JORGE ARMANDO GUTIÉRREZ MORENO el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, previsto en el artículo 366 del Código Penal, con las circunstancias de agravación consagradas en los numerales 1º y 5º del artículo 365 ídem. El 18 de enero de 2013 presentó escrito de acusación bajo los mismos presupuestos fáctico y jurídico, con la salvedad de que la primera circunstancia de agravación fue desestimada.

Luego de agotar los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 20 de diciembre de 2013 el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad condenó a todos los procesados a las penas de 264 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, tras hallarlos

penalmente responsables del delito incluido en la acusación, en calidad de coautores.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores, el Tribunal Superior de Bogotá decidió “*revocar parcialmente la sentencia, en el sentido de absolver a JORGE ARMANDO GUTIÉRREZ ROMERO del delito de transporte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas*”, y confirmarla en los demás aspectos. Lo anterior mediante proveído del 23 de enero de 2015, que fue objeto del recurso de casación interpuesto por la defensora de FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La impugnante incluyó tres cargos en su demanda.

- 4.1. **Primer cargo:** violación indirecta de la ley sustancial (Artículos 29, 365 –inciso tercero, numeral cinco- y 366 del Código Penal), por error de hecho en la modalidad de falso raciocinio

En su opinión, este yerro recayó sobre los testimonios de Juan Carlos Bermúdez, Giovanny Ciro, Michael Arévalo, José Manuel Caro Sánchez y Fabián Andrés Maldonado Benavides, y dio lugar a que el Tribunal concluyera, erradamente, que este conocía la existencia del arma y los demás elementos que a la postre fueron hallados por los policiales durante el procedimiento de control, y que tenía la intención de utilizarla.

Luego de transcribir algunos apartados del fallo impugnado, planteó que: (i) el hecho de que al Tribunal no le parezca creíble lo que dijo Michael Arévalo sobre el origen del arma y la razón por la cual la llevaba consigo, no implica que su representado conociera la existencia de ese artefacto; (ii) si MALDONADO BENAVIDES es el padrastro de Michael Arévalo, es razonable que se dirigieran en el mismo taxi hacia su lugar de residencia; (iii) es igualmente creíble que FABIÁN ANDRÉS, luego de terminar su jornada laboral, haya ido a buscar a su hijastro donde una hermana, sin que se haya enterado de lo que este hizo a lo largo del día, lo que también puede predicarse frente a su vecino EBERSON MORENO REAL; (iv) la versión de Michael Arévalo coincide con el relato de los policiales en lo que concierne a la utilización del vehículo de servicio público, la forma como se produjo el acto de control y el hallazgo del maletín que contenía el arma de fuego; (v) es acorde a las máximas de la experiencia que el menor –para ese entonces-, a raíz de la dependencia afectiva y económica frente a su padrastro, en principio haya evitado asumir la responsabilidad por el porte del arma de fuego; y (vi) la experiencia enseña que *“es común que los hijos ejecuten muchas conductas que quedan por fuera de la órbita de conocimiento de sus padres sin que ello implique que aquellos no estén ejerciendo su función de vigilancia”*.

Frente a la valoración que hizo el Tribunal del *“informe de captura en flagrancia”* elaborado por el subintendente Bermúdez, manifestó que: (i) del supuesto nerviosismo de

los ocupantes del taxi no se infiere que su representado sabía de la existencia del arma, porque de aceptarse ese raciocinio, de rigor sería predicar que todos los ocupantes del vehículo conocían ese dato; (ii) los policiales sabían que minutos antes otros uniformados habían sido víctimas de un ataque con arma de fuego, lo que pudo haber afectado su percepción frente al supuesto nerviosismo de los ocupantes del vehículo; (iii) así, se desconoció que *“el comportamiento de un ser humano siempre se verá marcado hacia el futuro, por el conjunto de hechos y situaciones previas que le hayan afectado positiva o negativamente”*; y (iv) el registro no se produjo por la referida alteración psíquica de los cuatro sujetos que se movilizaban en el taxi, sino por la llegada fortuita de ese vehículo al lugar donde se instaló el retén y donde la presencia de materiales de construcción impedían la marcha normal.

Agrega que los falsos raciocinios también dieron lugar a la conclusión sobre la existencia de un acuerdo previo para cometer el delito, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, toda vez que: (i) si bien es cierto que FABIÁN MALDONADO aceptó ser uno de los cuatro ocupantes del taxi, de ello no se deduce el acuerdo para cometer la conducta ilegal; (ii) de tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que de la sola presencia en el lugar de los hechos, o de estar acompañando a quien es sorprendido con un arma de fuego, no puede inferirse la participación en el delito; (iii) en este tipo de casos, es determinante establecer si el arma fue utilizada para cometer otros ilícitos, o si estaba destinada a dicho fin; (iv)

las conclusiones de los juzgadores, atinentes a que el arma iba a ser disparada, son especulativas, máxime si se tiene en cuenta que la misma no estaba ensamblada, los proyectiles no se encontraban en su recámara y todos los elementos incautados estaban dentro de un maletín.

Señala además que para cuando fue capturado, su representado venía de cumplir su jornada laboral, tal y como se demostró durante el juicio oral.

- 4.2. **Segundo cargo:** violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 29 del Código Penal y del artículo 365, inciso tercero, numeral 5º, ídem.

Resalta que esta Corporación de tiempo atrás dejó sentado que *“cuando no es posible demostrar el propósito común, previamente establecido por varias personas, el solo hecho de encontrarse reunidas, o movilizarse de manera conjunta, no resulta suficiente para atribuir responsabilidad como coautores del delito de porte ilegal de armas, menos aun para endilgarle el agravante derivado de la participación criminal”*.

Luego de transcribir fragmentos de algunos pronunciamientos de esta Sala, concluyó que el Tribunal condenó a su representado a título de coautor del delito previsto en el artículo 366 del Código Penal, *“cuando la Fiscalía no logró demostrar que mi defendido acordó previamente la comisión del delito de porte ilegal, y menos*

aun, que este hiciera parte de una organización criminal, pero además, que los elementos iban a ser utilizados para la comisión de otros delitos”.

Basada en los argumentos expuestos en los dos primeros cargos, solicita a la Sala casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

4.3. **Tercer cargo** (subsidiario): *“violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 29, y numeral 5 del artículo 365 del Código Penal”.*

Reitera que en este caso no se demostró que el arma haya sido o fuera a ser utilizada para consumir otro delito, lo que hace improcedente la condena de su representado a título de coautor. Por la misma razón, no había lugar a aplicar la circunstancia de agravación asociada a la coparticipación, prevista en el artículo 365, inciso tercero, numeral cinco, del Código Penal.

De nuevo, trae a colación decisiones previas de esta Corporación sobre las demostraciones que deben hacerse para que proceda la condena por los delitos previstos en los artículos 365 y 366 del Código Penal, a título de coautor.

Por estas razones, presenta una solicitud semejante a la enunciada en el cargo anterior

5. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

La impugnante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía consideró que no hay lugar a casar el fallo impugnado, porque la censora no logró demostrar que el Tribunal incurrió en errores susceptibles de ser corregidos en el ámbito del recurso extraordinario de casación. En esencia, retomó los argumentos del fallador de segundo grado, especialmente los que atañen al nerviosismo de los ocupantes del taxi cuando fueron interceptados por los policiales, lo que indica su conexión con el porte del arma de fuego y los otros elementos que fueron incautados.

En el mismo sentido se pronunció la delegada del Ministerio Público. Sin embargo, solicita casar parcialmente el fallo impugnado, en lo que concierne a la circunstancia de agravación prevista en el artículo 365, inciso tercero, numeral 5, del Código Penal. En su sentir, como los procesados fueron condenados en calidad de coautores, en los términos del artículo 29, inciso segundo, ídem, no es posible agravar la pena en razón de la coparticipación criminal, so pena de violar el principio *non bis in ídem*.

6. CONSIDERACIONES

La Sala abordará los siguientes temas: (i) las obligaciones constitucionales y legales de la Fiscalía

General de la Nación frente a la generación y verificación de hipótesis factuales en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004; (ii) el estándar de conocimiento “*más allá de duda razonable*” y su relación con el derecho a la presunción de inocencia; (iii) la inclusión de los hechos indicadores en el tema de prueba y la consecuente obligación de demostrarlos suficientemente; (iv) las opiniones que emiten los testigos que no han sido citados como peritos; (v) la incorporación de los informes suscritos por los policiales, como prueba en el juicio oral; (vi) la valoración del silencio del indiciado, imputado o acusado; (vii) el tratamiento de la flagrancia en la fase de juzgamiento; y (viii) el caso sometido a conocimiento de la Sala.

6.1. Las obligaciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación frente a la generación y verificación de hipótesis factuales en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004

El artículo 250 de la Constitución Política dispone expresamente que la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos que tengan las características de un delito. Para tales efectos, el ordenamiento superior le concede amplias facultades para realizar actos de investigación, incluso aquellos que acarrearán la afectación de derechos fundamentales, los que deben ser sometidos a controles

judiciales previos y/o posteriores, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para cada uno de ellos.

Para desarrollar este sistema de enjuiciamiento criminal, la Ley 906 de 2004 estableció un modelo epistémico, del que cabe resaltar lo siguiente: (i) la Policía Judicial está facultada para generar las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, debe realizar los actos urgentes necesarios para asegurar las evidencias (físicas o testimoniales) que pueden resultar útiles para su posterior demostración¹; (ii) una vez recibido el respectivo informe ejecutivo, el Fiscal, en asocio con los investigadores, tiene a cargo el diseño del **programa metodológico**, en el que se deben determinar **“los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva”**²; (iii) frente a las evidencias físicas, el modelo gira en torno al oportuno aseguramiento de las mismas y la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes³; (iv) como no tiene aplicación el sistema de permanencia de la prueba, el legislador hizo énfasis en la adopción de las medidas necesarias para que en el juicio oral las evidencias físicas puedan ser debidamente autenticadas⁴; (v) por regla general, las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral son útiles para la estructuración de la hipótesis mas no para su demostración, porque estos deben concurrir a dicho escenario a efectos de transmitirle su conocimiento al

¹ Art. 205

² Art. 207.

³ Arts. 250.3 de la Constitución Política y 204, 210 y 278 de la Ley 906 de 2004.

⁴ 205, 210, 277, entre otros.

Juez, salvo los casos de admisión excepcional de prueba de referencia e incorporación de declaraciones cuando el testigo se retracta o cambia su versión en el juicio.

De otro lado, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación para determinar “*cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida*” se puede “*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”. A partir de esa constatación, debe decidir si formula o no imputación⁵. En idéntico sentido, el artículo 336 dispone que “*el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, **con probabilidad de verdad**⁶, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*”.

En la misma lógica, el fiscal tiene a cargo el descubrimiento de las pruebas, la explicación de la pertinencia de las que pretende utilizar como soporte de su teoría fáctica y la práctica de las mismas en el juicio oral.

En el proceso de verificación y demostración de su teoría factual, la Fiscalía tiene a cargo, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) la delimitación de la hipótesis incluida en la imputación y la acusación; (ii) expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, esto es, los supuestos fácticos que pueden subsumirse en las normas penales aplicables al caso; (iii)

⁵ Arts. 286 y siguientes.

⁶ Negrilla fuera del texto original

constatar que la hipótesis tiene un respaldo suficiente, en los términos establecidos en los artículos 286 y 336 de la Ley 906 de 2004, sin perder de vista su obligación de demostrarla más allá de duda razonable; (iv) verificar que cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica tiene un respaldo suficiente en las evidencias y la información legalmente obtenida; (v) para tales efectos, debe establecer si las evidencias (físicas o personales) tienen una relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes; (vi) verificar si las evidencias que sirven de soporte a su teoría fueron obtenidas con apego al ordenamiento jurídico⁷; (vii) cumplir todos los requisitos de admisibilidad de las pruebas; (viii) durante el juicio oral, debe asegurarse de que cada elemento estructural de su teoría fáctica encuentra respaldo suficiente en las pruebas practicadas; (ix) lo que implica constatar que las evidencias físicas y documentos fueron debidamente autenticados e incorporados, que con cada testigo se abordaron todos los temas pertinentes, etcétera.

Este ejercicio debe abarcar todos los elementos estructurales de la conducta punible, bien los objetivos, ora los subjetivos, porque todos ellos, sin excepción, son presupuesto de la pena.

En síntesis, en el modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo la delimitación y verificación de la hipótesis (fase de preparación del juicio oral), y la presentación y

⁷ Art. 212

demostración de la misma durante la fase de juzgamiento. Estas amplias facultades implican, también, grandes responsabilidades, pues en el actual modelo de enjuiciamiento criminal la eficacia de la administración de justicia depende en buena medida del adecuado trabajo del fiscal.

La Sala ha venido observando con preocupación los frecuentes errores en que incurre la Fiscalía en la preparación, presentación y/o demostración de los casos que pone a consideración de la Judicatura. Repetidamente, las acusaciones no incluyen la hipótesis fáctica en los términos establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 (relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible), entre otras cosas porque suelen entremezclarse hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba (CSJ SP, 8 marzo 2017, Rad. 44599, entre muchas otras). En otros eventos, son frecuentes los problemas de estructuración de la hipótesis, lo que necesariamente repercute en su comprobación y, por razones obvias, en su presentación y demostración en el juicio oral. Igualmente, se advierten yerros notorios en el manejo de las evidencias físicas (CSJSP, 18 Ene. 2017, Rad. 44741⁸; CSJSP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916⁹), sin dejar de considerar que, como en este caso, en ocasiones los testigos no son

⁸ La Fiscalía planteó que los procesados portaban un arma de fuego que recientemente habían utilizado para perpetrar un hurto. Durante el juicio oral no se demostró que el arma analizada por el perito en balística era la misma que supuestamente hallaron los policiales.

⁹ En un caso de acceso carnal abusivo, se planteó que en una pantaloneta de la víctima quedaron fluidos del procesado. No se ingresó como prueba ni la pantaloneta ni los fluidos, ni se demostró que lo analizado por el perito en genética correspondía a los elementos en mención.

interrogados sobre todos los temas pertinentes para esclarecer los hechos (CSJSP, 08 Jun. 2016, Rad. 40961¹⁰), ni se dispone la práctica de los actos de investigación necesarios para los mismos efectos (CSJSP, 08 Mayo 2017, Rad. 48199¹¹), o, incluso, la Fiscalía desiste de los testimonios u otras pruebas necesarias para demostrar uno o varios elementos estructurales de la conducta punible (CSJSP, 15 marzo 2017, Rad. 48178¹²). Además, no es extraño que los delegados de la Fiscalía olviden uno o varios cargos al presentar sus alegaciones (CSJSP, 26 Oct. 2016, Rad. 45654).

Con ánimo constructivo, la Sala se refiere a estos casos, que son una muestra de una realidad mucho más amplia, para sugerir que se tomen los correctivos necesarios en orden a evitar que estas situaciones se repitan, porque, sin duda, afectan gravemente la eficacia y la celeridad de la administración de justicia.

6.2. El estándar de “conocimiento más allá de duda razonable” y su relación con el derecho a la presunción de inocencia

El artículo 29 de la Constitución Política establece que *“toda persona se presume inocente mientras no se la haya*

¹⁰ El déficit en los interrogatorios impidió establecer la responsabilidad de los procesados frente a la droga que supuestamente se extravió.

¹¹ En un caso por prevaricato, por la supuesta indebida valoración de las pruebas, no se demostró cuáles eran los medios de conocimiento de que disponía el procesado para tomar la decisión.

¹² Con la víctima se demostró que el hurto lo perpetró un hombre con características físicas que corresponden a las de un sector amplio de la población. La Fiscalía desistió de los testimonios de los policiales con los que pudo haber demostrado que el procesado es el mismo sujeto que fue sorprendido cuando intentaba apoderarse de los bienes de la víctima.

declarado judicialmente culpable”. En el mismo sentido, el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 dispone que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

El ordenamiento jurídico desarrolla de diversas maneras este derecho, entre ellas: (i) radica en la Fiscalía General de la Nación la carga de la prueba. (ii) Establece que la presunción de inocencia no podrá desvirtuarse con pruebas obtenidas con violación de derechos o garantías fundamentales (Art. 29 de la C.P. y 23 de la Ley 906 de 2004). (iii) incluye garantías para el procesado, que se erigen en límites a la actividad probatoria del Estado, tal y como sucede con el derecho a no declarar en su contra ni en contra de los parientes en los grados establecidos en la ley; la consagración del derecho a la confrontación y las consecuentes prohibiciones en materia de prueba de referencia; entre otras. (iv) Dispone que el conocimiento más allá de duda razonable es el estándar que debe alcanzarse para que pueda tenerse por desvirtuada la presunción de inocencia (Art. 381 ídem); etcétera.

Frente a este último aspecto, la Sala se ha referido reiteradamente a la necesidad de precisar el concepto de duda razonable, para establecer el alcance del estándar de conocimiento previsto como presupuesto de la condena. Por su relevancia para la solución del presente caso, cabe destacar algunas precisiones sobre el concepto de hipótesis fácticas concurrentes y exculpatorias, cuando las mismas

pueden considerarse como verdaderamente plausibles. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 8 marzo 2017, Rad. 44599, dijo:

El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 dispone que “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. En los aspectos relevantes, esta disposición es reiterada en el artículo 381 ídem.

La Sala es consciente de los debates suscitados en torno a lo que debe entenderse por duda razonable, y de la consecuente necesidad de desarrollar jurisprudencialmente dicho concepto.

En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

Por la dinámica propia del sistema regulado en la ley 906 de 2004, las hipótesis que potencialmente pueden generar duda razonable pueden ser propuestas por la defensa.

Sin embargo, no puede descartarse que, como en este caso, dicha hipótesis esté implícita en la acusación y/o sea detectada por el juez durante el juicio oral, así las partes no hagan expresa alusión a ella¹³.

¹³ Negrillas fuera del texto original.

Igualmente, ha resaltado que la constatación de la existencia de hipótesis exculpatorias –o atenuantes-, verdaderamente plausibles, supone una valoración cuidadosa de los medios de prueba, especialmente cuando estos se refieren directamente a datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse un hecho jurídicamente relevante en particular. Sobre este tema se volverá más adelante.

6.3. La inclusión de los hechos indicadores en el tema de prueba y la consecuente obligación de demostrarlos suficientemente

Bajo el entendido de que no es posible estructurar una argumentación adecuada si no se tiene claridad sobre la pregunta a la que se le pretende dar respuesta, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de precisar el tema de prueba, como presupuesto necesario de la concreción de las preguntas probatorias. Al efecto, ha resaltado lo siguiente: (i) la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba; (ii) la importancia de la correcta interpretación de las normas penales, como presupuesto de la determinación de la relevancia jurídica de un hecho en particular; (iii) los “hechos indicadores” se incorporan al tema de prueba, pues los mismos deben ser demostrados para que puedan servir de base a las inferencias atinentes a los hechos jurídicamente relevantes; (iv) el tema de prueba debe incluir todos los elementos estructurales de la conducta punible; y (v) si la defensa opta por proponer hipótesis fácticas

alternativas, esos aspectos se incorporan al tema de prueba (CSJSP, 8 marzo 2017, Rad. 44599, entre otras).

Cuando se pretende establecer el hecho jurídicamente relevante a partir de inferencias, se debe prestar especial atención a la demostración de los hechos indicadores o datos que sirven de base a ese proceso, para evitar el riesgo de construir argumentos cuya solidez sea solo aparente por estar estructurados sobre realidades fácticas que no tienen el suficiente respaldo probatorio (ídem).

Lo anterior sin perjuicio de la explicación del paso de los hechos indicadores al hecho jurídicamente relevante, que bien puede hacerse a través de una máxima de la experiencia o una regla técnico científica, o por la pluralidad de datos convergentes y concordantes que le imprimen suficiente fuerza a la conclusión sobre el dato inferido (CSJSP, 9 marzo 2011, Rad. 34896; CSJSP, 18 Ene. 2017, Rad. 40120; entre otras).

6.4. Las opiniones que emiten los testigos que no han sido citados como peritos

El artículo 402 de la Ley 906 de 2004 establece que “*el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”. Por su parte, los artículos 405 y siguientes ídem, que regulan la prueba pericial, precisan, entre otros aspectos, cuándo es procedente (405), los requisitos que debe reunir una persona para que pueda

comparecer en calidad de perito (408), y la presentación de informes previos (413). A la luz de esta reglamentación, en principio podría afirmarse que solo los peritos están habilitados para emitir opiniones durante el juicio oral.

Sin embargo, existen aspectos de alto interés para la administración de justicia, de los que suelen ocuparse los ciudadanos en las conversaciones cotidianas y que, ordinariamente, dan lugar a la emisión de opiniones espontáneas, como es el caso de los estados de ánimo, el “*nerviosismo*” y otros aspectos comportamentales.

Estas exteriorizaciones de lo que sucede al interior del sujeto pueden ser determinantes para decidir sobre la responsabilidad penal, especialmente cuando se trata de demostrar los elementos estructurales del dolo y, en general, los fenómenos mentales que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos.

Se trata, sin duda, de inferencias que realiza el sujeto cognoscente, a partir de fenómenos que puede percibir directamente por los sentidos (temblor, sudoración, dificultad para hablar, etcétera), y que pueden ser producto (las inferencias) de procesos mentales conscientes o inconscientes. Esto, sin duda, apareja riesgos para la administración de justicia, sobre todo cuando no se realiza un interrogatorio adecuado que ponga en evidencia los datos a partir de los cuales el testigo concluye que el procesado, la víctima u otra persona se encontraba en un estado de alteración como los que se acaban de describir,

no se le pregunta por las causas de esa perturbación (según lo que pudo percibir directamente), por su conocimiento previo sobre los cambios comportamentales de esa persona en particular, etcétera. Lo anterior sin perjuicio de que se alleguen otros medios de prueba sobre esa temática.

Por tanto, en este tipo de casos es determinante establecer: (i) los datos a partir de los cuales el testigo infiere el nerviosismo u otro tipo de alteración en un determinado sujeto; (ii) las razones que pueden haber generado esa reacción; (iii) los conocimientos previos del testigo sobre las alteraciones psíquicas de esa persona en particular; etcétera. Si estos aspectos no son tratados adecuadamente durante el interrogatorio cruzado, es posible que el juzgador no cuente con suficientes elementos de juicio para realizar sus propias inferencias sobre los aspectos jurídicamente relevantes (el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, por ejemplo), ya que para ello es indispensable que los hechos indicadores estén plenamente demostrados, según se indicó en el anterior numeral.

6.5. La incorporación de los informes suscritos por los policiales, como prueba en el juicio oral

En diversas ocasiones esta Corporación se ha ocupado del tratamiento de la prueba testimonial en la Ley 906 de 2004. Puntualmente, se ha precisado que: (i) el derecho a la confrontación constituye una garantía judicial mínima,

prevista en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, que fue desarrollada en la Ley 906 de 2004, tanto en las normas rectoras 8 y 16, como en los artículos que regulan el interrogatorio cruzado de testigos; (ii) entre sus elementos estructurales, se ha destacado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas que consagra el ordenamiento jurídico, entre ellas, la posibilidad de formular preguntas sugestivas y de utilizar declaraciones anteriores del testigo a efectos de impugnar su credibilidad (CSJSP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras); (iii) por ser una de las principales expresiones de esta garantía judicial, el Juez debe valorar lo sucedido durante el contrainterrogatorio y, especialmente, la impugnación de la credibilidad de los testigos (CSJSP, 25 Oct. 2017, Rad. 44819); (iv) en ese contexto, debe establecerse si la parte pretende utilizar una declaración anterior como prueba –de referencia o como complemento de lo declarado por el testigo que se retracta o cambia su versión-, o si su finalidad es refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, bajo el entendido de que cada uno de estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial (CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950); y (v) sin perder de vista que la regla general es que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral no se pueden incorporar como prueba.

Frente a la prueba de referencia, la Sala ha precisado que: (i) se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se pretenden llevar a este escenario como

medio de prueba; (ii) debe diferenciarse la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios utilizados para demostrar su existencia y contenido; (iii) el hecho de que una declaración esté contenida en un documento, no afecta su carácter testimonial; (iv) un importante parámetro para establecer si se trata o no de prueba de referencia, es analizar si la incorporación de un documento que contenga declaraciones rendidas por fuera del juicio oral afecta el derecho a la confrontación, especialmente la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas propias del conainterrogatorio (CSJSP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (v) además de sus implicaciones frente al derecho a la confrontación, debe considerarse que, por regla general, la declaración del testigo en el juicio oral constituye mejor evidencia que sus manifestaciones previas, entre otras cosas porque pueden existir dudas sobre su contenido, el contexto en el que fueron hechas, etcétera, sin perjuicio de que el interrogatorio cruzado y la impugnación de credibilidad son importantes herramientas para decantar el contenido de los testimonios y la verosimilitud de los mismos.

A la luz de este marco teórico, para la Sala es claro que los informes presentados por los policiales: (i) contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la

participación del procesado en la conducta punible; (iii) su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 –literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones, es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, estas declaraciones documentadas pueden utilizarse (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, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados.

Ahora bien, cuando se hace un uso inadecuado de estos informes, pero la parte contra la que se aducen tiene la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, debe evaluarse caso a caso la trascendencia de la irregularidad. En el asunto que se analiza, según se verá, los yerros de la Fiscalía durante la práctica probatoria perdieron relevancia por las amplias posibilidades que tuvo la defensa de conainterrogar a los testigos que suscribieron el informe incorporado como prueba.

6.6. La valoración del silencio del indiciado, imputado o acusado

El artículo 33 de la Constitución Política establece que nadie está obligado a declarar en su contra ni en contra de sus familiares cercanos. El tema fue ampliamente desarrollado en la Ley 906 de 2004, especialmente en lo que concierne a las circunstancias bajo las cuales se activa este derecho y a la posibilidad que tiene el indiciado, imputado o acusado de guardar silencio.

En primer término, la norma rectora 8 dispone que

En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente (...)*
- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge (...).*

Más puntualmente, el artículo 126 precisa que “*el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero*”. El artículo 282, que regula el interrogatorio al indiciado, establece que “*el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene **derecho a guardar silencio** y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra (...). Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un*

abogado”. En la misma lógica, el artículo 303 dispone que “*al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente: (...) 3. **Del derecho que tiene a guardar silencio**, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente (...)*”. Por su parte, el artículo 394 regula el interrogatorio del acusado o coacusado en el juicio, bajo la advertencia de que para ello es necesario que estos se “*ofrecieren a declarar*”, lo que fue ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005¹⁴.

El sentido de estas normas es unívoco en lo que concierne a los siguientes aspectos: (i) el derecho a no autoincriminarse, y su correlato, el derecho a guardar silencio, se activa, entre otros eventos, cuando la persona ha sido capturada; (ii) Si la posibilidad de guardar silencio bajo estas condiciones está consagrada como una garantía de rango constitucional, el Estado no puede valorar en contra del procesado el ejercicio de la misma, porque ello implicaría vaciarla de contenido; y (iii) si el Estado pretende interrogar a una persona privada de la libertad, debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 282 y 303, orientados a garantizar que ello obedezca a un verdadero acto de liberalidad, bajo el asesoramiento de un abogado contractual o provisto por la Defensoría Pública.

En repetidas ocasiones la Sala se ha pronunciado frente a la imposibilidad de valorar el silencio derivado del

¹⁴ Negrillas fuera del texto original.

ejercicio del derecho previsto las normas atrás relacionadas, bien en el ámbito de la incriminación a los parientes en los grados de ley (CSJSP, 8 marzo 2017, Rad. 44599, o en el de la autoincriminación (CSJSP, 27 Sep. 2017, Rad. 46864).

6.7. El tratamiento de la flagrancia en la fase de juzgamiento

La Sala ha establecido que si alguno de los presupuestos fácticos de la captura en flagrancia debe ser incorporado al tema de prueba del juicio oral, bien porque constituya un hecho jurídicamente relevante, o en calidad de hecho indicador de uno de los aspectos factuales que encajan en la respectiva norma penal, la Fiscalía asume la carga de su demostración. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 15 marzo 2017, Rad. 48178, se concluyó:

En consecuencia, si la Fiscalía opta por incluir en la acusación uno o varios de los aspectos fácticos que en su momento determinaron la captura en flagrancia, asume cargas como las siguientes: (i) constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes, en la medida en que puedan ser subsumidos en la respectiva norma penal; (ii) si se trata de datos o “hechos indicadores” a partir de los cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en la respectiva inferencia; (iii) debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; (iv) si pretende valerse de los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y/o realizado la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio oral, salvo que medie alguna de las

causales de admisión excepcional de prueba de referencia; (v) de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir los respectivos requisitos de admisibilidad; y (vi) estas cargas no pueden ser eludidas bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales.

6.8. El estudio del caso sometido a conocimiento de la Sala.

La Sala abordará los siguientes temas: (i) la delimitación del tema de prueba y la concreción de los aspectos centrales del debate; (ii) lo que se demostró en el juicio oral; (iii) lo que se dio por probado en el fallo impugnado; (iv) los errores en que incurrieron los juzgadores; (v) la trascendencia de esos yerros; y (vi) el análisis de los cargos incluidos en la demanda.

6.8.1. La delimitación del tema de prueba y la concreción de los aspectos centrales del debate

Aunque en la acusación la Fiscalía entremezcló hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, de la misma se extrae que, en su opinión, los cuatro ocupantes del taxi, incluyendo su conductor, sin contar con la respectiva autorización legal acordaron transportar la subametralladora, el supresor de sonido, el cargador y los proyectiles que estaban en el interior del bolso hallado en el piso del vehículo.

A partir de esa hipótesis era imperioso demostrar que: (i) el arma y los demás elementos fueron hallados en el vehículo de servicio público; (ii) el artefacto era idóneo para producir disparos; (iii) los procesados no contaban con autorización legal para portar la subametralladora y los demás elementos; (iv) todos habían acordado portar y transportar los referidos artefactos; y (v) por tanto, sabían que el bolso ubicado en la parte trasera del vehículo contenía la subametralladora, el supresor de sonido y los proyectiles. Lo anterior sin perjuicio de otros aspectos estructurales de la conducta punible, como la consciencia de la antijuridicidad, la exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho, etcétera.

En el presente caso no se discuten los tres primeros aspectos, frente a los cuales la Fiscalía aportó pruebas suficientes toda vez que: (i) los policiales que participaron en el operativo se refirieron de forma coherente al hallazgo de los elementos y a la presencia de los procesados en el vehículo de servicio público, (ii) un perito dictaminó sobre la idoneidad del arma para cumplir la función que le es propia, y (iii) las características del arma –de uso privativo de las fuerzas armadas-, la ausencia de guarismos de identificación, la no exhibición de la autorización judicial por parte de los procesados –quienes, salvo el menor de edad, se mostraron ajenos al artefacto-, y las constataciones que hizo el investigador ante la autoridad encargada de llevar este tipo de registros, indican con claridad que los retenidos no tenían autorización para portarla.

Desde el comienzo de la actuación era evidente que los aspectos neurálgicos de la investigación tenían que ver con el vínculo de cada uno de los ocupantes del carro con la subametralladora y los otros elementos incautados, porque no podía perderse de vista que: (i) la incautación se produjo en un vehículo de servicio público; (ii) el arma estaba guardada en un bolso y a simple vista no podía establecerse que se trataba de un elemento ilegal; (iii) MALDONADO BENAVIDES es el padrastro del menor de edad que también fue retenido, lo que en principio podría justificar la presencia de ambos en el rodante; (iv) al margen de la incautación del arma, no se tenía evidencia de que los retenidos hubieran realizado una conducta ilegal o se dirigieran a algún lugar con ese propósito –el arma se halló en un procedimiento rutinario de control-; y (v) el artefacto no le fue hallado a alguna persona en particular, porque fue encontrado en el piso del carro, luego de que sus ocupantes descendieron para ser requisados por los policiales.

Así, cuando la Fiscalía asumió la dirección de la investigación, era evidente la concurrencia de hipótesis factuales, entre ellas: (i) todos los **ocupantes** del taxi habían acordado transportar el arma de fuego y sus aditamentos, (ii) todos los **pasajeros** del vehículo acordaron transportar dichos artefactos, (iii) algunos pasajeros del carro eran responsables del transporte del elemento ilegal, (iv) solo un pasajero del rodante tenía a cargo el transporte del arma, etcétera.

Para optar por la primera hipótesis (todos los ocupantes del taxi habían acordado transportar el arma y sus aditamentos), la Fiscalía tuvo en cuenta los siguientes hechos indicadores: (i) la presencia de los retenidos en el vehículo donde fue hallada el arma; (ii) el “*nerviosismo*” que evidenciaron al notar la presencia de los policiales; (iii) uno de ellos –que vestía chaqueta beige- trató de ocultar algo cuando se percató del retén policial; (iv) cuando los uniformados les preguntaron por “*el propietario del mencionado bolso con las armas, no hubo respuesta por parte de ninguno de los ocupantes del taxi*”; y (v) el conductor “*quiso hacerse ajeno a los acontecimientos, pero por lo percibido por los uniformados de la Policía tenía conocimiento de la existencia del arma dentro del rodante*”.

Según el contenido del escrito de acusación y lo demostrado a lo largo del juicio oral, no se practicaron actos de investigación orientados a verificar aspectos como los siguientes: (i) si en la subametralladora y/o los otros elementos incautados existían huellas dactilares de alguno de los procesados, (ii) si en los teléfonos incautados –que portaban los retenidos- existían mensajes atinentes al artefacto ilegal o a su utilización para la realización –pasada o futura- de alguna conducta ilegal; (iii) la posible pertenencia de uno o a varios de los retenidos a bandas delincuenciales; etcétera.

6.8.2. Lo que se declaró probado en el fallo impugnado

Luego de referirse a los aspectos del tema de prueba que no admiten discusión (el hallazgo del arma y sus aditamentos, su idoneidad para los fines que le son propios y la ausencia de autorización legal para su porte), los juzgadores se ocuparon de analizar las pruebas que dan cuenta de la celebración del acuerdo para portar dichos artefactos y el conocimiento que tenían los procesados de la presencia de los mismos en el vehículo en que se transportaban.

Al efecto, el fallador de primer grado hizo hincapié en que los procesados fueron capturados en situación de flagrancia, en el nerviosismo que evidenciaron al notar la presencia de los policiales y en el silencio que guardaron cuando se les indagó por el bolso y su contenido ilegal. Además, resaltó que uno de los ocupantes del taxi (MORENO REAL) intentó ocultar “algo” cuando notó la presencia de los uniformados. Dijo:

*En efecto, en primer lugar debe el juzgado referirse a los testimonios rendidos por los miembros de la Policía Nacional, que conocieron del caso, pues, los relatos del subintendente Bermúdez Barrera y el patrullero Ciro Harold, resultan coincidentes al advertir que el 6 de octubre de 2012, observaron cuando llegó al lugar de los hechos el vehículo de servicio público VED 529, en el que se **movilizaban cuatro hombres con actitud que para ellos era sospechosa**, hecho que **motivó el registro** personal y la inspección vehicular con el consecuente hallazgo del arma de fuego, el dispositivo y las municiones ya citadas.*

(...)

[r]esulta tan evidente el compromiso de los tripulantes del vehículo, en que se hallaron los artefactos bélicos, que no solo el síntoma de preocupación al notar estos la presencia de los uniformados, sino que la reacción de MORENO REAL al querer ocultar la maleta como atrás se dijo, lo que permite afirmar, contrario a lo pretendido por las defensas técnicas, su conocimiento sobre dicho contenido.

*Sin duda la situación que procede (sic) **es constitutiva jurídicamente como hecho en flagrancia**, es decir, que la incautación de los artefactos mencionados, estaban bajo el dominio de los aquí procesados MALDONADO BENAVIDES, MORENO REAL y GUTIÉRREZ MORENO, situación que está plenamente demostrada en la foliatura, **y que dada la presencia de los acusados en el escenario de los acontecimientos, generan de manera directa el nexo causal** entre el injusto penal imputado y la acción humana que estos cumplían para ese entonces, es decir, transportar dichos elementos (...).*

*Es más, la versión del subintendente Bermúdez **se acompasa con el informe de primer respondiente** rendido por éste y avalado por su compañero de cuadrante, patrullero Ciro Harold, en el sentido de advertir que al momento de la aprehensión requirieron de los cuatro ocupantes del rodante, informar a cuál de ellos pertenecían el bolso (sic), contentivo de los artefactos bélicos, **respecto de los cuales todos guardaron silencio** (...)*

No encuentra justificación razonable el proceder adoptado por los acusados, pues si en gracia de discusión se aceptara la exculpación ofrecida, no encuentra razón de ser el silencio adoptado por los cuatro implicados, cuando se indagó por el propietario de la maleta; tampoco la situación de incertidumbre presentada, adicionalmente la reacción de

ocultamiento ejercida por el hoy acusado MORENO REAL, contrario a ello, lo que se evidencia es que sí existió el nexo causal de su accionar en dicho acto ilícito, y extensivo a los demás ocupantes, hoy acusados ¹⁵.

Se refirió, además, a lo inverosímil que resulta la versión del joven Michael Arévalo Castro, quien era menor de edad para cuando ocurrieron los hechos y fue retenido con los aquí procesados. Este testigo aseguró que: (i) el arma incautada y sus aditamentos le pertenecían exclusivamente a él; (ii) se la encontró casualmente en un lugar abierto al público; (iii) en ocasiones la llevaba consigo, tal y como sucedió el día en que fueron capturados; (iv) su padrastro y su amigo no sabían que la llevaba en el bolso; (iv) no sabe disparar armas de fuego, y, sin embargo, portaba el elemento ilegal para defenderse; y (v) había considerado la posibilidad de vender la subametralladora. Dijo el Juez:

De la versión de ARÉVALO CASTRO, puede afirmarse que el afán de este testigo no es otro que pretender desligar del comportamiento penal a los acusados MORENO REAL y MALDONADO BENAVIDES, al afirmar que estos no tenían conocimiento del contenido de la maleta que según él siempre llevaba consigo.

*Nótese como entra en contradicción con lo expuesto por los uniformados, pues ponen en tela de juicio la veracidad de su dicho, al referir con posterioridad a su captura y en desarrollo del juicio, que era él, el único responsable del porte de los elementos bélicos, situación que alega a última hora, para favorecer a sus acompañantes, **y que no lo hizo en el***

¹⁵ Negrillas fuera del texto original

momento en que se le interrogó y retuvo para el 6 de octubre de 2012 por los agentes del orden.

Resulta tan acomodada la versión de ARÉVALO CASTRO, que dijo no tener conocimiento ni manejo de las armas, lo que resulta totalmente opuesto a la intención que lo llevó a recoger supuestamente la bolsa contentiva de los artefactos so pretexto de utilizarla como medida de protección, tras las amenazas de su anterior pareja sentimental.

Resáltese que con respecto al testigo ARÉVALO CASTRO, posterior a su aprehensión, fue objeto de judicialización por la justicia para adolescentes, por lo cual se le impuso una sanción de libertad asistida, por período de un año, considerándose así la resolución de su situación jurídica y el compromiso penal con el injusto a él atribuido, circunstancia conveniente que le permite al final del proceso plantear y adjudicarse de manera total, la culpabilidad frente al delito por el cual se le retuvo en compañía de las personas aquí acusadas.

En el mismo sentido, el Tribunal, luego de retomar los tres aspectos del tema que no han sido objeto de debate, planteó lo siguiente:

En el informe de vigilancia de casos de captura en flagrancia suscrito por JUAN BERMÚDEZ, subintendente de la Policía, aparece que para el 6 de octubre de 2012 (...) agentes de policía que patrullaban el sector observaron el taxi de placas VED 529 ***cuyos ocupantes, al notar su presencia, se pusieron nerviosos y uno de ellos que vestía una chaqueta beige se agachó a esconder algo,*** razón por la cual les exigieron que abandonaran el vehículo, los requisaron sin encontrarles nada, pero registrado el taxi hallaron en el piso de la silla trasera un bolso azul que

contenía una subametralladora negra sin número, un proveedor negro, un supresor de sonido negro y plateado, como también tres cartuchos calibre 9 milímetros.

Luego de referirse al contenido del testimonio de MICHAEL ARÉVALO, concluyó que

[s]e trata de un relato sobre estructurado desprovisto de espontaneidad y coherencia, con ausencia de detalles que solo podrían darse en una declaración espontánea, de cuyo contenido se advierte la necesidad de recrear una historia para justificar su presencia, la de EBERSON MORENO y FABIÁN MALDONADO en la calle 40 sur -121, barrio La Loma, dentro del taxi de placas VED 529, desligándolos de responsabilidad en el porte de armas de fuego al incautárseles una subametralladora...

Esta es la conclusión a la que se llega cuando el testigo refirió haber hallado la subametralladora al interior de una bolsa mientras caminaba por el parque del barrio donde residía, sin saber por qué la recogió y a pesar de aceptar que la usaba para su defensa personal, adujo no saber utilizarla.

Tales manifestaciones son ilógicas, pues no tiene sentido que MICHAEL ARÉVALO portara un arma que no sabía utilizar para su defensa personal, y además de la subametralladora, los cartuchos y el proveedor, llevara un silenciador, este último al tener como finalidad el ocultamiento del sonido que se produce al percutir el arma de fuego, permitía deducir que su intención no era la de proteger su vida contra un ataque, pues no tiene sentido que nadie note que alguien se está defendiendo.

La responsabilidad de FABIÁN MALDONADO y EBERSON MORENO se encuentra respaldada, precisamente, en la

*versión inverosímil ofrecida por dicho testigo, quien a pesar de haberse responsabilizado del porte de la subametralladora en relación con la cual no contaba con salvoconducto, no ofreció ninguna explicación lógica sobre las razones por las cuales el 6 de octubre de 2012 llevaba un maletín con una subametralladora (...) **ni ofreció una explicación lógica para que FABIÁN MALDONADO y EBERSON MORENO lo acompañaran el 6 de octubre de 2012 portando los elementos bélicos incautados.***

*Lo anterior adquiere mayor relevancia con la información dada por el subintendente JUAN BERMÚDEZ, quien **en el informe de captura en flagrancia** dijo que al observar el vehículo de placas (...), **sus ocupantes se pusieron nerviosos** y uno de ellos que vestía chaqueta beige se agachó a esconder algo, **pudiéndose determinar en la captura que quien portaba tal prenda era EBERSON MORENO pues vestía un saco color beige con capota.***

***La reacción de nerviosismo ante la presencia de los policías demuestra el conocimiento** que tenían EBERSON MORENO y FABIÁN MALDONADO sobre los elementos bélicos que se encontraban al interior del maletín, lo que se complementa con la conducta del primero de ellos de esconderlo.*

*Fue así como al requisar el vehículo los policías hallaron en el piso de la parte trasera del vehículo y al serles preguntado sobre el propietario de los elementos incautados, **estos optaron por guardar silencio**, como lo declararon los policías de un modo creíble.*

*La responsabilidad de la conducta punible se extiende a FABIÁN MALDONADO, debido a que si bien no fue este quien se agachó para esconder el armamento ni reconoció ser el propietario del arma, **era acompañante** de quien admitió la*

tenencia y de quien la escondió, lo cual sumado a su presencia en el lugar de los hechos y la ausencia de una justificación válida sobre el titular del maletín azul como también del por qué iba con sus acompañantes hacia su domicilio con una subametralladora, un proveedor, tres cartuchos del mismo calibre y un silenciador¹⁶.

6.8.3. Lo que se demostró en el juicio oral

En la sesión del 27 de agosto de 2013 se instaló la audiencia de juicio oral. Luego de la declaración inicial de las partes, se inició la práctica de las pruebas, con el testimonio del subintendente Juan Carlos Bermúdez Becerra.

Luego de la identificación del testigo, el fiscal le puso de presente el “*informe de policía de vigilancia*” con el propósito de que lo identificara. Luego, le pidió que lo leyera en voz alta. Dijo:

*Estábamos patrullando, observamos un taxi en el cual se movilizaban cuatro sujetos que al notar la presencia policial se tornaron nerviosos, **por la cara de asombro que mostraron** y entre los mismos **observo cuando uno de ellos, que vestía chaqueta beige** y se agachó a esconder algo en el piso del vehículo. Por lo anterior, de inmediato reaccionamos y les solicitamos que descendieran del vehículo.*

(...)

Procedo a preguntarles cuál era el dueño del bolso, pero ninguno dio respuesta o manifestó ser el dueño. Del mismo modo les

¹⁶ Negrillas fuera del texto original

pregunto cuál era el dueño de la subametralladora y si tenían algún permiso para porte o tenencia de la misma, pero tampoco dieron respuesta.

Al minuto 36:30 de esa sesión comienza el verdadero interrogatorio. Allí el testigo precisa lo siguiente: (i) otros agentes de policía acababan de ser atacados por dos sujetos que se transportaban en una motocicleta de color rojo; (ii) acudieron a prestar el respectivo apoyo y, luego, fueron hasta el lugar donde se estaba presentando un inconveniente de menor importancia con una familia reconocida por ser conflictiva, (iii) a continuación, notaron la presencia de dos sujetos que se transportaban en una motocicleta –negra-, a quienes procedieron a requisar, y (iv) atravesaron la patrulla en la calle, junto a un montículo de arena, lo que impedía el paso de vehículos. Agrega que en ese momento:

*Se asoma un vehículo taxi y el compañero me dice; mi cabo, en ese taxi vienen cuatro sujetos, entonces nos acercamos por los costados del taxi **con el armamento en la mano** y les solicitamos que desciendan del vehículo.*

*En la parte de atrás, como en la mitad de la silla de atrás, había un bolso. Saco un tubo largo **pero en el momento no pensé qué elemento fuera**, no supe qué elemento era, (...), entonces saco y encuentro el arma.*

Luego, describió cómo se produjo la captura de los ocupantes del taxi:

[n]o les dije que había encontrado nada, les dije a mis compañeros: “asegúrelos, asegúrelos”, y les pusimos las esposas, entonces les dije a mis compañeros que llevaban una mini uzi dentro del carro, entonces los compañeros solicitaron apoyo a otras patrullas.

Cuando ya los teníamos asegurados saco el bolso y me lo colocó en la espalda, posteriormente los condujimos del lugar donde los registramos a la patrulla.

A continuación, el fiscal le pregunta “*por qué razón les dio captura*”, y el testigo respondió:

Porque hallamos un elemento que está tipificado como delito en el Código Penal, que es el porte ilegal de armas, y aunque no se lo hallamos a ninguno sí estaba en el vehículo donde venían y ninguno de ellos dio razón de por qué esa arma se encontraba en el vehículo.

Luego, el acusador solicitó que se incorporara como prueba el referido informe y el acta de incautación de los elementos, entre los que se encontraban los teléfonos celulares de los procesados. Así terminó el interrogatorio directo, sin que se haya indagado por la ubicación de los pasajeros en el vehículo ni precisado la base fáctica de las conclusiones del policial en torno al nerviosismo de los capturados, sin perjuicio de otros temas relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Posteriormente, se inició el contrainterrogatorio. El defensor de MALDONADO BENAVIDES (minuto 56) le

preguntó al policial sobre el sujeto de chaqueta beige que, según él, intentó esconder “algo”. El testigo respondió:

*Yo manifesté que uno de los sujetos escondió algo atrás **pero específicamente no podría decir cuál**, porque era de noche, el vehículo, pues obviamente eso estaba oscuro, **las luces hacia nosotros**, se veían cuatro personas en el vehículo, fue alguien de los que iban en la parte de atrás.*

La defensa le pidió que precisara si el procedimiento se adelantó porque iban cuatro sujetos en el taxi o porque se mostraron “nerviosos”. El testigo respondió:

*Estamos hablando de que al momento de esos hechos, estábamos tres policías a la expectativa de lo que pudiéramos encontrar en búsqueda de una motocicleta (...) posterior a eso viene ese vehículo taxi (...) **el vehículo no podía seguir derecho** porque no podía, no echar reversa porque era una loma. Mi compañero, no estábamos los tres pegados, él estaba un poco más arriba **y él es el que se da cuenta de que vienen cuatro personas, él me dice: “mi cabo, pendiente de ese carro que vienen cuatro personas”**, yo me quedé mirándolos de frente, es cuando yo observo que ellos empiezan **como a moverse y a hablar entre ellos**, pero uno de los de la parte de atrás se agacha y deja algo ahí, o sea, como que tratando de esconder algo, **no podría decirle exactamente por la oscuridad del lugar de los hechos, la hora que era**, quién de ellos lo escondió, entonces yo le digo: alguien de los que iba atrás, pero se tornaron nerviosos al notar la presencia de la patrulla, ello es evidente.*

La defensa preguntó si “pudo notar con precisión quién fue el que se agachó”, y el policial dijo: “No señor, **pero de los dos que iban en la parte de atrás**”.

A continuación, el defensor de MORENO REAL (1:01:30) le pregunta si se tomaron las medidas necesarias para realizarle un estudio de dactiloscopia a los elementos incautados. El testigo dice que no, por la premura con la que se adelantó el operativo. Cuando el defensor le preguntó si el menor capturado hizo alguna manifestación durante el procedimiento, contestó:

*En el momento de la aprehensión y ya teniendo el elemento material de prueba **ellos hacen uso del derecho a guardar silencio.** Posteriormente cuando estaban a disposición de la URI, ellos empezaron a hablar entre ellos y a decir que el taxista no tenía nada que ver.*

A pesar de las inconsistencias demostradas durante el contrainterrogatorio, la Fiscalía desistió de la oportunidad de realizar el interrogatorio “*redirecto*” (1:04:07).

La delegada del Ministerio Público, además de reiterar lo atinente al comportamiento de los ocupantes del taxi, le preguntó al subintendente si “*los capturados iban en condición de pasajeros o alguno iba en el vehículo manejando*”. Respondió:

Iba un joven que era el conductor, al lado derecho iba el adolescente y en la parte de atrás iban los dos mayores de edad.

Por su parte, Harold Giovanni Ciro reiteró lo expuesto por su compañero sobre los hechos que antecedieron la intervención del taxi donde fue hallada la

subametralladora. Resalta que el patrullero Miguel Díaz fue quien se percató de que en el cerramiento vial derivado de la ubicación de la patrullada junto a un montículo de arena había quedado inmovilizado un vehículo en el que se transportaban cuatro hombres, *“que se nos hace sospechoso, el sector, lo que uno conoce como malicia, entonces el compañero le dijo a mi cabo que en ese carro vienen cuatro personas, hay que requisarlos”*.

Sobre la forma como se adelantó el procedimiento, hizo énfasis en lo siguiente: (i) estaban prevenidos, porque momentos antes otros policiales fueron víctimas de un ataque con arma de fuego; (ii) por ello, tenían las armas en las manos; (iii) Bermúdez se ocupó de registrar el vehículo, mientras los otros policiales le practicaban una requisa a sus ocupantes. Agregó:

Entonces Bermúdez se traslada al carro, cuando Bermúdez viene y de una vez se hace a una orilla (...) y de una vez manifiesta, levanta el arma y dice: “asegúrenlos, asegúrenlos”. Yo les digo: “al suelo, al suelo todos”, y comenzamos a tratar de esposarlos.

*Yo en ese momento de exaltación **le pregunto a mi cabo que qué pasa** y él dice: “llevan una uzi, llevan una uzi”. Ahí no se trata de hacer más preguntas, yo pedí más apoyo.*

Cuando se le preguntó si le informaron los derechos a los retenidos, se refirió de nuevo a los pormenores que rodearon el operativo:

Luego, digamos, de todo ese impase, de toda esa carga de adrenalina por el momento, digamos uno llama coloquialmente la

*acción de haberlos tenido en el suelo, de haberlos esposado y **después de que todos nos enteramos por qué causa los estábamos esposando**, que nos manifiesta el subintendente, procedimos uno a uno a leerles sus derechos.*

Una vez se le indagó por las razones que dieron lugar a la privación de la libertad de los cuatro ocupantes del taxi, dijo:

Porque al hallar el elemento como tal dentro de ese vehículo y ellos iban habitando dicho vehículo, o sea ellos iban dentro de ese vehículo, entonces es claro que hay un delito, o sea por lo menos un porte ilegal de armas, que no sé, o sea, yo soy policía de vigilancia, no judicial, pero no se le podría atribuir a ninguna persona, o sea por ende también traje al conductor, no soy quien para investigar dicho hecho, solo sé que hay un objeto, que es un delito que es portar esas armas y hay un vehículo, entonces es claro que hay que dejar a disposición el vehículo y las cuatro personas y el elemento material de prueba.

Sobre la ubicación de los ocupantes del carro, precisó: *“El conductor del carro junto **con tres tripulantes, que iban en la parte de atrás**”.*

Igualmente, se refirió a la incautación de la subametralladora, el supresor de sonido, el cargador, los proyectiles y los teléfonos celulares de los retenidos.

La Fiscalía también llamó a declarar a Leonidas Guisado Gómez, quien tuvo a cargo los “actos urgentes”. Hizo hincapié en que se dispuso la práctica de exámenes técnicos al vehículo y al arma de fuego, se solicitaron los

antecedentes de los procesados y se adelantaron las respectivas gestiones ante la Defensoría Pública.

Finalmente, el ente acusador interrogó a Aldemar José Rodríguez Zabala, **técnico en dactiloscopia** y en fotografía. Este funcionario tuvo a cargo el registro fotográfico de los procesados y de los elementos incautados. Sin embargo, como la Fiscalía olvidó descubrir dichos documentos, los mismos no fueron admitidos como prueba.

Por su parte, el procesado FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES, a instancias de su defensor, manifestó que: (i) convivía con la madre de Michael Arévalo desde hacía 13 años; (ii) este habitaba, al tiempo, su residencia y la de su padre biológico; (iii) ese seis de octubre desempeñó todo el día su labor de mecánico; (iv) recogió a Michael en la casa de una hermana, donde también estaba REAL MORENO, a quien conocía de tiempo atrás por razones de vecindad; (v) tomaron un taxi con destino a su lugar de residencia; y (vi) no sabía que su hijastro portaba una subametralladora.

También declaró José Manuel Caro Sánchez, quien dijo conocer a MALDONADO BENAVIDES porque de tiempo atrás le había confiado la reparación de sus vehículos. Se refirió al buen comportamiento de este y aseguró que para el cinco de octubre de 2012 le llevó un vehículo al taller para la respectiva reparación.

6.8.4. Los errores que dieron lugar a la condena

Ya se tiene suficiente claridad sobre los aspectos objeto de debate. También se estableció que no existe “*prueba directa*” de que EBERSON ESMIT MORENO REAL y FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES, en asocio con un joven de 17 años, acordaron portar y transportar los elementos que a la postre fueron incautados por los policiales. Igualmente, se precisó que no se discute la presencia de los procesados en el taxi donde fueron hallados los referidos elementos.

Bajo el entendido de que estos dos datos (el hallazgo del arma y la presencia de los implicados en el taxi) pueden dar lugar a diversas hipótesis plausibles sobre la existencia de un acuerdo para transportar la subametralladora y sus aditamentos, los juzgadores consideraron determinantes los siguientes datos: (i) el nerviosismo de los procesados al notar la presencia de los policiales, (ii) el hecho de que MORENO REAL haya tratado de ocultar “*algo*” cuando vio la patrulla, (iii) el silencio que guardaron los retenidos cuando se les indagó por el responsable del artefacto ilegal, (iv) la inverosimilitud del testimonio de Michael Fabián Arévalo Castro, y (v) la hipótesis poco plausible planteada por la defensa de MALDONADO BENAVIDES.

Frente a la determinación de estos “*hechos indicadores*”, la Sala advierte lo siguiente: (i) de forma irregular, la Fiscalía incorporó el “*informe de captura en flagrancia*”, a pesar de que el servidor público que lo suscribió, y uno de sus acompañantes, estaban disponibles en la audiencia de juicio oral; (ii) durante el interrogatorio

cruzado de estos testigos se obtuvo información diferente a la plasmada en el referido reporte, que no fue valorada por el Juzgado y el Tribunal; (iii) los juzgadores valoraron el silencio de los procesados, sin considerar que ya habían sido capturados y, por tanto, se había activado el derecho a no declarar en su contra, (iv) se dio por sentado que como no es creíble la versión del joven Arévalo Castro, entonces es cierta la hipótesis de que este acordó con EBERSON ESMIT MORENO REAL y FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES transportar el arma de fuego; (v) no se valoraron las pruebas presentadas por la defensa y se desestimó, sin fundamento, la explicación dada por el procesado FABIÁN ANDRÉS; y (vi) para decidir sobre la responsabilidad penal se consideró lo resuelto en su momento sobre la captura en flagrancia. A continuación, la Sala desarrollará cada una de estas temáticas.

6.8.4.1. La incorporación del informe de policía de vigilancia

Este caso pone en evidencia el carácter testimonial de los informes de policía, así como la necesidad de garantizar los derechos de los procesados frente a este tipo de información. Lo primero, porque en este reporte los policiales se refirieron a un hecho histórico (las circunstancias que rodearon la captura de cuatro ciudadanos), con la intención de que se tomará como cierto, sin perjuicio del contenido claramente incriminatorio de su narración. Lo segundo, porque si en el juicio oral no se hubiera tenido la oportunidad de interrogar y

contrainterrogar a los servidores públicos que participaron en el operativo, no se hubieran aclarado aspectos determinantes para la solución del caso, según se indicará más adelante.

Así, en principio podría afirmarse que la admisión de esa declaración anterior al juicio oral (plasmada en el referido informe) se hizo en contravía de las previsiones constitucionales y legales, por las razones indicadas en el numeral 6.5, y que, por tanto, los juzgadores, al valorarlas, incurrieron en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que los defensores pudieron ejercer a plenitud el derecho a la confrontación frente a lo expresado por los policiales antes y durante el juicio oral, y habida cuenta de que las prohibiciones en materia de admisión de declaraciones anteriores al juicio tienen como finalidad principal la materialización de esta garantía judicial mínima, las equivocaciones del Fiscal, que no fueron cuestionadas en su momento por la defensa ni corregidas por la Juez, no tienen la entidad suficiente para concluir que los juzgadores valoraron una prueba ilegal.

En consecuencia, advierte la Sala, el yerro determinante consistió en la supresión de parte del testimonio de los funcionarios de la Policía Nacional, lo que encaja en la categoría de error de hecho por falso juicio de identidad, según se explica a continuación.

6.8.4.2. El “nerviosismo” de los ocupantes del taxi

Aunque en el informe admitido como prueba se dijo que los ocupantes del taxi estaban nerviosos, lo que supuestamente concluyó el policial que lo suscribió luego de observar sus “*caras de asombro*”, durante el interrogatorio cruzado a que fue sometido este testigo quedó claro que: (i) el operativo se realizó en horas de la noche; (ii) los integrantes de la patrulla quedaron expuestos a las luces del carro, lo que, por obvias razones, limitaba su visibilidad hacia el interior del vehículo; (iii) el “*nerviosismo*” no se dedujo de las “*caras de asombro*”, sino del hecho de que los pasajeros empezaron “*como a moverse y hablar entre ellos*”; (iv) el operativo tuvo características especiales, por la tensión de los servidores públicos a raíz del ataque perpetrado momentos antes en contra de dos de sus compañeros, por lo que estaban especialmente alertas y con el armamento en la mano.

Estos aspectos no fueron considerados por el Juzgado y el Tribunal, porque en ambas instancias se hizo énfasis en el informe policial donde se dejó constancia del “*nerviosismo*” de los procesados. Los juzgadores no valoraron el contenido del interrogatorio cruzado a que fueron sometidos los policiales. De haberlo hecho, hubieran notado: (i) la evidente limitación de la visibilidad hacia el interior del carro, que les impedía advertir con claridad lo que allí sucedía; (ii) las notorias contradicciones sobre la base fáctica de su conclusión acerca del supuesto

nerviosismo de los ocupantes del vehículo; (iii) la concurrencia de circunstancias que podrían explicar por qué los procesados “*se movían o hablaban entre ellos*”, entre otros.

Por tanto, no se demostró cuál fue la reacción de los ocupantes del taxi al notar la presencia de la patrulla, esto es, no se probaron los hechos indicadores a partir de los cuales se realizó la inferencia sobre el supuesto nerviosismo, según lo precisado en el numeral 6.4.

Pero si se aceptara, en gracia a discusión, que los ocupantes del vehículo “*se movían y hablaban entre ellos*”, y que de ello puede inferirse que estaban nerviosos, habría que considerar que esa alteración tendría como otra explicación plausible el haber quedado intempestivamente en medio de un operativo realizado por varios policiales que, arma en mano, trataban de ubicar a dos motociclistas que momentos antes habían atentado contra otros uniformados.

Lo expuesto en precedencia debe armonizarse con los abruptos cambios de la versión en lo que concierne al supuesto comportamiento de EBERSON REAL MORENO.

6.8.4.3. REAL MORENO intentó ocultar algo al percatarse de la presencia de la patrulla

En el fallo impugnado se dio por probado este “*hecho indicador*” a partir de la información plasmada en el informe policial. De nuevo, los juzgadores dejaron de

valorar lo que con toda claridad señaló el subintendente Juan Carlos Bermúdez Barrera durante el contrainterrogatorio, en el sentido de que estaba de noche y las luces del carro le impedían observar con claridad lo que ocurría al interior del vehículo, por lo que no pudo percibir cuál de los ocupantes del rodante fue el que realizó el “*movimiento sospechoso*”.

A ello debe agregarse que mientras este testigo asegura que el menor Michael Arévalo Orozco estaba ubicado en la silla delantera, al lado del conductor, su compañero Harold Giovanni Ciro resaltó que los tres pasajeros estaban en la silla trasera. A pesar de la importancia de este aspecto para dilucidar los hechos, la Fiscalía no hizo nada para aclararlo, como tampoco les preguntó a los testigos por la ubicación precisa de cada uno de los procesados en el rodante.

6.8.4.4. El silencio de los procesados

Los juzgadores no podían considerar este aspecto como un hecho indicador de la responsabilidad de los procesados, concretamente del acuerdo que supuestamente celebraron para portar el arma y del conocimiento que tenían de la existencia de la misma, básicamente por dos razones.

Primero, porque durante el interrogatorio de los policiales se estableció con total claridad que mientras sus compañeros requisaban a los ocupantes del taxi, el

subintendente Bermúdez hizo el hallazgo de los elementos bélicos en un bolso que estaba en el piso del carro y, por la tensión derivada del ataque perpetrado en contra de otros policiales poco antes, optó por levantar su arma de fuego y ordenarle a los otros policiales que los “aseguraran”. Inmediatamente, los cuatro hombres fueron tendidos en el piso y esposados. En ese contexto –dijeron los uniformados- los retenidos hicieron uso de su derecho a guardar silencio.

Por tanto, es claro que antes de la aprehensión no hubo lugar a preguntas sobre la titularidad del bolso que contenía el arma de fuego. Si ello realmente ocurrió (lo que no fue esclarecido durante el interrogatorio a que fueron sometidos los policiales), necesariamente tuvo que haber sido luego de la captura, que estuvo precedida de la acción “*llena de adrenalina*” a que se refirió el patrullero Harold Giovanni Ciro.

Segundo, porque bajo esas circunstancias se había activado para los procesados el derecho a no declarar en su contra, toda vez que ya habían sido privados de la libertad, tendidos en el piso y esposados.

Bajo estas condiciones, valorar el silencio de los capturados, como hecho indicador de su responsabilidad penal, entraña una flagrante violación de la garantía consagrada en el artículo 33 de la Constitución Política, según los parámetros analizados en el numeral 6.6.

6.8.4.5. La valoración de la flagrancia en el juicio oral

En el numeral 6.7 se reiteró la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tratamiento de la flagrancia en la audiencia de juicio oral.

Trasladadas esas reglas al presente caso, se hace evidente que el Juzgado se equivocó al invocar la captura en flagrancia como fundamento de su decisión, no solo porque las conclusiones sobre el particular fueron realizadas en otras fases de la actuación, a partir de las evidencias halladas por los agentes captores y puestas a disposición del Fiscal y del Juez –de control de garantías-, sino además porque ello implica desconocer que el juicio oral es el escenario dispuesto por el legislador para que un juez, independiente e imparcial, decida sobre la responsabilidad penal del procesado, bajo el entendido de que para esos efectos “**únicamente**¹⁷ se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción”, como perentoriamente lo dispone la norma rectora 16 de la Ley 906 de 2004.

Si subsistiera alguna duda frente a lo que se acaba de expresar, la misma se disiparía fácilmente con lo sucedido en el presente caso, toda vez que el conductor del vehículo, JORGE ARMANDO GUTIÉRREZ ROMERO según lo concluyeron el Fiscal y el Juez de Control de Garantías, fue

¹⁷ Negrillas fuera del texto original. Sin perjuicio de las reglas especiales en materia de prueba de referencia.

“*capturado en flagrancia*”, y, sin embargo, el Tribunal, con tino, resaltó que no existe mérito para concluir que participó en la conducta criminal. Este evento permite entender el carácter cautelar y provisional de la afectación de la libertad de los procesados mientras están amparados por la presunción de inocencia, tanto en el ámbito de la captura en flagrancia como en el de la medida de aseguramiento, y la imposibilidad de valorar esas medidas preventivas, en sí mismas, como hechos indicadores de la responsabilidad penal.

6.8.4.6. *El testimonio de Michael Arévalo*

La Sala comparte los argumentos del Juzgado y el Tribunal en torno a la credibilidad de este testigo, porque su versión sobre el hallazgo casual de los elementos bélicos (la subametralladora, el supresor de sonido, el cargador y las municiones) es tan inverosímil como la explicación consistente en que, sin saber usarlos, los portaba para defenderse.

Sin embargo, el hecho de que se descarte este testimonio, que sirve de sustento a una tesis contraria a la de la Fiscalía, no implica que esta (la premisa fáctica de la acusación) se deba dar por probada. Lo anterior por varias razones:

En primer término, el derecho a la presunción de inocencia, según se anotó en el numeral 6.2, tiene entre sus principales implicaciones la radicación de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por

tanto, el hecho de que una hipótesis planteada por la defensa no encuentre respaldo en una de las pruebas propuestas para tales efectos, no implica que, automáticamente, se pueda tener por cierta la tesis contraria (la de la acusación), sin que se haya ofrecido suficiente evidencia para sustentarla. Un argumento en tal sentido podría encajar en una de las modalidades de la falacia *ad ignorantiam*¹⁸.

Ello no implica desconocer que una indebida justificación puede ser valorada en el ámbito judicial. Lo que sucede es que las explicaciones inverosímiles del menor frente al origen del arma y la posible destinación de la misma no pueden tomarse, sin más, como hechos indicadores que brindan un soporte relevante a la conclusión sobre la responsabilidad de los procesados, no solo porque no fueron estos quienes incurrieron en la indebida justificación, sino además porque la actitud del testigo puede tener múltiples explicaciones, entre ellas: (i) evitar que se descubran otros delitos en los que él haya participado; (ii) eludir las consecuencias de poner al descubierto a los integrantes de bandas delincuenciales (no necesariamente los procesados), que suelen usar este tipo de artefactos; (iii) liberar de responsabilidad penal a su padrastro y a su amigo, a pesar de que estos sabían que llevaban el arma de fuego y prestaron su concurso para realizar esa acción ilegal; entre otras.

¹⁸ En este caso, consistente en proponer la verdad de una aseveración (la hipótesis fáctica de la Fiscalía) por el hecho de que no se ha demostrado que es falsa. Esto sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, que se mantiene cuando no logra ser desvirtuada.

6.8.4.7. La hipótesis propuesta por la defensa de MALDONADO BENAVIDES

Para analizar este tópico, la Sala considera necesario retomar el siguiente fragmento de la argumentación del Tribunal:

*La responsabilidad de la conducta punible se extiende a FABIÁN MALDONADO, debido a que si bien no fue este quien se agachó para esconder el armamento ni reconoció ser el propietario del arma, **era acompañante** de quien admitió la tenencia y de quien la escondió, **lo cual sumado a su presencia** en el lugar de los hechos y la **ausencia de una justificación válida** sobre el titular del maletín azul como también del **por qué iba con sus acompañantes hacia su domicilio con una subametralladora, un proveedor, tres cartuchos del mismo calibre y un silenciador**¹⁹.*

Es evidente que para analizar la aceptabilidad de la hipótesis alternativa propuesta por la defensa de MALDONADO BENAVIDES, consistente en que este no sabía que su hijastro portaba la subametralladora en el maletín que llevaba consigo, el Tribunal dio por sentado uno de los aspectos a los que se contrae el debate, esto es, que el procesado en mención sabía de la existencia de los elementos bélicos.

A partir de ese enunciado, que entraña una *petición de principio*, cuestiona que este procesado no haya explicado satisfactoriamente “*por qué iba con sus acompañantes hacia su domicilio con una subametralladora, un proveedor, tres*

¹⁹ Negrillas fuera del texto original

cartuchos del mismo calibre y un silenciador”, cuando lo que corresponde evaluar es la credibilidad de su versión, orientada, precisamente, a desvirtuar que él sabía de la existencia de los referidos artefactos.

Aunque la impugnante se equivoca cuando le otorga el carácter de máxima de la experiencia a enunciados que carecen de generalidad o universalidad, como el atinente a que los padres no conocen lo que hacen sus hijos adolescentes, tiene razón en lo que concierne a la razonabilidad de la explicación del procesado en cuanto afirmó que: (i) al terminar la jornada laboral se dirigió a recoger a su hijastro donde una hermana; (ii) juntos, abordaron un taxi con destino a su residencia; (iii) no sabía lo que el adolescente llevaba en su bolso, máxime si se tiene en cuenta –agrega la Sala– lo expuesto por los policiales en el sentido de que, a simple vista, no podía advertirse que se trataba de un arma de fuego; y (iv) Manuel Caro Sánchez confirmó que este procesado se desempeña como mecánico, se refirió a su buen comportamiento y a las múltiples oportunidades en que ha acudido a sus servicios.

Por tanto, esta explicación, que debió ser analizada en conjunto con los otros medios de prueba practicados durante el juicio oral, fue desestimada de antemano por los juzgadores, quienes incurrieron en el yerro argumentativo consistente en dar por sentado uno de los aspectos a los que se contrae el debate, esto es, que FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES sabía de la existencia de los

objetos ilegales, y, a partir de ese planteamiento, concluyeron que su explicación “*no es satisfactoria*”.

6.8.5. La trascendencia de estos yerros

Según se indicó en precedencia, en este caso existían varias hipótesis plausibles sobre el conocimiento que tenían los procesados de la existencia de los elementos bélicos en el taxi y sobre su participación en el transporte de los mismos. Los juzgadores concluyeron que la hipótesis fáctica de la Fiscalía se demostró más allá de duda razonable, porque la misma encontraba respaldo adicional en el “nerviosismo” de los procesados, el intento de ocultamiento del arma atribuido a REAL MORENO, el silencio que guardaron frente a la propiedad de los elementos ilegales, la inverosimilitud del testimonio de Michael Arévalo Orozco, la poca credibilidad que merece la explicación de MALDONADO BENAVIDES, y el hecho de que hayan sido capturados en flagrancia.

En el numeral 6.8.4 se explicó que las conclusiones sobre el nerviosismo y el supuesto ocultamiento del arma son producto de un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad –por cercenamiento de las versiones de los policiales–; la valoración del silencio de los procesados entraña un error de derecho por falso juicio de legalidad; la inverosimilitud de la versión de Michael Arévalo no implica que la tesis contraria –la de la Fiscalía– esté demostrada, sin perjuicio de los aspectos que deben considerarse para valorar dicho relato; la explicación de

MALDONADO BENAVIDES se desestimó a priori, producto del yerro argumentativo consistente en dar por probado el aspecto objeto de discusión; y las decisiones que en su momento emitieron el fiscal y el Juez de Control de Garantías sobre la captura en flagrancia no pueden considerarse, en sí mismas, como hechos indicadores de la responsabilidad penal.

Así, ante la ausencia de “*pruebas directas*” del acuerdo celebrado por los procesados para transportar el arma de fuego y los otros elementos incautados, y del consecuente conocimiento que tenían de la existencia de los mismos, la Fiscalía solo demostró que estos se encontraban en el taxi en el que esos elementos fueron hallados, en el que se transportaban otras dos personas.

A su favor debe tenerse en cuenta que: (i) el arma no era perceptible a simple vista, lo que amplía la posibilidad de que fuera transportada por otra persona sin que ellos tuvieran conocimiento; (ii) por la inacción de la Fiscalía no se verificó si sus huellas dactilares estaban en la subametralladora u otros de los elementos incautados, tampoco si en sus teléfonos -que estuvieron en poder del ente acusador- existían mensajes u otro tipo de información atinente a los elementos ilegales, su pertenencia a bandas delincuenciales, la utilización del arma para cometer otros delitos, etcétera; (iii) y Michael Arévalo Orozco declaró bajo juramento que era el único responsable de los elementos incautados.

Las inconsistencias de la explicación de Arévalo Orozco en cuanto al origen y destino de la subametralladora permiten restarle mérito a su relato, pero, según se indicó en otros apartados, tienen un peso relativo en contra de los procesados, bien porque no fueron estos quienes incurrieron en esas imprecisiones, ora porque la mendacidad de este testigo sobre los aspectos en mención puede tener múltiples explicaciones, entre ellas, su intención de ocultar su participación en otros delitos, eludir el riesgo de poner en evidencia a los integrantes de bandas delincuenciales que suelen usar este tipo de artefactos y, claro está, liberar de responsabilidad penal a su padrastro y a su amigo.

A favor de MALDONADO BENAVIDES debe considerarse su explicación frente a la presencia en el taxi, porque no es irrazonable que haya laborado todo el día (lo que, a su manera, fue corroborado por el testigo de la defensa), que haya ido donde una hermana a recoger a su hijastro y hayan abordado, en compañía de un amigo de este, un vehículo de servicio público con destino a su lugar de residencia.

Por tanto, la Sala concluye que los yerros en que incurrieron los juzgadores determinaron la condena, porque si se suprimen los hechos indicadores que se declararon probados a raíz de los mismos, subsisten datos que le imprimen respaldo a la tesis de la acusación, pero que también hacen plausibles las hipótesis contrarias, esto es, las que dan cuenta de que los procesados

probablemente no sabían que en el taxi se hallaba un arma de fuego y los otros elementos ilegales y que no participaron del acuerdo para transportarla.

Valga aclarar que lo anterior no implica descartar tajantemente la participación de los procesados en la conducta ilegal. Lo que se resalta es que los errores manifiestos de la Fiscalía, tanto en la dirección de la investigación (no se ordenaron los actos de investigación que parecían obvios) como en la práctica de la prueba (durante los interrogatorios a los testigos de cargo no se aclararon aspectos relevantes para resolver el caso), impidieron dilucidar estos hechos, lo que en últimas favoreció a los procesados, en virtud de la presunción de inocencia que los ampara. De ahí la importancia de que la Fiscalía ajuste su actuación a las previsiones constitucionales y legales analizadas en el numeral 6.1.

6.8.6. Los cargos presentados por la demandante

Por lo expuesto en los numerales anteriores, la Sala encuentra fundado el primer cargo de la demanda, orientado a demostrar que los juzgadores incurrieron en la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho (aunque en modalidades distintas a las declaradas por la Sala).

Por tanto, se casará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá a FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES por el cargo de fabricación,

tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, previsto en el artículo 366 del Código Penal, agravado en los términos del artículo 365, inciso tercero, numeral 5º, ídem, como lo solicitó la impugnante. Esta decisión hace innecesario pronunciarse frente a los otros cargos incluidos en la demanda.

Como las mismas razones conducen inexorablemente a concluir que tampoco se desvirtuó más allá de duda razonable la presunción de inocencia que ampara a EBERSON ESMIT MORENO REAL, la Corte casará de oficio el fallo impugnado en lo que a este concierne y, en consecuencia, lo absolverá por el cargo incluido en la acusación, que es el mismo por el que fue condenado MALDONADO BENAVIDES.

Se ordenará la libertad inmediata de los procesados.

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

RESUELVE

Primero: Casar el fallo impugnado y, en consecuencia, absolver a FABIÁN ANDRÉS MALDONADO BENAVIDES, por el cargo de tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, previsto en el artículo 366 del Código Penal, agravado en los

términos del 365, inciso tercero, numeral 5°, ídem, de conformidad con lo solicitado por la impugnante en el primer cargo de la demanda.

Segundo: Casar de oficio el fallo impugnado, en el sentido de absolver a EBERSON ESMIT MORENO REAL, por el cargo de tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, previsto en el artículo 366 del Código Penal, agravado en los términos del 365, inciso tercero, numeral 5°, ídem.

Tercero: Ordenar la libertad inmediata de los procesados.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

