CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP6538-2018

Radicación N° 50723

(Aprobado Acta No. 153)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de **DARÍO TOCA BAUTISTA** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 7 de abril de 2017, mediante la cual se revocó el fallo absolutorio proferido el 5 de mayo de 2015 por el Juzgado Veinte Penal Municipal de esa misma ciudad, para en su lugar imponerle la pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, al hallarlo penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado a título de coautor.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron registrados por el fallador de segunda instancia como se consigna a continuación¹:

*“El 17 de agosto de 2012, aproximadamente a las 5 (sic) y 37 de la tarde, fue capturado **DARÍO TOCA BAUTISTA** por agentes de la Policía Nacional, luego de que fuera sorprendido transportando un amplificador de la empresa TELMEX S.A. al interior de un costal; elemento que había sido sustraído momentos antes del poste ubicado en la carrera 87I con calle 54F sur de esta ciudad, según información suministrada por la comunidad. Lo anterior, se logró gracias a que los residentes del sector indicaron a los agentes las características del elemento objeto del latrocinio y la vestimenta del sujeto.”.*

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

¹ Cfr. Folio 17, de la carpeta del Tribunal.

1. El 18 de agosto de 2012, ante el Juez Cincuenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de la captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, por el delito de hurto calificado y agravado –tipificado en los artículos 239 inciso 2°, 240 numeral 4° y 241 numeral 7° del Código Penal-, cargos que no fueron aceptados por el imputado; cabe indicar que se negó la imposición de medida de aseguramiento². El 30 de mayo de 2013 la Fiscalía acusó formalmente en audiencia a DARÍO TOCA BAUTISTA por el mismo delito formulado en la imputación³.

2. Adelantada la vista pública de juicio oral entre el 31 de marzo de 2014 y el 10 de abril de 2015⁴, el Juez Veinte Penal Municipal de Bogotá profirió sentencia absolutoria el 5 de mayo de 2015⁵.

3. Apelado este fallo por el ente acusador y el apoderado de la víctima, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante providencia de 7 de abril de 2017 revocó la sentencia censurada; en su lugar, condenó a DARÍO TOCA

² Cfr. Folios 122 y 123, de la carpeta del proceso.

³ Cfr. Folio 122, *ibidem*.

⁴ Cfr. *Ídem*.

⁵ Cfr. Folios 114 a 123, *ibidem*.

BAUTISTA a la pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al hallarlo penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado a título de coautor⁶. En razón de dicha decisión la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación⁷.

LA DEMANDA

Tras identificar los sujetos procesales y realizar un recuento de los hechos y de la actuación, el apoderado de DARÍO TOCA BAUTISTA postula un cargo único contra la sentencia de segunda instancia, cimentado al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004⁸, por violación indirecta de la ley sustancial a causa de un error de hecho en la modalidad de falso raciocinio.

⁶ Cfr. Folios 17 a 40, de la carpeta del Tribunal.

⁷ Cfr. Folios 45 a 67, *ibídem*.

⁸ Ley 906 de 2004, artículo 181.- *“El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:*

(...)

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.”.

Sostiene el defensor que el fallo de segundo grado desconoció las reglas que inspiran la sana crítica, lo que consecuentemente produjo la aplicación indebida de sendos preceptos del Código Penal, correspondientes a los artículos 9°, 10°, 11, 12, 239 inciso 2°, 240 numeral 4° y 241 numeral 7°. Asimismo, considera que los preceptos 379, 380, 381, 402 y 404 del Código de Procedimiento Penal fueron aplicados indebidamente. Igualmente, refiere la falta de aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, así como de los preceptos 7° y 381 del Código de Procedimiento Penal.

Manifiesta el casacionista que el *ad quem* incurrió en un error de hecho por falso raciocinio al otorgarle valor probatorio a la declaración rendida por el patrullero Valbuena Romero, cuyo dicho configura prueba de referencia al no ser testigo presencial de los hechos.

De acuerdo con el recurrente, la declaración del agente de policía tuvo múltiples contradicciones y únicamente versó sobre la captura del procesado, mas no sobre la comisión de la conducta punible. En ese sentido, afirma que *“Como se puede analizar, el Tribunal al emitir la sentencia comete el error de darle valor probatorio a la declaración del señor Patrullero antes mencionado, para condenar al señor Toca por el delito de hurto; cuando éste no estuvo*

presente en la comisión del ilícito. Por tanto, no está plenamente demostrado que dicho señor haya cometido el hecho punible que nos ha ocupado en el transcurso de este proceso. Simplemente lo capturó con un transformador dentro de un costal.”⁹.

Adicionalmente, indica que el acta de incautación del presunto objeto material del punible -es decir del transformador- constituye “(...) un medio probatorio inexistente y la primera razón es que no fue firmada por el servidor público tal y como se encontró (sic) demostrado en el proceso;”¹⁰; agrega que el susodicho documento no fue solicitado como prueba en la audiencia preparatoria y por lo tanto no se surtió el traslado del mismo a la contraparte, siendo a pesar de ello valorado como medio suasorio en la audiencia de juicio oral.

Seguidamente, asevera que al ser el hurto un delito contra el patrimonio económico, se debió demostrar “el precio del bien objeto de la comisión del ilícito, como el propietario del mismo.”¹¹.

En línea con lo anterior, refiere que “Al no establecer el precio del bien, y en caso de una condena, el Honorable Tribunal de Bogotá que revocó la sentencia absolutoria de primera instancia, ha debido dar aplicación al artículo 268 del Código Penal-Ley 599 de

⁹ Cfr. Folio 58, de la carpeta del Tribunal.

¹⁰ Cfr. Folio 60, *ibidem*.

¹¹ Cfr. *Ídem*.

2000”¹², precepto atinente a las circunstancias de atenuación punitiva, aplicable a las penas previstas para los delitos contra el patrimonio económico; en ese sentido, afirma que el fallador de segunda instancia erró en la dosificación punitiva.

Por último, expresa que el ente investigador no logró desvirtuar mediante las pruebas la presunción de inocencia a favor de su defendido, existiendo dudas en torno a la comisión de la conducta y a la responsabilidad del acusado. Por tal motivo, concluye que se hace imprescindible casar el fallo y en su lugar dictar una sentencia absolutoria.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación del recurso extraordinario se realizaron las siguientes intervenciones:

1. La defensa. Recurrente

El casacionista afirma que la conducta desplegada por TOCA BAUTISTA no constituyó delito. Asimismo, indica que

¹² Cfr. *Ídem*.

el ente investigador incumplió la carga de demostrar mediante los medios probatorios la comisión del punible.

Sostiene que en el caso concreto únicamente se capturó a TOCA BAUTISTA con un costal donde portaba un aparato de TELMEX, persona cuyas características coincidían con los señalamientos que hizo la comunidad respecto del hombre que sustrajo el amplificador del poste, pero sin que la Fiscalía identificara y allegara a juicio las declaraciones de los vecinos quienes presenciaron los hechos objeto de acusación.

En relación con el testimonio del patrullero de la Policía, expresa que *“Es que el problema no es prueba de referencia (sic), el problema aquí es la apreciación de ese testigo”*¹³, por cuanto la intervención del agente del orden se limitó a la captura del acusado, sin que aquel hubiese observado la comisión de la conducta punible. Cuestiona el por qué la Fiscalía, en desarrollo del programa metodológico, se abstuvo de asignar a un entrevistador que averiguará *“si ese amplificador o ese equipo o como se llame, si era útil, si realmente prestaba acuna (sic), algún servicio”*¹⁴.

¹³ Archivo de audio del CD de la Corte.

¹⁴ *Ibidem*, record 10':25''.

Respecto al acta de incautación de elementos, arguye que la falta de firma tornó inexistente el documento y su introducción en el juicio oral representó la violación a la cadena de custodia.

Finiquita su intervención manifestando que ante la inexistencia de prueba, la sentencia condenatoria de segundo grado se debe casar y en su lugar dictar fallo absolutorio.

2. La Fiscalía

Considera que los argumentos del casacionista no están llamados a prosperar y que el caso debe analizarse desde dos perspectivas: de un lado, si la prueba del patrullero Fabián Valbuena Romero es exclusivamente de referencia y; de otro lado, si no constan en el proceso otros elementos de convicción que permitan al juzgador emitir sentencia condenatoria.

Respecto a la primera cuestión trae a colación lo expresado por el Tribunal, en punto a que la declaración del agente del orden comprendió aspectos que él percibió de manera directa, motivo por el cual su relato no puede ser

calificado exclusivamente como prueba de referencia, sino como prueba directa.

Aunado a ello, afirma que la prueba testimonial del mencionado patrullero debe ser valorada en conjunto con las demás pruebas, incluida la indiciaria.

En línea con lo precedente, señala las pruebas indiciarias que por vía indirecta formaron en el juzgador el convencimiento sobre la comisión del hurto y la responsabilidad de TOCA BAUTISTA, correspondientes a: (i) “(...) *la incautación del amplificador hurtado en poder de Toca Bautista pocos minutos después de la sustracción, [de donde se] infiere el compromiso penal de este*”¹⁵; (ii) el silencio de TOCA BAUTISTA al momento de su captura, a partir del que se determina la falta de justificación y se deduce la participación en el punible “*en la medida que, alude el Tribunal, la regla de la experiencia indica que la persona a la que se le halla el objeto proveniente del hurto, sin ofrecer explicación en torno a su lícita tenencia, obedece a quien intervino en el mismo*”¹⁶; (iii) “*del hecho indicador vivido y relatado por el testigo [policia] sobre los señalamientos de la comunidad en torno a los autores del punible infiere que la persona capturada pocos metros más allá, bajo una cuadra del lugar, es el responsable del hurto*”¹⁷; (iv) de la

¹⁵ *Ibidem*, record 18':02''.

¹⁶ *Ibidem*, record 18':30''.

¹⁷ *Ibidem*, record 18':43''.

declaración del testigo según la cual la conducta delictiva fue cometida por dos personas –conforme lo comunicado por la comunidad-, surge el hecho indicador a partir del cual el fallador de segundo grado infirió la coparticipación criminal.

Concluye su intervención reiterando que, de un lado, la declaración del policial no constituye exclusivamente una prueba de referencia y, que de otro lado, la decisión condenatoria del juzgador de segundo nivel no se basa en prueba única; por el contrario, tuvo en cuenta los indicios anteriormente mencionados. En ese sentido, le solicita a la Sala la confirmación del fallo del *ad quem*.

3. El Ministerio Público

La representante del Ministerio Público considera que el fallo del Tribunal es acertado. Refiere que la declaración del patrullero no se limita únicamente a la aprehensión, sino que abarca aspectos previos a la misma, los cuales resultan coherentes con la totalidad de la narración de los hechos.

Del mismo modo reliva que a partir de dicha declaración el juzgador dedujo la prueba indiciaria

anteriormente mencionada por la Fiscalía, la cual junto con el testimonio, constituyó la base de la sentencia.

Alude al silencio de TOCA BAUTISTA al momento de la captura, ligada a la condición personal, laboral y mental del procesado, características de las que concluye que es una persona capaz de comprender la ilicitud de su conducta y que es consciente de su derecho a la no autoincriminación.

Solicita que no se acceda a la solicitud del impugnante y, por consiguiente, se deje en firme el fallo condenatorio.

CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al cargo único planteado por el libelista, la Sala seguirá la siguiente ruta argumentativa: (i) la prueba de referencia en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004; (ii) la inclusión de los hechos indicadores en el tema de prueba con la consecuente obligación de evidenciarlos suficientemente; (iii) la apreciación del silencio del indiciado, imputado o acusado; (iv) la incorporación de los informes elaborados por los policiales como prueba en el

juicio oral y su correspondiente autenticación y; (v) el caso concreto sometido a conocimiento de la Sala.

I. La prueba de referencia en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004

El artículo 437 de la Ley 906 de 2004 define la prueba de referencia como *toda declaración realizada por fuera del juicio oral*, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Al definir las particularidades de esta modalidad probatoria, la Corte¹⁸ ha dicho que debe cumplir con las siguientes condiciones: (i) que se trate de una declaración; (ii) que esta declaración haya sido realizada por fuera del juicio oral; (iii) que se utilice o se pretenda utilizar como medio de prueba y; (iv) que el declarante no esté disponible para testificar en el juicio.

¹⁸ Cfr. CSJ. SP. de 28 de octubre de 2015, Rad. 44056; AP. de 30 de septiembre de 2015, Rad. 46153; SP. de 4 de mayo de 2016, Rad.41667; entre otras.

Es preciso desatacar que la admisión de la prueba de referencia es de carácter excepcional, vinculada a las causales taxativas dispuestas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal. En este sentido es preciso señalar, que la excepcionalidad de la prueba de referencia obedece a su poca confiabilidad y al aumento de los riesgos en su valoración, producidos por: (i) la ausencia de inmediatez objetiva y subjetiva, (ii) la imposibilidad de confrontar al testigo directo y, (iii) la falta de análisis por parte del juez de los procesos de percepción, rememoración y sinceridad del deponente¹⁹.

Igualmente, la jurisprudencia ha decantado que la prueba de referencia puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, dependiendo de su relación con el hecho que integra el tema de prueba²⁰.

También se ha reconocido que la prueba de apoyo de la de referencia, a través de la cual se supera la prohibición legal establecida en el precepto 381 del Estatuto procesal penal puede ser indirecta, en el entendido que si es posible que un fallo de condena se fundamente exclusivamente en

¹⁹ Cfr. CSJ. SP. de 2 de Julio de 2014, Rad. 34131.

²⁰ Cfr. *Ibidem*; SP. del 16 de marzo de 2016, Rad. 43866.

pruebas indirectas, resulta lógico concluir que el medio de conocimiento indirecto que funge de apoyo es suficiente para vencer la susodicha limitación²¹.

Finalmente, cabe destacar que la Sala ha decantado que un testimonio puede contener apartados que constituyan prueba de referencia²², así como otros correspondientes al conocimiento de quien presencié u observó de manera personal y directa un aspecto relacionado con el hecho jurídicamente relevante.

Así, si mediante el testimonio se pretende introducir una declaración anterior al juicio oral, la cual se ofrece como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible, entonces se tratará de prueba de referencia sometida a las limitaciones legales previamente mencionadas. Sin embargo, si la misma aserción versa simultáneamente sobre aspectos que el testigo observó o percibió directa y personalmente, dicho segmento del testimonio no constituirá prueba de referencia sino prueba directa.

²¹ Cfr. *Ídem*.

²² Cfr. *Ídem*.

II. La inclusión de los hechos indicadores en el tema de prueba, con la consecuente obligación de evidenciarlos suficientemente

La precisión del tema de prueba se erige como eje para la estructuración adecuada de la argumentación, a través de la comprensión de la pregunta a la que se le pretende dar respuesta. Unido a lo anterior, esta Corporación ha insistido en la necesidad de determinar el tema de prueba, como presupuesto de la concreción de las exigencias probatorias. En este sentido, la Sala ha resaltado²³:

“(i) [Ha de distinguirse] 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”.

²³ Cfr. CSJ. SP. de 4 de mayo de 2016, Rad. 41667; SP de 8 de marzo de 2017, Rad. 44599; AP. de 8 de noviembre de 2017, entre otras.

En cuanto a la utilización de hechos indicadores a partir de los cuales se colijan inferencias con miras a establecer el hecho jurídicamente relevante, la Corte ha dicho que “*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 (idem).*”²⁴.

Lo precedente sin desconocer la importancia de la explicación que media entre los hechos indicadores y la conclusión del hecho jurídicamente relevante, paso intermedio que puede materializarse a través de una máxima de la experiencia, una regla técnica o una ley científica, o por la multiplicidad de datos convergentes y concordantes que doten a la conclusión de la suficiente fuerza sobre el dato inferido²⁵.

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

De conformidad con el artículo 33 de la Carta Política, nadie está obligado a declarar en su contra ni en contra de

²⁴ Cfr. CSJ. SP. de 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899.

²⁵ Cfr. *Ídem*; SP. de 9 de marzo de 2011, Rad. 34896; SP. de 18 de enero de 2017, Rad. 40120; entre otras.

sus familiares próximos. Dicha facultad ha sido desarrollada por la Ley 906 de 2004²⁶ y fortalecida por la jurisprudencia de esta Corporación, en el entendido que al fallador -en particular-, y a los funcionarios judiciales -en general-, les está vedado valorar negativamente el silencio derivado del ejercicio de dicho derecho, previsto en las normas protectoras en el ámbito de la autoincriminación y de la atribución de responsabilidad a los parientes en los grados de ley.

En palabras de la Corte, el sentido de las normas relacionadas con el susodicho derecho es unívoco en lo que respecta a los siguientes aspectos²⁷:

²⁶ **Artículo 8, Ley 906 de 2004:** “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 (...)**” (Negrilla fuera del texto).

Artículo 126, Ley 906 de 2004: “**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**” (negrilla del Texto).

Artículo 282, Ley 906 de 2004: “[E]l 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 (...)”.

²⁷ Cfr. CSJ. SP. de 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899.

“(i) [E]l 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.” (Destacado fuera de texto original).

IV. La incorporación de los informes elaborados por los policiales como prueba en el juicio oral y su correspondiente autenticación

Los informes presentados por los agentes del orden, contentivos de su percepción sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos, pueden resultar determinantes para establecer la responsabilidad penal, *verbi gracia*, “cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible”²⁸.

²⁸ Cfr. CSJ. SP. de 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899.

En la decisión anteriormente referenciada²⁹ la Sala reparó igualmente la importancia de considerar que la incorporación de los informes policiales como prueba en el juicio oral activa el derecho del acusado a confrontarla, en tanto este último está facultado para interrogar o hacer interrogar a los gendarmes, que bajo esta perspectiva tienen el carácter de testigos de cargo.

Aunado a ello, también sostuvo³⁰ que debe repararse en que en dichas versiones los servidores públicos pueden incluir declaraciones de terceros, las cuales se configuran como prueba de referencia en los eventos en los que el testigo no esté disponible y se satisfagan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Se debe tener de presente que el uso inadecuado de estos informes, si bien representa una irregularidad dentro de la práctica de pruebas, puede resultar intrascendente en el caso concreto, dependiendo de si *“la parte contra la que se aducen tiene la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación”*³¹;

²⁹ Cfr. *Ibidem.*

³⁰ Cfr. *Ibidem.*

³¹ Cfr. *Ibidem.*

vale decir, cuando en la práctica probatoria los yerros cometidos pierden relevancia, en razón de las amplias posibilidades con las que contó la defensa para contrainterrogar a los testigos que elaboraron los informes incorporados como prueba.

En cuanto al sentido y alcance de la autenticación e identificación de un documento, el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 dispone que éste debe asumirse como auténtico cuando se tenga conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Ciertamente este precepto establece una presunción legal a favor de la consideración de autenticidad de la prueba documental, lo cual no es óbice para que se aduzca elemento de juicio en contrario con miras a derruir su autenticidad.

En línea con lo anterior, el artículo 426 refiere el carácter probatorio de la autenticación a través de los métodos dispuestos para el efecto. Al respecto, la Sala ha manifestado que³²:

³² Cfr. CSJ. SP. de 31 de agosto de 2016, Rad. 43916.

“Frente a estos aspectos prevalece el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Ello se hace palmario en la redacción de los artículos 277 (no regula los medios probatorios que deben utilizarse para autenticar evidencias no sometidas a cadena de custodia) y 426 (enuncia algunas formas de autenticación de los documentos), y, principalmente, en lo establecido en el artículo 373 en el sentido de que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Es preciso indicar que independientemente del método utilizado, la autenticación e identificación de un documento no es otra cosa que probar que lo que en el de dice corresponde a lo que la parte plantea que expresa según su teoría del caso.

V. El estudio del asunto sometido a conocimiento de la Sala

Teniendo presente los acápites previos, la Sala procede al análisis del caso concreto. Desde ya la

Corporación anuncia que se dejará en firme el sentido del fallo condenatorio, por las razones que pasan a expresarse.

En primer lugar, debe aclararse que el testimonio del agente policial Pedro Fabián Valbuena Romero consta de dos partes. De un lado, alude a las manifestaciones que le hizo la comunidad respecto al instante preciso en que se sustrajo el amplificador del poste por parte del procesado. De otro lado, refiere el momento de la captura en flagrancia de DARIO TOCA BAUTISTA, hallándosele en su poder el objeto del punible.

Así, el testimonio del gendarme contiene las manifestaciones provenientes de los vecinos del barrio Holanda, las cuales, debido a que fueron realizadas por fuera de juicio oral, constituirían *prima facie* prueba de referencia; del mismo modo, se compone del conocimiento que él obtuvo de manera directa y personal en torno a la captura en flagrancia, en la que percibió aspectos relacionados con el delito.

Respecto del primer componente de la declaración de Valbuena Romero ha de advertirse que no puede ser valorado a título de prueba, por cuanto en la audiencia

preparatoria el ente investigador no solicitó que las manifestaciones de la comunidad fueran admitidas como prueba de referencia, ni mucho menos se demostró la concurrencia de alguna causal de admisión excepcional del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente, aunque se hubiese incluido en la solicitud probatoria como prueba de referencia, las aserciones en ella contenidas provinieron de la “comunidad”, grupo cuyos miembros si bien son identificables, no fueron identificados en desarrollo de la investigación. Lo anterior se traduce en el carácter anónimo de la fuente de las manifestaciones y, por consiguiente, dichas aserciones no pueden ser apreciadas como medio de conocimiento.

No obstante, la declaración rendida por Valbuena Romero en el curso de la vista pública también versa sobre aspectos que el testigo observó directa y personalmente, como es la aprehensión de TOCA BAUTISTA en poder del amplificador que era transportado dentro de un costal blanco de lona, apartado que debe ser valorado como prueba directa.

Ahora bien, dado que el atestante Valbuena Romero acudió al juicio oral a declarar, la defensa contó con la oportunidad de ejercer el derecho de confrontación; garantía judicial mínima que efectivamente se materializó mediante las preguntas formuladas por el defensor quien inquirió al testigo de cargo, contando con las prerrogativas propias del contrainterrogatorio³³. Por lo tanto, dicho segmento de la deposición no puede ser catalogado como prueba de referencia.

Dilucidado lo anterior, la Corte centra su atención en la prueba indiciaria valorada por el Tribunal, con base en la cual profirió el fallo condenatorio.

En primer lugar cabe indicar que la Sala no comparte el indicio construido por el *ad quem* conforme con el cual “*en la mayoría de los casos la persona a la que se le halla el objeto proveniente de un delito, sin ofrecer explicación en torno a su lícita tenencia, obedece a que intervino en el mismo*”³⁴.

Como fuere expresado en el apartado IV de este proveído, son derechos de raigambre constitucional la facultad de no autoincriminación y de no incriminación de

³³ Cfr. Archivo de audio No. 1-110016000019201210962, record 28':29'', CD adjunto de inicio del juicio oral, 3 de marzo de 2014, carpeta original 1.

³⁴ Cfr. Folio 29, carpeta del Tribunal.

los familiares en grado de ley, así como su correlato, el derecho a guardar silencio, los cuales operan, entre otras cosas, al momento de la captura, sin importar que ésta haya sido en flagrancia. Además de ello, resulta nítido que al operador judicial le está vedado valorar negativamente el silencio derivado del ejercicio de dicho derecho, so pena de vaciar el contenido esencial del mismo.

Por tal razón la Corte rechaza el razonamiento del fallador de segundo grado, ya que con la estimación negativa del silencio de TOCA BAUTISTA al momento de su captura se desconoció su derecho constitucional a guardar silencio.

Tampoco es de recibo la tesis según la cual “*Con la versión de Fabián Valbuena Romero, surge la prueba del hecho indicador del **indicio de manifestaciones posteriores al delito**, dado que en juicio oral afirmó que se trataba de dos sujetos quienes la comunidad había visto bajar del poste el amplificador de la empresa TELMEX S.A. (...)*”³⁵.

No se comparte el razonamiento expuesto por el juez de segundo grado, por cuanto el aludido indicio se construye a partir del hecho indicador compuesto por las

³⁵ Cfr. *Ibidem* Folio 30.

manifestaciones del indiciado posteriores a la presunta comisión del punible, más no por lo declarado por parte del testigo.

A pesar de los yerros advertidos en la providencia del juez colegiado hasta este punto, la Sala advierte que en el caso de marras sí existen medios probatorios que sustentan de manera adecuada la condena impuesta a TOCA BAUTISTA por el punible de hurto agravado y calificado, como se entrará a analizar.

En el acto público de juicio oral el testigo Valbuena Romero declaró³⁶:

“Fiscalía: *¿Recuerda para el día 17 de agosto de 2012 si usted prestaba sus funciones como patrullero?* **Preguntado:** *Sí señora.* **F:** *¿Dónde las prestaba?* **P:** *En el CAI Brasilia perteneciente al cuadrante 47.* **F:** *¿Qué localidad?* **P:** *Bosa.* **F:** *¿De qué hora a qué hora laboró?* **P:** *De dos de la tarde a diez de la noche.* **F:** *¿Recuerda en ese lapso del día por el que se le pregunta si usted tuvo que ver con un caso relacionado con un hurto de un equipo de la empresa TELMEX?* **P:** *Sí señora.* **F:** *Patrullero, fue el único caso que conoció ese día o fue (sic) varios relacionados con hurto en esos aparatos.* **P:** *En ese día fue el único.* **F:** *¿Recuerda usted que labores realizó relacionadas con ese hurto?* **P:** *Bueno, lo que recuerdo es que mientras nos encontrábamos patrullando por este sector de la carrera 87I con calle 54F, la comunidad nos manifiesta, nos informa, que se le había acabado de ir el internet*

³⁶ Cfr. Archivo de audio No. 110016000019201210962, record 15':53'', CD adjunto de inicio del juicio oral, 3 de marzo de 2014, carpeta original 1.

*y la televisión de sus casas y que habían observado unos sujetos bajando un amplificador de un poste que se encontraba allí ubicado y manifestando ellos, la comunidad, que un sujeto, con unas características que no recuerdo, creo que era un pantalón tipo jean cenizoso (sic) y una chaqueta y que llevaba un elemento en la mano entre un costal, procedimos a, a pues a iniciar la búsqueda de este sujeto con estas características que la comunidad nos había manifestado, dando así aproximadamente a una cuadra lo logramos interceptar, solicitándole un registro a persona, el cual él accedió y manifestando manifestándole (sic) que por favor nos indicara que llevaba dentro del costal, el cual accedió. Al observar bien el costal en su interior pues encontramos que era un amplificador perteneciente a la empresa TELMEX, en donde pues por las (sic) la manifestación de la comunidad pues nosotros procedemos a leerle los derechos verbales que tiene esa persona y posteriormente verificamos un número para comunicarnos pues con un funcionario de esta empresa para que nos asesorara de que contenido tenía ese ese (sic) elemento, donde él llega al CAI bueno para que interpusiera la respectiva denuncia. Nosotros procedemos posteriormente a hacerle firmar los derechos del capturado, incautación del elemento y radicar el caso en la Fiscalía URI de Kennedy. **F:** Bueno usted en términos generales ha dicho que colaboró con la judicialización de esa persona. **P:** Sí señora. **F:** ¿De qué (sic), esa persona qué sexo tenía, que perso (sic) de qué se trata esa persona? **P:** Bueno era un sujeto de aproximadamente 1,50 de estatura, una contextura pues gruesa, tez moreno (sic) y no, no recuerdo más características morgioloacas (sic) de él. **F:** ¿Cuántas personas participaron en ese hurto? Que usted se haya enterado. **P:** Que yo, el que yo haya visto, o sea con el elemento con el que se le encontró fue él solo, porque se le halló ese elemento dentro del... **F:** ¿Recuerda el nombre del señor, del sujeto? **P:** Darío Toca Bautista. **F:** ¿Darío qué? **P:** Toca Bautista (...)"*

Seguidamente, en el contrainterrogatorio se registra³⁷:

³⁷ Cfr. *Ibidem*, record 28':29''.

Defensor: Patrullero Valbuena Romero, buenas tardes. Usted nos ha dicho en su declaración que se encontraba patrullando en el sector de la localidad de Bosa, ¿qué barrio es ese perdón? **Preguntado:** Barrio Holanda. **D:** Barrio Holanda. Me recuerda la dirección, por favor. **P:** Carrera 87I, calle 54. **D:** Calle 54, calle 54. Patrullero para que nos ubiquemos en cuanto al lugar de los hechos, nos podría indicar si usted se encontraba patrullando a pie o estaba utilizando algún medio motorizado. **P:** En motocicleta. **D:** En motocicleta. Y cuándo estaba patrullando y la ciudadanía le informó fue de alguna residencia o habitantes o ciudadanos en la calle o... **P:** En la vía pública. Pues lógicamente ellos escuchan la moto y no (sic) acuden a la, a la ayuda de la policía. **D:** ¿Y usted en el momento en que recibe la información verifica qué ciudadano le entrega la información, datos del ciudadano? **P:** No señor, pues ya que la comunidad usted sabe que, usted ve a un policía y lo que ellos quieren es que uno les colabore y les apoye, en ese momento pues fueron varios los ciudadanos que nos manifiestan. **D:** ¿Y ustedes iban transitando por la carrera o por la calle? **P:** Por la calle. **D:** Por la calle. En su declaración nos ha dicho que a una cuadra capturaron a un ciudadano, ¿cierto? **P:** Efectivamente, sí señor. **D:** ¿Ese ciudadano iba por la calle o la carrera? **P:** Iba por la calle (...).”

Posteriormente se escucha³⁸:

Defensa: Nos manifiesta usted que requirió al ciudadano para una requisita, ¿cierto? **Preguntado:** Sí señor. **D:** ¿Ese, ese ciudadano tenía aspecto de habitante de calle? **Fiscalía:** Objeción. En ningún momento ha, se ha referido a si es habitante de calle o no. El interrogatorio no fue por eso. **D:** Bueno, su Señoría modifico la pregunta. Retomando lo que ya había preguntado la Fiscalía... el aspecto, usted nos hizo referencias morfológicas del ciudadano, ¿cierto? **P:** Sí señor. **D:** ¿Cómo iba vestido ese ciudadano? **P:** Una chaqueta, llevaba una chaqueta, un

³⁸ Cfr. *Ibidem*, record 31':38''.

pantalón tipo jean cenizoso o gris por así decirlo, que yo recuerde. D: ¿Qué aspecto tenía, una persona descuidada? P: Normal, normal. D: ¿Para que usted, para usted qué es normal? P: Pues sí, bien, pues una persona indigente pues lógicamente hay... se le ve el aspecto de suciedad, de pronto si consume drogas y esta persona no tenía ese aspecto. D: ¿Cómo era el costal que él cargaba? P: Un costal blanco, un costal blanco. D: ¿De qué material? P: De lona. (...)".

Más adelante el testigo sostiene que³⁹:

“Fiscalía: Señor patrullero, inmediatamente la comunidad los alertó de que se había ido la televisión y el servicio de internet, usted y de que les dijo las características del sujeto ustedes procedieron al lugar y lo capturaron, ¿correcto? Preguntado: Sí señora, alcanzándolo a una cuadra (...)".

De dicha declaración se desprende que: (i) el policía Valbuena Romero se encontraba patrullando en vehículo motorizado en el área correspondiente al cuadrante 47 del lugar; (ii) algunos vecinos del barrio Holanda se acercaron al susodicho policial, informándole que la señal de internet y televisión se acababa de perder y habían observado a unos sujetos sustrayendo el amplificador del poste ubicado en la carrera 87I con calle 54 sur; (iii) Valbuena Romero procedió a realizar la búsqueda de los sujetos, deteniendo a DARIO TOCA BAUTISTA a una estrecha distancia del lugar de la sustracción –una cuadra para ser exactos-; (iv) el detenido vestía una chaqueta y un pantalón tipo jean

³⁹ Cfr. *Ibidem* record 41':26''.

“cenizoso”, además llevaba en su mano un costal blanco de lona, atuendo y objeto cuyas características habían sido transmitidas al oficial por parte de los vecinos; (v) al señor TOCA BAUTISTA se le halló un amplificador de la empresa TELMEX S.A.; (vi) el equipo era transportado dentro del costal blanco de lona.

De los precedentes hechos indicadores es dable reconstruir el siguiente razonamiento: (i) cuando se sorprende al sujeto en poder del objeto del punible; (ii) a una cercana distancia del lugar de los hechos; (iii) momentos después de que se ha cometido el delito; (iv) siendo el objeto del punible un bien que normalmente no posee un ciudadano -como sería el caso de un celular, una billetera, un bolso, etc.-, sino que se trata de un bien que comúnmente pertenece a una empresa privada de telefonía; (v) transportando tal objeto de manera encubierta y poco convencional dentro de un costal; (vi) es dable inferir de la multiplicidad de datos convergentes y concordantes que la persona acaba de sustraer el objeto, está huyendo del lugar de los hechos y lleva subrepticamente el bien dentro de un costal.

Tales aspectos concurrentes dotan a la conclusión de la suficiente fuerza sobre el dato inferido, a saber, que DARIO TOCA BAUTISTA, acababa de apoderarse de la cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.

Del mismo modo, se tiene el acta de incautación de elementos, cuya falta de firma no la torna en inexistente como lo pretende el casacionista, pues aunque es cierto que el policial pretermitió firmar el documento, igualmente verídico resulta que en desarrollo del juicio oral lo reconoció como de su autoría⁴⁰.

Debe tenerse en cuenta que al incorporarse el informe policial como prueba en el juicio oral se activó el derecho de confrontación del acusado, en tanto este último estuvo facultado para interrogar o hacer interrogar al agente Valbuena Romero, quien compareció a la vista pública a título de testigo de cargo.

Aunado a ello se observa que en la versión contenida en el acta, el servidor público no incluyó declaraciones de terceros, con lo cual se corrobora la inexistencia de una

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, record 23':54''.

eventual prueba de referencia que deba ser sometida a los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Cabe indicar que no corresponde con la realidad del proceso la aseveración del casacionista según la cual “[El acta] *no se introdujo en el juicio con el procedimiento que para tal, se establece, solicitando la prueba en la audiencia preparatoria y de ella correr traslado a la contraparte, en este caso la defensa para que se pronunciara sobre la misma, establecido en los artículos 431 de la Ley 906 de 2004.*”⁴¹.

A manera de paréntesis cabe aclarar que tal razonamiento debió construirse bajo el rótulo de la violación indirecta de la ley sustancial por un error de derecho originado en un falso juicio de legalidad, por cuanto aparentemente se habría practicado una prueba irregularmente allegada al proceso. En todo caso, la Corte dará respuesta a tal alocución, dado que con la admisión de la demanda se entienden superados los yerros de lógica y debida argumentación en los que pudo haber incurrido el impugnante.

⁴¹ Cfr. Folio 60, de la carpeta del Tribunal.

Como se evidencia en el registro de la audiencia preparatoria, dentro de las solicitudes probatorias de la Fiscalía se petitionó la práctica de la prueba documental del acta de incautación de elementos⁴², realizándose el traslado que echa en falta el defensor⁴³, quien al ser interrogado por la presidenta del acto público si tenía alguna observación sobre el mismo respondió “ninguna señoría”⁴⁴. Igualmente, la práctica de la prueba documental fue admitida por la juez de conocimiento⁴⁵, con lo cual la afirmación del recurrente carece de fundamento.

De este modo, el acta de incautación de elementos elaborada por el patrullero Valbuena Romero⁴⁶ -en donde se consigna que el 17 de agosto se le incautó a DARIO TOCA BAUTISTA un amplificador de la empresa TELMEX, de referencia (IP) product, ID. 12306210331400, serial No. FNAOUTEO (18V)-, que fue debidamente allegada al proceso, se adiciona a los medios suasorios que resultan determinantes para establecer la responsabilidad penal del aquí procesado.

⁴² Cfr. Archivo de audio No.110016000019201210962, record 12':40'', CD adjunto de la audiencia preparatoria de 12 de noviembre de 2013, carpeta original 1.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, record 21':10''.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, record 21':50''.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, record 20':03''.

⁴⁶ Cfr. Folio 73 de la carpeta del proceso.

Respecto de la petición que de último momento la defensa eleva, en el sentido de dar aplicación al artículo 268 del Código Penal, sobre reducción punitiva por razón de la cuantía, observa la Sala que la misma se ofrece contradictoria con el enunciado del único cargo que propone en la demanda, pues al tiempo que solicita la absolución de su asistido aduciendo errores de apreciación probatoria, inopinadamente da un giro en la argumentación y bajo el mismo supuesto solicita de la Corte la reducción de la pena por estimar que la cuantía del bien objeto del reato es inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, desconociéndose finalmente el sentido y el alcance de su pretensión, pues no logra descubrirse si lo que persigue con la interposición del recurso es que la Corte absuelva a su representado de los cargos que le fueron formulados en la imputación y la correspondiente acusación, o que lo condene, pero reduciéndole la pena impuesta por la segunda instancia, argumentando que la cuantía del apoderamiento no supera el salario mínimo legal, nada de lo cual puede suponer la Corte, máxime si la casación es un recurso sometido a precisas exigencias legales y no de libre formulación como al parecer es su criterio.

En todo caso, observa la Sala que no le asiste razón al recurrente en la postulación del disenso, pues de una parte, atendiendo los precisos términos en que se formuló la imputación y a los cuales se aludió en la formulación de acusación, no dejan duda que la cuantía de la ilicitud ascendió a un millón ciento treinta y cuatro mil setecientos un pesos (\$1.134.701.00)⁴⁷, y que la misma no fue objeto de discusión por la defensa en el trámite del juicio oral y, de otra parte, aún en dicha eventualidad, la misma resultaría infundada atendiendo la alta tecnología involucrada en el elemento materia de apropiación, cuyo costo, como fue señalado por la fiscalía, supera con creces la suma mencionada en la disposición sustancial que sin fundamento alguno el recurrente estima inaplicada, pues, omite precisar el tipo de error probatorio que eventualmente pudo haber cometido el juzgador de segundo grado, más aún si en dicha materia no opera la tarifa legal, como para entender que solo a través de un dictamen pericial puede determinarse la cuantía de la ilicitud, con desconocimiento de la libertad probatoria que rige en el modelo de procesamiento.

Como colofón de lo precedente se concluye que el censor no desvirtuó la doble presunción de acierto y

⁴⁷ Cfr. Archivo de audio 110016000019201210962, record 18'10'', CD adjunto de la audiencia de 18 de agosto de 2012.

legalidad que reviste a la sentencia de segundo grado. Contrariamente quedó evidenciado que el hecho jurídicamente relevante del apoderamiento por parte de DARIO TOCA BAUTISTA de un transformador de TELMEX S.A. -cosa mueble ajena- en cuantía superior a un salario mínimo legal mensual vigente, con el propósito de obtener provecho propio, se soporta en argumentos estructurados sobre realidades fácticas que cuentan con suficiente respaldo probatorio proveniente de los medios de prueba testimonial, documental e indiciario válidamente practicados en el juicio oral.

Así entonces, ante la falta de razón y de fundamento en la postulación del disenso, para la Corte es claro que el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, y una vez oído el criterio de los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: NO CASAR la sentencia impugnada por el defensor de DARÍO TOCA BAUTISTA.

Segundo: Declarar que contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria