



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP3209-2019

Radicación N° 52762

Aprobado Acta n°204

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**, contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de la misma ciudad y lo declaró penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS

Aproximadamente a las 3:00 a.m del 27 de marzo de 2011, CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS salió de un

establecimiento comercial ubicado en la localidad de Kennedy de esta ciudad y fue abordado por varios sujetos, quienes lo agredieron físicamente y lo despojaron de una cámara fotográfica avaluada en la suma de \$600.000.

Agentes de la Policía Nacional que acudieron al sitio, luego de salir en persecución de los agresores, informaron a la víctima que uno de ellos respondía al nombre **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de abril de 2015 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó a **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ** el delito de hurto calificado y agravado al estimar que éste, en compañía de un grupo de personas, lesionaron a la víctima para desapoderarla de la cámara fotográfica. El imputado no aceptó los cargos¹.

El escrito de acusación se presentó el 14 de julio del mismo año² y fue repartido al Juzgado Catorce Penal Municipal con Función conocimiento de Bogotá. Allí, el 14 de enero de 2016, se realizó la correspondiente audiencia, , fecha en la que la Fiscalía acusó al procesado por el delito de hurto calificado y agravado, al tenor de lo preceptuado en los artículos 239, 240, inciso 2º y 241, numeral 10, en concurso

¹ Folio 29, cuaderno original

² Folio 31-35, cuaderno original

heterogéneo con la conducta punible de lesiones personales dolosas, según lo descrito en los artículos 111, 112 y 117 del Código Penal³.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 14 de abril de 2016⁴.

Entre el 15 de mayo y el 28 de diciembre de 2017 se celebró el juicio oral⁵. Concluido el debate probatorio y la intervención de las partes, la Juzgadora dictó la sentencia de carácter absolutoria, por las dos conductas punibles; en relación con el delito de lesiones personales dolosas, por falta de cumplimiento del trámite de preconculación, como requisito de procesabilidad contemplado en el artículo 522 de la Ley 906 de 2004 y en cuanto al punible de hurto calificado y agravado, en razón de no reunirse los presupuestos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. La decisión fue apelada por la delegada del ente persecutor⁶.

La Sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, el 23 de febrero de 2018, revocó la sentencia de primera instancia, en su en su lugar, ordenó precluir la actuación por el delito de lesiones personales y condenar al procesado por el punible de hurto calificado y agravado a la pena principal de 72 meses de prisión e igualmente a la accesoria

³ Folio 43, cuaderno original

⁴ Folio 45, cuaderno original

⁵ Folio 70-77, cuaderno original

⁶ Folios 85-79, cuaderno original

de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término⁷.

Inconforme con la decisión el defensor público interpuso el recurso de casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal 3ª de casación consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la defensa formula un solo cargo contra la sentencia proferida por el Tribunal, por considerar que incurrió en la violación indirecta de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 7 del Código Procesal del 2004, al dejar de aplicar la presunción de inocencia.

Asevera que, contrario a lo analizado por la segunda instancia, en este estadio del proceso persisten dudas respecto de la existencia del delito de hurto calificado y agravado y de la responsabilidad del acusado.

Critica que el *ad quem* haya dado credibilidad a los testimonios de CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA y CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO, para inferir la realización del delito de hurto, porque no se probó la preexistencia y propiedad de la cámara objeto de delito.

⁷ Folios 13-22, cuaderno del Tribunal

Advierte que, frente a la coautoría endilgada al acusado no se acreditó cuáles fueron las circunstancias en las que fue presuntamente capturado. Aunado a ello, la víctima, único testigo presencial, no pudo señalar a la persona que dice le hurtó el bien, puesto que tenía los ojos cerrados, tal como lo expresó en su declaración.

A juicio del censor, la decisión de primer grado debe mantenerse en el entendido que lo que sucedió fue una riña motivada por las diferencias culturales entre los miembros de una pandilla denominada “*Cabeza Rapada*” y un joven que por su vestimenta negra se presumía “*Rockero*”, por contera se descarta la posibilidad de que el móvil de los agresores haya sido hurtar la cámara, misma que pudo caerse en medio de la pelea y ser recogida por cualquier persona.

Solicita que de acuerdo con el inciso 3° del artículo 184 *íbidem*, de manera subsidiaria, se superen todos los defectos de la demanda y en caso de que se advierta otra causal distinta, se decida de fondo el asunto.

AUDIENCIA DE SUSTENTACION

Defensor. Reitera que el Tribunal desconoció el derecho fundamental a la presunción de inocencia al asentar la condena en el dicho de unos testigos que no fueron presenciales de los hechos y en la versión de la víctima, la

que no aportó la correspondiente factura de compra ni describió las características del bien hurtado para acreditar la preexistencia y propiedad.

Afirma que la Fiscalía no logró probar quién fue la persona que cometió la conducta, simplemente involucró a alguien por su apariencia de pertenecer a una pandilla denominada los “Cabezas Rapadas”.

Alega que la decisión tomada por el Tribunal constituye un retroceso en el ideal de respetar los derechos fundamentales del enjuiciado, como el de la libertad de la que fue privado por una condena que se basó en las débiles pruebas presentadas por la Fiscalía.

Por lo anterior solicita que se reviva la absolución emitida por la primera instancia en favor del procesado.

Fiscalía: Considera que se debe casar la sentencia por el cargo formulado, toda vez que en juicio se demostró, únicamente, que CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, en un acto de intolerancia, fue agredido físicamente por una tribu urbana como lo reconoció el *ad quem*, mientras que en relación con la responsabilidad del procesado en el delito de hurto calificado y agravado, el Tribunal, de manera errada, estimó irrelevante establecer quién fue la persona que se apropió del bien y si hubo un acuerdo previo para realizar la conducta punible.

Deduce que lo probado es que la apropiación del aparato de fotografía fue el resultado de la oportunidad que se presentó a raíz del ataque a la víctima, lo que quiere decir que desde un principio no existía el acuerdo o la intención de atentar contra el bien jurídico del patrimonio económico, de modo que, no bastaba que el acusado integrara el grupo de atacantes para atribuirle responsabilidad, sin que estuviera demostrado, más allá de toda duda, que GARZÓN DÍAZ fue quien despojó de la cámara a la víctima.

Estima que solo si la Fiscalía hubiera probado el acuerdo previo entre los agresores para cometer el hurto, se hubiera podido tener como coautores a todos los integrantes del grupo, independientemente de quién materializó el acto de apoderamiento del objeto, pero ello se puede afirmar, únicamente, del delito de lesiones personales, para cuya realización hubo un convenio circunstancial, entretanto la casualidad pudo llevar a que uno de los agresores aprovechara el caos generado por el enfrentamiento y tomara la cámara.

Ministerio Público. Adhiere al pedimento de sus antecesores por considerar que el Tribunal supuso la prueba sobre la preexistencia y propiedad del bien objeto de hurto, sin analizar que, ni la víctima ni los testigos aportaron elementos de juicio para acreditarlo y que la cámara no fue hallada, pese a que la Policía Nacional capturó a dos personas pasados escasos 5 minutos del apoderamiento.

CONSIDERACIONES

El artículo 180 de la Ley 906 de 2004 consagra el recurso de casación como un instrumento de control constitucional y legal que busca efectivizar el derecho material, reparar los agravios inferidos a los intervinientes y unificar la jurisprudencia, cuando quiera que, en la sentencia de segunda instancia se vulneren las garantías debidas a las partes e intervinientes.

De acuerdo con lo anterior y tomando como derrotero que en la demanda se discute la configuración de la causal contemplada en el numeral 3° del artículo 181 *ibidem*, la Sala se ocupará de verificar si, como se afirma en el libelo y lo consideran los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público ante la Corte, el Tribunal transgredió la ley sustancial como consecuencia de la errada apreciación de las pruebas practicadas en juicio.

Al respecto, si bien el censor no precisa los errores de hecho que cometió el juez plural, la Sala anticipa que, efectivamente en la construcción de las tesis fácticas en las que fundamentó la sentencia el Tribunal para declarar al procesado penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado, incurrió en varios yerros por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio con la trascendencia suficiente para modificar positivamente la situación del procesado de cara a la aplicación del principio de presunción de inocencia, pregonado por las partes e intervinientes.

Para abordar cada uno de los temas propuestos en la demanda y evidenciados por la Corte, se procederá a citar: i) cuál fue la conclusión a la que llegó la primera instancia; ii) la secuencia fáctica que llevó al Tribunal a revocar el fallo absolutorio emitido por la juez singular y iii) los errores en los que incurrió el juez de segundo grado.

1. Decisiones de primera y segunda instancia.

La Sala encuentra necesario recordar, en primer lugar, lo resuelto en el fallo proferido por el *a quo* debido a que las partes e intervinientes solicitan que se reviva la absolución, en el entendido que en dicha instancia se respetó el principio de presunción de inocencia y, en segundo lugar, exponer textualmente lo expresado en el fallo emitido por el *ad quem*, como quiera que, en la medida que evocó conjuntamente los testigos de cargo, extrajo la secuencia fáctica de la que derivó, sin mayor análisis, la conclusión acerca de que el procesado fue uno de los integrantes del grupo que cometió el delito, punto central de lo alegado por la defensa.

Así, la juez de primera instancia al estudiar la prueba testimonial conformada por las declaraciones de CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA y CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO, indicó la prevalencia de la duda, dado que la Fiscalía no probó que la citada cámara hubiera sido hurtada y tampoco que el procesado fuera el autor de la conducta punible.

Consideró que CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, único testigo presencial de los hechos, no supo quién le hurtó el artefacto y aunque en declaró que reconoció a **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**, no concretó en que momento lo hizo.

En tal virtud, dio especial relevancia a la ausencia de pruebas respecto del señalamiento que se hacía en contra del procesado como la persona que cometió la conducta punible.

¿Y por qué emití sentido del fallo de carácter absolutorio, respecto de ese hurto calificado y agravado? Sencillamente porque la Fiscalía no logró acreditarle a esta Juzgadora, más allá de toda duda razonable que, efectivamente, fuere este acusado NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ la persona que hurtara esa cámara y que ese hecho se cometiera con violencia...⁸

Extrañó la juzgadora que la Fiscalía no hubiera solicitado el testimonio de alguno de los policías que llevaron a cabo el procedimiento de captura y que no existiera explicación del por qué si el procesado fue capturado de manera “concomitante con la presunta ocurrencia del hecho”, en la correspondiente oportunidad la Fiscalía no descubrió el informe de policía, ni el acta de derechos del capturado, como tampoco a través de ningún medio de convicción se acreditó que el procesado fue trasladado al CAI⁹.

⁸ Folio 80, cuaderno original

⁹ Folio 79, cuaderno original

Por el contrario, en orden a fundamentar el juicio de responsabilidad penal, el Tribunal afirmó que:

La Fiscalía aportó los testimonios de Carlos Andrés Roa Vanegas, su hermano César Augusto Vanegas Camacho y Yeison Ferney Ospino Barahona. El primero aportó la información más relevante; no obstante, los restantes dieron datos valiosos. Gracias a estos testigos se sabe lo siguiente:

- a. En la noche transcurrida entre el 26 y el 27 de marzo de 2011, en un bar localizado en Kennedy, estaban reunidos Carlos Andrés Roa Vanegas, César Augusto Vanegas Camacho, Yeison Ferney, Fabio Ospino Barahona, Viviana Ospino y el novio de esta Daniel. El motivo de la reunión era el cumpleaños de Fabio.*
- b. Carlos Andrés y César Augusto salieron un momento con el fin de comprar aji para acompañar el tequila que estaban consumiendo. Se percataron que cerca al bar estaba una pandilla conformada por seis hombres-cabezas rapadas- y dos mujeres.*
- c. A las 3: a.m cerraron el bar y las seis personas se dispusieron a salir. Carlos Andrés se adelantó y los demás se retrasaron, pues aún no habían salido todos. En ese momento varios de los pandilleros lo golpearon y lo despojaron de la cámara Sony que su hermana le había prestado y que llevaba en el bolsillo de su chaqueta.*
- d. De los atacantes hacía parte un sujeto alto, delgado, de cabello muy corto y que mandaba a los demás. Era el único con esas características morfológicas. **Los agentes lo capturaron,** conocieron sus nombres y apellidos y le dieron esa información a Carlos Andrés: se trataba de Néstor Raúl Garzón Díaz.*
- e. Sus amigos se dieron cuenta y al acudir en su auxilio también fueron agredidos: a Yeison Ferney le dieron un cabezazo y a Viviana una patada en el estómago.*
- f. Llegaron varios agentes de la Policía Nacional y las dos mujeres que hacían parte de la pandilla les dijeron que Carlos*

Andrés y César Augusto les habían robado sus pertenencias. Por este motivo, los agentes los golpearon.

g. Carlos Andrés y sus amigos les aclararon la situación a los agentes y estos, al conocer los hechos, emprendieron la persecución de los pandilleros. **Capturaron a dos, pero por motivos que se desconocen no fueron judicializados.**

8. El Tribunal considera que esta secuencia fáctica es muy clara, se trató de un acto de intolerancia desplegado por varios miembros de una pandilla de cabezas rapadas contra una persona que, por su presentación personal-es rockera y viste de negro- asumieron como distinta. Inicialmente tuvieron con ella un contacto muy fugaz pero luego, cuando salió del bar, la abordaron, la golpearon y la despojaron de una cámara.

Es muy importante comprender que la conducta no fue desplegada de forma individual, sino en grupo. En efecto, por lo menos tres de los integrantes de la pandilla mencionada se dirigieron hasta el lugar por el que transitaba CARLOS ANDRÉS, lo golpearon en el rostro y lo despojaron del artefacto ya indicado. Cuando los amigos de este acudieron a su auxilio, aquellos también lo agredieron. Yeison Ferney recibió un cabezazo y Viviana, una patada en el estómago.

Finalmente, Carlos Andrés identificó a uno de los agresores: se percató de sus características físicas, advirtió que eran diversas a la de sus acompañantes y cuando los agentes de la Policía Nacional le suministraron sus nombres y apellidos, los memorizó y los reportó luego en la denuncia. Se trataba de Néstor Raúl Garzón Díaz.

9. El Tribunal aprecia equívocos evidentes en la valoración probatoria del juzgado.

a. Reprocha que Carlos Andrés no tuvo claro cuál de los sujetos que lo atacaron lo despojó de la cámara. No obstante, esto es irrelevante: Como lo destacó la Sala, no se trató de un atacante, sino de varios que hacían parte de una pandilla de cabezas

rapadas. Por lo menos tres de estos se dirigieron a su encuentro, lo agredieron físicamente y lo despojaron del bien. Entonces como se trató de una actuación conjunta, es indiferente la actitud específica cumplida por cada uno, pues el comportamiento penalmente relevante le es imputable a todos a título de coautoría impropia.

b. Expone que César Augusto Vanegas Camacho y Yeison Ferney Ospino Barahona no se percataron del momento consumativo del delito. Con todo, esto ratifica lo expuesto por Carlos Andrés: él se adelantó a sus compañeros, pues unos estaban saliendo y otros los estaban esperando en la parte exterior del bar, y ese fue el momento que los agresores aprovecharon para atacarlo y despojarlo de la cámara. Luego, antes que una inconsistencia, se trata de un punto en común en esas tres personas.

c. Afirma que Carlos Andrés no hizo referencia al hecho de haber sido agredido por los agentes de Policía Nacional. No obstante, si explicó el contexto en el que ello sucedió, dijo que las dos mujeres que hacían parte de la pandilla dijeron a aquellos que habían sido víctimas de un hurto cometido por aquel y sus amigos y Carlos Andrés se vio en la necesidad de desmentir ese hecho y explicar lo que en verdad había sucedido. Luego no hay motivos para cuestionar, por ese motivo el alcance de los testigos de la Fiscalía.

d. Destaca que en tanto que Carlos Andrés informó que la Policía Nacional solo capturó a una sola persona –el acusado– Yeison Ferney Ospino Barahona informó que los aprehendidos fueron dos. No obstante, esta es una tergiversación del testimonio del primero: en el juicio informó, con claridad, que los capturados fueron dos, incluido Néstor Raúl Garzón Díaz. Entonces no es cierto que Yeison Ferney haya agregado un capturado y que por tal motivo su testimonio no sea creíble.

e. Por último, el Juzgado resaltó la inexistencia del informe de captura y la no aducción de los testimonios de los uniformados que realizaron ese procedimiento. Sin embargo, esto no es determinante: Los agentes de la Policía Nacional que llegaron al

lugar no presenciaron la agresión ni el hurto y se limitaron a perseguir y capturar a las personas que la víctima refirió como autores de las lesiones y el despojo.

10. *En fin, el Tribunal cuenta con argumentos suficientes para apartarse del criterio del juzgado, y para concluir, con base en la detenida valoración de las pruebas, que la Fiscalía, en relación con el delito de hurto calificado y agravado, si probó su teoría del caso, acreditó que el acusado, junto con otras personas no identificadas, agredió físicamente a Carlos Andrés Roa Vanegas y lo despojó de una cámara que llevaba consigo.*

11. *Por ese motivo, revocará la sentencia apelada y lo condenará como autor de ese comportamiento.*

2. Análisis de la decisión recurrida.

Como primera denuncia, el defensor cuestiona, sin postular en estricto sentido un motivo taxativo de casación, la materialidad del delito, al echar en falta la prueba sobre la existencia del objeto hurtado, por cuanto no se presentaron las correspondientes facturas de compra y no se acreditó cómo era la cámara y a quién le pertenecía.

Atendiendo a lo anterior, la Corte indica que el baremo que mide la legalidad de la sentencia, es el principio de libertad probatoria, estatuido en el artículo 373 de la codificación procedimental en cita, según el cual los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso

se puedan acreditar por cualquier medio probatorio, siempre que no se violen los derechos humanos.

Esta norma se acompasa con el artículo 382 del mismo ordenamiento al fijar como medios de conocimiento «*la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico*».

Por consiguiente, no solo a través de la factura de compraventa o del testimonio de la propietaria del bien, se podían establecer las características de la cámara fotográfica y por contera su existencia, sino también, mediante las declaraciones del tenedor y sus acompañantes el día de los acontecimientos, en torno de lo cual el Tribunal analizó que CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO y YEISON BARAHONA OSPINO, fueron contestes al exponer que antes del despojo la usaron para tomarse fotos, con motivo de estar celebrando el cumpleaños del FABIO OSPINO BARAHONA, hermano del último de los mencionados.

Acerca de la propiedad y descripción del objeto, aunque la instancia no hizo mayor análisis, debido a que no fue el tema de debate, es evidente que CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, quien la llevaba consigo, contrario a lo alegado por la defensa, aclaró que su hermana ESMERALDA RUIZ VANEGAS

ostentaba la titularidad de la cámara marca Sony, digital, de color gris¹⁰.

En relación con el hurto del dispositivo de fotografía, como lo reseñó el Tribunal, el testigo aseguró que cuando salió del bar verificó que lo tuviera, lo guardó en el bolsillo derecho de su chaqueta, enseguida se presentó la agresión en medio de la cual *“cerró los ojos”* y fue cuando le *«arrancaron la cámara y salieron a correr»*¹¹.

La Sala no advierte, en consecuencia, que se haya configurado en la sentencia, algún error de juicio referente a la comprobación del hurto sobre la cámara fotográfica. De ello, entonces, refulge que la censura sobre ese aspecto objetivo del tipo, no encuentra sustento, toda vez que los medios suasorios analizados por el *ad quem*, probaron, más allá de toda duda, los hechos en los que se cimentó la crítica.

No obstante, el reproche que hace el casacionista en relación con los errores (no concretados en la demanda) en los que incurrió el juzgador, al dar por probada la captura del procesado y deducir de ahí la coautoría, cuando ni siquiera el único testigo presencial de los hechos puede afirmarlo, tiene vocación de éxito, como se estimó al principio de la parte considerativa de esta decisión, al evidenciarse la configuración de la causal 3ª del artículo 181 de Código Procesal Penal del 2004.

¹⁰ Minuto 38:28-39, cd audiencia de juicio oral

¹¹ Minuto 25:58 record de audiencia juicio oral

Para abordar cada uno de los errores, encuentra la Sala oportuno precisar que el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 estatuye que las pruebas deben valorarse en conjunto de acuerdo con los criterios fijados para cada una de ellas. Por lo tanto, cuando el juzgador aprecia como uniformes unos medios suasorios y de ellos extracta una sola conclusión demostrativa, debe previamente analizar que las mismas no tengan desacuerdos entre sí en aspectos esenciales.

En este caso, como se registra en las transcripciones de las consideraciones expuestas, el *ad-quem*, sin diferenciar las variables trascendentales en los relatos de los testigos que comparecieron al juicio, determinó una secuencia fáctica que no se ajustaba en estricto sentido a lo que se extracta de cada una de las declaraciones y ello condujo a las fallas que a continuación se señalan.

Así, como se glosó textualmente, sobre el «delito de hurto calificado y agravado»¹², el Tribunal estimó que la conducta no fue desplegada en forma individual, sino en grupo y por lo tanto, el comportamiento penalmente relevante le era imputable a todos los integrantes a título de coautoría impropia¹³. Para el efecto, partió de considerar que, de los testimonios de CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO, CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS y YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA se establecía que:

¹² Folio 18, cuaderno del Tribunal.

¹³ Folio 19, cuaderno del Tribunal.

d. De los atacantes hacía parte un sujeto alto, delgado de cabello muy corto y que mandaba a los demás. Era el único con esas características morfológicas. Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos y le dieron esa información a Carlos Andrés: se trataba de Néstor Raúl Garzón Díaz¹⁴. (Subrayado fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, estimó que el policía que llegó al lugar de los hechos, no presenció la agresión física ni el hurto; su misión se limitó a perseguir y capturar a las personas referidas por la víctima como autores de las lesiones y el despojo. En consecuencia, que la falta de la incorporación del informe de captura y de la práctica de los testimonios de los uniformados, echada de menos en el fallo de primera instancia, no eran determinantes.

Al respecto, si bien es cierto, el debate acerca de las circunstancias de la captura tiene su escenario propio en las audiencias preliminares, esto para efectos de la legalidad del procedimiento, también lo es que, como evidencia procesal no fue probada en este caso, a pesar de lo cual en la sentencia de segunda instancia se afirmó que así ocurrió y que precisamente esa aprehensión recayó en **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**.

Como resulta claro, el agente que supuestamente hizo la retención de uno de los integrantes de la pandilla y suministró a los testigos el nombre que permitió identificar

¹⁴ Folio 18, cuaderno del Tribunal

al acusado, no fue traído al juicio para declarar sobre ese hecho, en relación con el cual tampoco los restantes medios probatorios dan cuenta específica.

De lo anterior se sigue que la Fiscalía no presentó prueba alguna a través de la cual se pudiera determinar si realmente la persona fue capturada y puesta a su disposición, si se legalizó el procedimiento o, por el contrario, cuál fue el motivo por el que, de haberse efectuado la aprehensión del inculpado, no se judicializó, aspectos que resultaban de trascendental importancia, en orden a demostrar la relación del retenido con el delito que se le imputa.

Para el Tribunal estos vacíos no tuvieron incidencia y dio por hecho, sin prueba que lo demuestre, que **GARZÓN DÍAZ** fue capturado, lo que configura un falso juicio de existencia por suposición.

Bajo esa égida, además, pasó por alto, que en la carpeta aparecen incorporadas 4 solicitudes de la Fiscalía para la celebración de la audiencia preliminar de imputación, (después de 3 años, contados a partir de la fecha de los sucesos), en las que se advierte que no hay persona capturada, ni detenida y que, tan solo, el 29 de abril de 2015, por citación telegráfica, comparecieron el procesado y su defensor a la audiencia preliminar de imputación.

De esta actuación surgida en el trámite del proceso, ajena por completo al debate probatorio propio del juicio, no dimana que NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ haya ingresado al sistema penal por información de la policía sobre la aprehensión o por señalamiento directo de algún testigo o por petición de la Fiscalía para la legalización del procedimiento.

Esa inadvertida circunstancia, puede considerarse inane por tratarse de un tema eminentemente procesal; sin embargo, cobra importancia, si se tiene presente que, de la supuesta captura se derivó la identificación y vinculación posterior del acusado, al punto que los testimonios con base en los cuales el Tribunal encontró prueba suficiente de la participación de NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ, lo inculparon por virtud de la información que les dio el policía que lo «capturó», Por manera que, la ciencia de la mención por sus nombres y apellidos que hicieron en el juicio —toda vez que, no existe constancia que en dicho acto procesal tuvieron contacto con el vinculado— no devino de su constatación personal o directa sino, según afirman, de lo que les dijo un policía, que no fue citado ni oído en juicio.

De suerte que, cuando el Tribunal aseveró que los policías «emprendieron la persecución de los pandilleros. **Capturaron** a dos, pero por motivos que se desconocen no fueron judicializados, y agregó que la ausencia de los testimonios o documentos emanados de quienes cumplieron esta labor no eran determinantes, dio por demostrado el aspecto fáctico de la captura del procesado, sin prueba que lo acreditara y por

contera, a más de incurrir en falso juicio de existencia, dejó de analizar la incidencia que tenía frente a la demostración de que la persona identificada por la policía como **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ** fuera la misma que formaba parte del grupo que despojó del bien a CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS.

En ese orden, la suposición de la aprehensión del enjuiciado inmediatamente después de los hechos y/o por señalamiento realizado por los testigos, llevó al Tribunal a una cadena de errores en la apreciación de los testimonios de cargo, con igual trascendencia respecto de la declaratoria de responsabilidad del procesado.

En esa medida, conviene recordar que el error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad estriba en que el juzgador al valorar la prueba, (i) deje de lado un segmento de ella, esto es, la cercena, (ii) le hace agregados al medio de convicción, es decir, se le adicionan expresiones que no hacen parte de la composición fáctica o (iii) tergiversa su contenido material, para hacerle decir al medio de persuasión aquello que no se desprende objetivamente del mismo.

Frente a ello, se encuentra que los errores del Tribunal emanan de apreciar bajo un mismo rasero las declaraciones de CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, CESAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO y YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA, con los que solventó las fallas cometidas por la Fiscalía, por su inactividad probatoria, para lo cual de cara a la secuencia fáctica adicionó aspectos no señalados estrictamente en los

testimonios, en torno a que la persona identificada por la policía fuera la misma que cometió la conducta punible.

Así se advierte del testimonio de CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO, quien, al referirse puntualmente a la captura y posterior señalamiento de la persona aprendida, no afirmó haber presenciado cuando el policía la llevó a cabo el procedimiento ni que vio a la capturado. Esto dijo el testigo:

Fiscalía: *¿Cómo pudieron determinar que la persona que participó en estos hechos fue NÉSTOR RAÚL GARZÓN?*

Contestó: ***El Policía cuando vuelve al CAI, nos dice que tiene los datos del que él capturó, él nos hace referencia que, cuando él capturó al personaje, pues, él no tenía la cámara y estos datos fueron los que nos suministró el Policía.***

Fiscalía: *¿Esta persona capturada es reconocida por su hermano y por ustedes como una de las personas que participó en el hecho de agresión de su hermano?*

Contesto: *para mi hermano, sí.*

Juez: *No me queda claro ¿Su hermano lo reconoció como la persona que lo agredió?*

Contesto: *Sí*

Defensor: *¿Usted también indicó que se enteró que había sido una persona capturada, que se enteró fue por la policía?*

Contestó: *Si*

Defensor *¿que la policía fue la que le dijo a usted?*

Contestó: *Si señor*

Defensor: *¿que la policía fue la que le dijo que se llamaba NÉSTOR RAÚL GARZÓN?*

Contesto: *Si*

Defensor: *¿Ese nombre se le viene a usted fue por lo que le dijo la policía?*

Contestó: *si claro, cuando nosotros nos dirigimos al CAI, después del problema, llega el patrullero y dice que ya tiene los datos del capturado, pero*

Defensor: *Usted de igual manera indica que al capturado no le encontraron ninguna cámara*

Contestó: *Eso dice la policía*

Defensor: *¿usted igual indica que no recuerda las características físicas de esa persona?*

CONTESTO: *No señor*

En el redirecto:

Defensor: *¿César usted indica que la persona que fue capturada fue la que la había huido de la escena, cierto?*

Respuesta: *Sí.*

Defensor: *¿Pero eso Usted cómo lo sabe, porque lo dijo la Policía o porque usted sí vio a esa persona?*

Respuesta: *Cómo te digo, cuando nosotros llegamos el grupo se dispersó, la Policía sale a buscar a estos y la policía es la que captura al sindicado.*

Defensor: *Pero usted dice que esa persona es la que huyó de la escena, ¿usted lo vio o fue por lo que le dijo la Policía?*

Contestó: *Cuando nosotros llegamos las personas se dispersaron y ahí sale la persona que es la que estaba huyendo.*

Defensor: *¿Pero ustedes salieron detrás de esa persona?*

Contestó: *No para nada*

Defensor: *¿Quién salió?*

Contestó: *La policía*

Defensor: *¿La Policía es la que le indica que capturaron a esa persona o ustedes la vieron en ese momento?*

Respuesta: *Que el Policía haya llevado capturado a la persona no.*

Defensor: *¿No saben quién fue esa persona capturada?*

Contesto *No.*

Defensor: *¿Lo sabe es por lo que dijo la Policía?*

Contesto: *si*

Juez: *¿Su hermano reconoció, a la persona que lo agredió?*

Contestó: *Sí.*

Defensor: *¿Usted vio cuál fue esa persona que capturaron?*

No.

Juez: *¿Concretamente qué dijo la Policía del por qué lo había capturado, no dijo nada la policía?*

Respuesta: *No. La policía simplemente, cuando nosotros estábamos en el CAI, esperando a que llegara el motociclista o el patrullero, el simplemente llega y dice ya tenemos los datos, pero cuando lo requisamos no tenía la cámara que usted dice que se le perdió, yo ya tengo acá todos los datos de él y ya.*

Juez: *¿Eso dónde lo dice el policía?*

Respuesta: *En el CAI.*

Juez. *¿Y quiénes estaban en el CAI?*

Respuesta: *Estábamos Fabio Ospino, Yeison, Bibiana.*

Juez: *Estaba su hermano*

Contestó: *Si claro.*

Juez: *¿Lesionado?*

Contestó: *Si claro*

Juez: *¿Usted dice que su hermano reconoce a la persona capturada, adónde la reconoce? ¿En ese CAI?*

Respuesta: *Pues me imagino que cuando le propinó el golpe, me imagino que ahí fue donde lo reconoció.*

Juez: *¿En qué momento su hermano reconoce el capturado como la persona que lo había lesionado?*

Respuesta: *Por eso te digo, el policía nunca llevó al capturado al CAI.*

Juez *¿Entonces su hermano como hizo para reconocerlo?*

Pues por eso te digo, no sé si fue en el momento en que lo golpeó, porque el policía hasta donde yo sé o me acuerdo, yo nunca vi que el policía llegara con el muchacho capturado, no sé si simplemente fue que lo pararon, lo requisaron y lo dejaron ir.¹⁵

Agregó el deponente que no recordaba las características físicas del agresor y que no sabía si su hermano se las describió a la policía, solo se dio cuenta que le dijo que el agresor le había propinado un cabezazo.

De las respuestas dadas por el testigo indican que la consideración del Tribunal según la cual este testigo dio datos «valiosos» ¹⁶ y con base en su dicho y el de CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS y YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA se sabía que NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ una vez capturado

¹⁵ Minuto 18:30 a 28:26, Cd del juicio oral, 28 dic.2017

¹⁶ Folio 18, cuaderno del Tribunal.

fue identificado por la policía y hacía parte del grupo de atacantes, es fruto de un error identificado como falso juicio de identidad por adición, toda vez que, por el contrario, el testigo expresó que no le constaba si se efectuó la presunta aprehensión de **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ** ni pudo afirmar que la persona que persiguió y alcanzó la policía fue la misma que estuvo presente durante la agresión a su hermano o integrando el grupo de los atacantes; ni siquiera, lo observó mientras estuvo en custodia momentánea de la policía para identificarlo, ni pudo indicar quién se lo señaló a los uniformados para relacionarlo con el evento sucedido momentos antes.

En torno a ese desacierto, resulta importante indicar que, el Tribunal se apoyó en los dichos de CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS y YEISON FERNEY OSPINA BARAHONA, al considerar que primero dio información relevante y el segundo, valiosa, a pesar de ello, el alcance que le dio a sus dichos constituyen errores de apreciación que también inciden en la decisión final.

En efecto, al ser interrogado por la Fiscalía, el primero de los mencionados manifestó, que cuando la policía arribó al lugar donde se desarrollaron los acontecimientos, ya estaba herido y sin la cámara. Inicialmente, los uniformados, ante la confusión que generó la acusación que hicieron en su contra dos mujeres integrantes del grupo de **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ** de ser «el ladrón», le pegaron con un bolillo, lo tiraron al piso y cuando se levantó, les dijo que quienes

estaban corriendo eran los agresores¹⁷ y sobre el tema del reconocimiento del procesado, sostuvo:

Pregunta: *¿Cómo supo usted que él era Néstor Raúl?*

Respuesta: *Por la altura, era muy alto, delgado y alto.*

Pregunta: *¿Cómo lo identificó? O sea, para saber el nombre de él como hizo*

Respuesta: ***La Policía me dio los datos en el CAI de Techo,** ahí cerca, en el momento que lo cogieron, que yo pensé que no lo iba a coger, cogieron a dos y lo cogieron a él. Ahí fue cuando la Policía... En este momento la Fiscalía interrumpe ¿y fue para el momento de los hechos?*

Contestó: *Sí, sí señora*

Pregunta: *¿usted reconoció al capturado como la persona que lo lesionó?*

Contestó: *Sí, por su altura*

Pregunta: *¿Cuál era la altura?*

Contestó: *Medía más de 1.80 y el resto de los muchachos 1.60, eran más bajos que yo, la única persona alta y se notaba como el que estaba al mando de la pandilla.*

Pregunta: *¿Cuáles eran las características físicas?*

Contestó: *Delgado, alto, calvo, la mayoría eran calvos pero el más rapado que los demás, cara delgadita, más o menos, la tez, no recuerdo muy bien, era más o menos entre blanco y moreno.¹⁸*

A su turno, YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA manifestó que llegó al sitio donde estaba su amigo CARLOS ANDRÉS y lo

¹⁷ Minuto 24:44-25:16 cd juicio oral 24 de mayo de 2015

¹⁸ Minuto 20:02-21:25 cd de juicio oral, 24 mayo 2015

encontró lesionado y sin la cámara. A los 5 minutos llegó la policía, la que los llevó al CAI donde les hicieron varias preguntas y supo que capturaron a dos personas, una de ellas fue reconocida por ROA VANEGAS. Así lo expresó:

Pregunta. ¿Usted auxilió a Carlos Andrés de alguna forma?

Respuesta. Justo en ese momento fue cuando llegó la policía, cuando ya habían sucedido en esos hechos, ellos algunos de los sujetos se quedaron en el lugar ahí y uno de o de esos sujetos dijeron o que nosotros éramos los ladrones, entonces nos llevaron al CAI, junto con mi hermano una hermana, a Carlos y allá nos hicieron, pues, las respectivas preguntas. Capturaron a un par de sujetos, entre ellos se encontraba el que había lesionado a mi amigo Carlos Andrés.

Pregunta. ¿Quién reconoció a la persona que lesionó a Carlos Andrés?

Respuesta. El mismo amigo Carlos Andrés, él las reconoció porque cuando la policía los cogió él se dio cuenta que uno de los sujetos era el que lo había golpeado.

De lo referido por los testigos se advierte que, no participaron en aludido procedimiento de captura, pues mientras ello sucedía, se estaban desplazando al CAI, es decir que, no se enteraron de lo que sucedió entre el momento en que la policía salió en persecución de grupo que huía y cuando regresaron al CAI, intervalo en el que, al parecer, la fuerza pública obtuvo la información que la persona alcanzada respondía al nombre de **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**.

En relación con ese tema, el Tribunal indicó que: «*Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos, y le dieron esa información a Carlos Andrés: se trataba de Néstor Raúl Garzón Díaz. Ello resulta ser un error por falso juicio de identidad por adición, toda vez que el vacío acerca de la forma o trámite que llevó a efecto la policía para identificar a la persona perseguida, no se podía suplir con el contenido material de la prueba testimonial, en tanto que los testigos no dieron a conocer como se desarrolló o cuál fue la fuente de información con la que contaron los uniformados, para establecer que el presuntamente capturado o retenido respondía a dichos nombre y apellidos y era la misma persona que cometió el delito.*»

En este orden de ideas, respecto del reconocimiento de la persona presuntamente capturada, a pesar de que, las respuestas dadas por CARLOS ANDRÈS ROA VANEGAS y YEISON FERNEY OSPINO BARAHONA sugieren que dicho acto se cumplió en el Centro de Atención Inmediata, dicha circunstancia, además de no haber sido aclarada en el juicio y de ser desvirtuada, por CÉSAR AUGUSTO CAMACHO VANEGAS, el que, como ya se dijo testificó que el retenido no fue llevado al CAI y que se imagina que su hermano lo reconoció para el momento que le propinó el golpe, tampoco puede tenerse como demostrativa de la conexión entre la persona identificada por la policía y el autor de la conducta, pues se itera, los testigos no dan cuenta de por qué y cómo los agentes obtuvieron los nombres de la persona perseguida, lo que a la postre determina un error de falso raciocinio, por no constituir razón suficiente para inferir que el procesado

quedó identificado desde el mismo momento de los hechos como la persona que cometió el hurto.

Dijo el fallador de segundo grado.

Carlos Andrés identificó a uno de los agresores: se percató de sus características físicas, advirtió que eran diversas a las de sus acompañantes y cuando los Agentes de Policía Nacional le suministraron sus nombres y apellidos, los memorizó y los reportó luego de la denuncia que presentó. Se trataba de Néstor Raúl Garzón Díaz.

Ello quiere decir que el Tribunal dio un alcance mayor a la “*identificación*” previa hecha por CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS, sin razones para establecer que efectivamente los testigos después de los hechos, y específicamente en el juicio hubieran reconocido que NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ y no otro fue quien conjuntamente se apoderó de la cámara.

De otra parte, encuentra la Sala que en el fallo objeto de reproche se afirma que de los «*atacantes hacia parte un sujeto alto, delgado, de cabello muy corto*», el que de acuerdo con la identificación que hizo el policía captor, era **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**. Dicho raciocinio es equivocado, por cuanto los falladores de segundo nivel divagaron en la falacia denominada petición de principio, pues, sin sustentar sus premisas o tesis dieron por probado el punto de discusión.

El punto central del elemento objetivo del tipo como presupuesto de la responsabilidad, es establecer que la persona que actuó conjuntamente en desmedro del bien jurídico del patrimonio económico fue el procesado, por ello, de cara a la individualización, el Tribunal tenía que establecer si esos rasgos físicos que aseveró caracterizaban atacante eran los propios de procesado. Dicha labor no la cumplió, dado que ni siquiera los confrontó con la estipulación que hicieron las partes sobre la plena identidad del acusado. Así fue la estipulación:

Se dará como hecho cierto y probado y como primera prueba estipulada que, a raíz de este acontecimiento se hicieron labores de verificación y se pudo determinar mediante un informe de investigador campo FPJ 11 del 27 de mayo de 2013 suscrito por la funcionaria del CTI de Bogotá, Aura Dayana Vásquez Moreno que estamos frente al señor NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ con cédula de ciudadanía 1.020.781.304 de Bogotá, nacido 14 de febrero de 1993 en Bogotá, 1,87 de estatura, RH O positivo, y se tendrá, pues, con este informe por la consulta Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil para determinar esa plena identidad del señor Néstor Raúl Garzón Díaz y evitar así errores judiciales.

Lo anterior, lleva a considerar que el único rasgo que podría ser coincidente con la afirmación del Tribunal es que tanto el integrante del grupo de asaltantes como el procesado son altos, lo que, en el evento de haber sido estudiado por el juzgador, a su vez, no hubiera sido razón suficiente, toda vez que dicha estatura la puede tener muchas personas en esta ciudad.

Se extracta entonces que el Tribunal no podía tener como verdad sabida que el acusado respondía a las mismas características físicas de uno de los integrantes del grupo que cometió el punible, puesto que, lo estipulado fue la plena identidad del procesado y no la del autor del delito y adicionalmente, si bien, la víctima indicó algunos datos físicos de su atacante, no fueron comparados, ni reconocidos en juicio como los que individualizaban concretamente al procesado.

En este orden de ideas, cuando el Tribunal consideró irrelevante la falla de la Fiscalía de probar a través del testigo directo, esto es el policía que acudió al lugar, si el procesado fue capturado, por qué y cómo se obtuvo la información acerca de la identificación, soslayó la incidencia que tenía en la verificación de que **Néstor Raúl Garzón Díaz**, y no otro, fuera quien, en compañía de otras personas, hurtó el bien que tenía **CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS**.

De todo lo dicho concluye la Sala que, ha quedado demostrado cómo en efecto el Tribunal incurrió en falso de existencia por suponer sin prueba alguna la captura del procesado como evidencia procesal de su presencia y participación en los hechos, falso juicio de identidad al derivar la prueba testimonial rendida por **CÉSAR AUGUSTO VANEGAS CAMACHO**, **CARLOS ANDRÉS ROA VANEGAS**, **YESISON FERNEY OSPINO BARAHONA**, una secuencia fáctica que no se extractan de su contenido material y falso raciocinio al incurrir en la falacia de petición de principio y razón

insuficiente sobre la individualización y reconocimiento del procesado como integrante del grupo asaltante.

En esa forma como, lo alega el demandante y lo respaldan los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público ante la Corte, dejó de reconocer la duda razonable en favor del acusado, al tener por probado sin estarlo, que era la misma persona que actuó en compañía de otros para apoderarse de una cámara, cuando en relación con este singular aspecto, ninguno de los testigos pudo dar a conocer, más allá de toda duda, si la persona perseguida por la policía con los datos que identificaban al inculcado correspondían al mismo que con su grupo cometió el hurto, lo que a la postre excluía toda posibilidad de endilgarle la denominada coautoría impropia.

En consecuencia, se acredita que los errores de hecho cometidos por el *ad quem* son de tal entidad que obligan a variar el sentido de la decisión, esto es, casar el fallo impugnado y validar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia.

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 la sentencia del 23 de febrero de 2018, emitida por el Tribunal del Bogotá, y, en su lugar, dejar incólume el fallo del 28 de diciembre de 2017, mediante el cual el Juzgado Catorce Penal Municipal con función de Conocimiento de la misma ciudad, absolvió a **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ** por el delito de hurto calificado y agravado.

Segundo: ORDENAR la libertad inmediata de **NÉSTOR RAÚL GARZÓN DÍAZ**, únicamente en lo que concierne a este proceso y cancelar todos los pendientes que hayan surgido con ocasión del mismo.

Contra la presente de la decisión no proceden recursos.



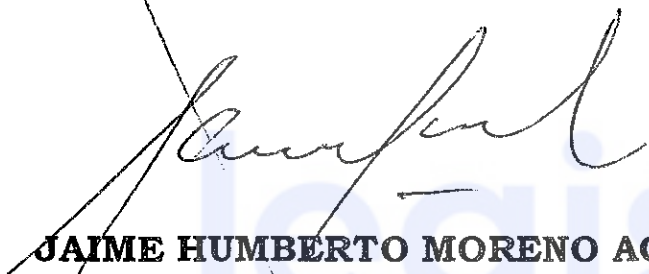
EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

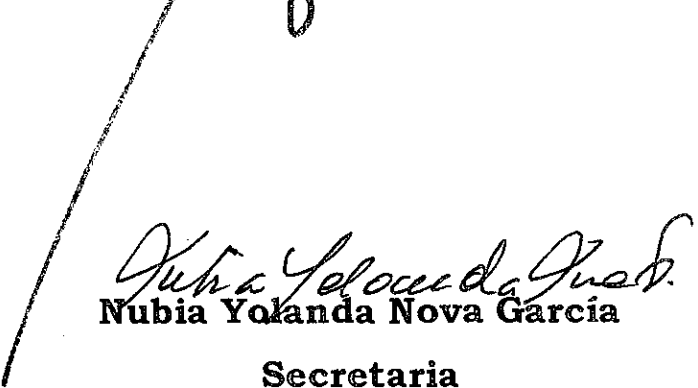
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

