



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP3623-2017
Radicación n° 48175
(Aprobado Acta n° 83)

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de UBERLY CANTOÑI CANTOÑI en contra del fallo proferido el 16 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia condenatoria emitida el 14 de enero del mismo año por el Juzgado Once Penal Municipal de esta ciudad.

HECHOS

En el fallo de segunda instancia fueron relacionados de la siguiente manera:

[e]l 30 de marzo de 2014, aproximadamente a las 2:15 de la madrugada, en la calle 15 A Nro. 81 B-06 de esta ciudad, cuando agentes de la Policía observaron a una persona que salía por la ventanilla de ventilación de una panadería llevando consigo una caja registradora que contenía la suma de \$406.000 y un teléfono celular marca Nokia de color negro, circunstancia por la que procedieron a comunicarse con el propietario del establecimiento comercial, HUMBERTO ROJAS HERNÁNDEZ, quien vivía en el segundo piso del local comercial.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 31 de marzo de 2014 la Fiscalía le imputó a CANTOÑI CANTOÑI el delito de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, previsto en los artículos 27, 239, 240 –numeral 3º- y 241 –numeral 11- del Código Penal.

El 20 de agosto del mismo año lo acusó bajo las mismas premisas fáctica y jurídica.

Luego de agotar los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 14 de enero de 2016 el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá condenó al procesado

a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 24 meses. Consideró improcedentes la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo condenatorio, mediante proveído del 16 de marzo último, que, a su turno, fue objeto del recurso extraordinario de casación presentado por el apoderado judicial de CANTOÑI CANTOÑI.

CONSIDERACIONES

Planteado de esta forma el debate, la Sala seguirá el siguiente derrotero:

En primer término, establecerá las reglas procesales y probatorias aplicables al presente caso. En este acápite abordará los siguientes aspectos: (i) La delimitación del tema de prueba; (ii) la flagrancia y la delimitación del tema de prueba; y (iii) Las estipulaciones probatorias y la delimitación del tema de prueba.

Luego, analizará los siguientes temas atinentes al caso objeto de estudio: (i) la forma como se delimitó el tema de prueba, (ii) lo que se demostró durante el debate probatorio, (iii) los errores en que incurrieron los falladores, y (iv) los cargos incluidos en la demanda.

1. Reglas procesables y probatorias aplicables al presente caso

1.1. La delimitación del tema de prueba

El tema de prueba se define a partir de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida por la Fiscalía en la acusación, y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando acude a esa estrategia.

Sobre el concepto de hecho jurídicamente relevante, recientemente esta Corporación precisó:

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

*La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”¹.*

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de

¹ Negrillas fuera del texto original.

verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**².

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo (CSJSP, 8 Marz. 2017, Rad. 44599).

En esa oportunidad, la Sala hizo hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en la acusación, y los jueces, en la sentencia, indiquen con precisión los hechos que justifican el llamamiento a juicio y la condena (cuando hay lugar a ella).

Para tales efectos, resaltó las diferencias entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba. Dijo:

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.

Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera.

² Negrillas fuera del texto original

Hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: (i) María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos luego de ocurridos los disparos; (ii) Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; (iii) al policía judicial le consta que dos días después de ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; (iv) un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera³.

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada.

En esta misma línea argumentativa, en la aludida sentencia la Sala resaltó la importancia de delimitar correctamente el tema de prueba, lo que implica diferenciar los tres conceptos atrás enunciados: hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba. Puntualizó:

La hipótesis fáctica contenida en la acusación en buena medida determina el tema de prueba. Del mismo también hacen parte las hipótesis propuestas por la defensa, cuando opta por esa estrategia.

Así, por ejemplo, si en su hipótesis la Fiscalía plantea que el acusado, en unas determinadas condiciones de tiempo y lugar, rompió la puerta de ingreso a la residencia de la víctima, ingresó a la misma y se apoderó de un televisor avaluado en dos millones de pesos, con la intención de obtener un provecho económico, y concluye que esos hechos encajan en el tipo penal previsto en los artículos 239 y 240, numerales 1 y 3, cada uno de los componentes de ese recuento factual hará parte del tema de prueba.

Si, a su vez, la defensa plantea que el acusado actuó bajo un estado de embriaguez involuntaria, que le impedía comprender la ilicitud de su conducta y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estos aspectos fácticos también se integran al tema de prueba.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

Según se indicó en otros apartados, es común que uno o varios elementos estructurales de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sólo puedan ser probados a través de inferencias.

En esos casos, el medio de prueba tiene una relación “indirecta” con el hecho jurídicamente relevante, en la medida en que sirve de soporte al dato o “hecho indicador” a partir del cual se infiere el aspecto que guarda correlación con la norma penal (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras).

³ En idéntico sentido, Módulo de Evaluación del Caso. Reglas básicas para el manejo estratégico de Casos Penales. Fiscalía General de la Nación (documento preliminar de trabajo).

Aunque es claro que esos datos o hechos indicadores deben ser probados, y se esa forma se integran al tema de prueba, el objetivo último es verificar si los hechos jurídicamente relevantes fueron demostrados o no, en el nivel de conocimiento previsto por el legislador.

1.2. La flagrancia y la delimitación del tema de prueba

La captura en flagrancia es una forma de afectación provisional de la libertad, regulada puntualmente en los artículos 32 de la Constitución Política y 295 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

El artículo 301 de ordenamiento procesal consagra cinco causales de flagrancia.

Aunque tienen en común la aprehensión del “*imputado*”, bien al momento de la realización de la conducta, ora momentos después, cada causal está estructurada sobre un referente fáctico diferente, a partir del cual debe analizarse si la afectación de la libertad, sin orden judicial, se ajusta a lo establecido en los artículos 28 y siguientes de la Constitución Política y las normas de la Ley 906 de 2004 atrás referidas.

Así, por ejemplo, la causal primera se aplica cuando “*la persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito*”, y la segunda cuando la aprehensión ocurre por señalamiento, persecución o voces de auxilio.

De otro lado, la causal tercera, denominada “flagrancia inferida”, tiene como presupuesto que la persona sea sorprendida con objetos, elementos o huellas “*de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él*”.

En el contexto de la causal cuarta, la detección de la conducta ilegal debe darse a través de un dispositivo de video, mientras que la quinta tiene como uno de sus elementos estructurales que el individuo sea sorprendido “*en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito...*”.

En principio, los anteriores presupuestos solo son relevantes para establecer si la medida preventiva se ajustó a los postulados constitucionales y legales. En tal sentido, la privación efectiva de la libertad, que es un elemento estructural de la flagrancia en el ordenamiento jurídico colombiano, es un referente fáctico obligatorio en la respectiva audiencia preliminar.

Por razones obvias, algunos aspectos factuales de la captura en flagrancia pueden hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, pero ello no implica que en ambos eventos los hechos sean exactamente los mismos. Por ejemplo, la aprehensión de la persona sorprendida bajo algunos de los presupuestos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal es un aspecto ineludible en la audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, pero no necesariamente debe hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía en la acusación.

En efecto, solo en casos excepcionales **la aprehensión** de la persona capturada en flagrancia constituye un hecho que encaje o pueda ser subsumido en las normas que regulan la conducta punible.

⁴ Bajo el entendido de que adquiere esta calidad a partir de la aprehensión, según lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 906 de 2004.

Ello sucede, verbigracia, en los casos de tentativa (Art. 27 del Código Penal), donde es posible que las “*circunstancias ajenas*” a la voluntad del procesado, que impidieron la consumación del delito, **consistan en su aprehensión** por parte de los policiales que lo sorprendieron realizando la acción típica.

En ese tipo de eventos la captura puede tenerse como un hecho jurídicamente relevante, en los ámbitos de la acusación y la sentencia, en la medida en que puede subsumirse en el presupuesto fáctico de la norma que tipifica la tentativa.

También puede suceder que la captura del procesado no constituya un hecho jurídicamente relevante, pero pueda tenerse como un “hecho indicador” de su responsabilidad, en la medida que dé cuenta, por ejemplo, de su presencia en el sitio donde ocurrió el delito.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que otros datos inherentes a la captura sean utilizados para sustentar la hipótesis de la acusación, como cuando al retenido le fueron hallados elementos, objetos o huellas de los que pueda inferirse algún aspecto relevante para la determinación de la responsabilidad penal.

Sumado a lo anterior, es posible que luego de producida la captura en flagrancia la Fiscalía logre estructurar una hipótesis diferente a la que avizoró quien llevó a cabo la aprehensión. También lo es que descarte la ocurrencia de una conducta punible.

El primer evento puede suceder, por ejemplo, cuando una persona es capturada porque fue sorprendida cuando lesionaba a otra, y los actos de investigación realizados luego de la aprehensión permiten establecer que la agresión tenía como finalidad desapoderar a la víctima de sus pertenencias. Aunque la captura se justificó por el delito contra la integridad personal, es posible que en la acusación se incluya el atentado contra el patrimonio económico.

Lo mismo sucede, también a título de ilustración, cuando la captura se justifica por el porte ilegal de un arma de fuego, y los actos urgentes o las labores investigativas incluidas en el programa metodológico permiten establecer que el capturado en flagrancia por el delito consagrado en el artículo 365 del Código Penal, recién había utilizado el artefacto para segar la vida de una persona, lo que en su momento no fue detectado por el agente captor.

En el otro sentido indicado, es igualmente posible que se legalice la captura por un delito de lesiones personales, y luego se establezca que el retenido actuó en legítima defensa. Aunque el juez de control de garantías haya concluido que la captura se realizó bajo los presupuestos constitucionales y legales, la acusación puede resultar improcedente.

Por tanto, frente a un evento de captura en flagrancia la Fiscalía tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado, que le permita estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando hay lugar a ella. Si la actividad investigativa subsiguiente a la captura permite descartar la hipótesis delictiva, no habrá lugar al llamamiento a juicio.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los presupuestos fácticos de la flagrancia, como medida transitoria, están sometidos a un régimen demostrativo mucho más flexible que el diseñado para el juicio oral, donde se decide sobre la responsabilidad penal.

En efecto, por regla general el juez de control de garantías no tiene ante sí a la persona que **asegura** haber sorprendido a otra durante la comisión de una conducta punible, e incluso al policial que **dice** haber realizado la aprehensión por unas determinadas razones.

Igualmente, durante estas diligencias no se realiza un examen exhaustivo sobre la autenticación de los elementos que, **según la versión del agente captor**, fueron hallados en poder del aprehendido, o de la **autenticidad** de los videos a que alude la causal cuarta del artículo 301.

En suma, el citado juez: (i) se limita a analizar si la afectación de la libertad se ajustó o no a los lineamientos constitucionales y legales; (ii) puede fundamentar su decisión en medios de conocimiento que no están sometidos a las reglas del juicio oral, y frente a los que no ha sido posible ejercer a plenitud los derechos de confrontación, contradicción, etcétera; (iii) no está sometido al riguroso estándar de conocimiento dispuesto para la condena, entre otros.

Por tanto, si un juez de control de garantías concluye que el imputado efectivamente fue sorprendido y capturado durante la comisión de la conducta punible, ello sólo es trascendente para el análisis de la medida preventiva, pero bajo ninguna circunstancia puede tenerse como hechos demostrados a efectos de establecer la responsabilidad penal.

Esto último (la responsabilidad penal) debe resolverse en el juicio oral, por un juez imparcial, luego de un debate regido por los principios de inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etcétera (Art. 16 de la Ley 906 de 2004).

Para garantizar la imparcialidad del fallador, así como las garantías judiciales atrás descritas, el legislador optó por separar las funciones de control de garantías y de juzgamiento, en orden a que el funcionario que debe resolver sobre la responsabilidad penal no haya tenido a su cargo decidir sobre medidas cautelares, actos de investigación y demás asuntos asignados a los jueces de control de garantías.

Si se asume, como lo insinúan el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, que la captura en flagrancia, y las decisiones que al respecto tome el juez de control de garantías, implican dar por probado algunos hechos de cara al análisis de la responsabilidad penal del procesado, se dejarían sin efecto los principios rectores del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, así como las garantías judiciales mínimas de los procesados, simple y llanamente porque la responsabilidad penal no se resolvería con base en la prueba *“que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*, como lo ordena el artículo 16 ídem.

En consecuencia, si la Fiscalía opta por incluir en la acusación uno o varios de los aspectos fácticos que en su momento determinaron la captura en flagrancia, asume cargas como las siguientes: (i) constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes, en la medida en que puedan ser subsumidos en la respectiva norma penal; (ii) si se trata de datos o *“hechos indicadores”* a partir de

los cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso inferencial; (iii) debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; (iv) si pretende valerse de los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y/o realizado la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio oral, salvo que medie alguna de las causales de admisión excepcional de prueba de referencia; (v) de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir los respectivos requisitos de admisibilidad; y (vi) estas cargas no pueden ser eludidas bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales.

1.3. Las estipulaciones y la delimitación del tema de prueba

El artículo 10° de la Ley 906 de 2004 establece que *“el juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen **sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva**, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales”*⁵.

Esta Corporación ha emitido múltiples pronunciamientos sobre el sentido y alcance de las estipulaciones (CSJ SP 7856, 15 Jun. 2016, Rad. 47666, entre muchas otras).

Para los efectos del caso que aquí se analiza, cabe resaltar lo siguiente: (i) el principal efecto de una estipulación es suprimir del debate probatorio un determinado hecho; (ii) las partes deben expresar con claridad cuál es el aspecto fáctico que se dará por probado; (iii) el juez debe controlar que las estipulaciones sean lo suficientemente claras; y (iv) la estipulación no puede extenderse a aspectos fácticos no incluidos en la misma.

Bajo estas elementales reglas, cuando las partes estipulan la *“plena identidad del procesado”*, el único aspecto que se sustrae del debate probatorio es ése, la identificación y/o individualización de la persona que resiste la pretensión punitiva estatal.

Lo anterior no implica que la Fiscalía quede exenta de demostrar los hechos jurídicamente relevantes que hacen parte de su hipótesis: que esa persona fue la que disparó, se apoderó de los bienes muebles ajenos, hizo una exigencia económica bajo amenaza de muerte, etcétera, salvo que medie la expresa voluntad de las partes de sustraerlos del debate probatorio a través de una estipulación. Lo mismo puede predicarse frente a las cargas probatorias que eventualmente asuma la defensa, según las particularidades de cada caso.

Si el juzgador adiciona o tergiversa la estipulación, y a raíz de ello da por sentado que las partes sustrajeron del debate probatorio un determinado hecho, sin ser ello cierto, puede dar lugar a que ese aspecto de la premisa fáctica del fallo se dé por probado sin que existan medios probatorios que den cuenta de su ocurrencia.

Así, este tipo de yerros frente a la estipulación probatoria pueden desencadenar la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia, en cuanto se dé por probado un aspecto fáctico en particular, a pesar de que (i) las partes no acordaron sustraerlo del debate probatorio y, (ii) no existen pruebas que lo acrediten.

⁵ Negrillas fuera del texto original.

2. El caso sometido a conocimiento de la Sala

2.1. La delimitación del tema de prueba

En la acusación se planteó que el 30 de marzo de 2014, aproximadamente a las dos de la madrugada, UBERLY CANTONI CANTONI ingresó a la panadería ubicada en la calle 15 A Nro. 81 B- 06 sur de esta ciudad, de propiedad del señor Huberto Rojas Hernández, e intentó apoderarse de un teléfono celular y una caja registradora que contenía \$406.000.

El procesado no logró consumar el hurto porque fue sorprendido y capturado por varios policiales cuando intentaba salir del inmueble a través de la rejilla por la que ingresó.

A este referente factual debe agregarse el elemento subjetivo específico consagrado en el artículo 239 (“*el propósito de obtener provecho para sí...*”), así como los que atañen al dolo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Frente a los elementos objetivos del tipo penal, que es el escenario donde finalmente se resuelve el presente asunto, la Fiscalía tenía la carga de demostrar que fue UBERLY CANTONI CANTONI, y no otro, quien ingresó a dicho establecimiento comercial e intentó apoderarse de los objetos atrás descritos, lo que no pudo consumar por la oportuna intervención de los policiales que lo capturaron.

2.2. Lo que se demostró en el proceso

Las partes estipularon lo siguiente:

“La defensa de la señora (sic) CANTONI UBERLY CANTONI (sic) C.C. 4.661 019 y la Fiscalía General de la Nación representada por la doctora Dalila Quiroga López, fiscal 178 delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, acuerdan con el presente escrito que pueden aceptar como HECHOS PROBADO (sic) el siguiente:

(...)

Su señoría se tendrá por probado el hecho constituido en la PLENA IDENTIDAD de la enjuiciada (sic) CANTONI UBERLY CANTONI C.C. 4.661.019.

En el juicio oral, cuando el Juez le preguntó a las partes si habían celebrado estipulaciones, la Fiscal manifestó:

Se trata de la única estipulación a través de la cual la defensa del enjuiciado y la suscrita daremos como un hecho probado la plena identidad del enjuiciado.

A continuación, leyó el nombre, la cédula de ciudadanía y los demás datos del procesado CANTONI CANTONI, e hizo alusión a los documentos que sirven de soporte al hecho objeto de estipulación, que fueron relacionados por el Juez en la intervención que se transcribe más adelante.

La defensa se mostró conforme con el contenido de la estipulación.

A continuación, el Juez manifestó:

Teniendo en cuenta que desde la audiencia preparatoria **se acordó por Fiscalía y defensa tener como hecho probado la plena identidad del acusado**, que en el día de hoy la señora fiscal allega los elementos materiales probatorios como son el informe de investigador de laboratorio que suscribe la técnico dactiloscopista Yina Rodríguez, con el informe de consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que fuera cotejada con la toma decadactilar realizada por la SIJIN para la persona capturada se introduce dentro de este juicio oral para efectos de su valoración.

Luego, la Fiscalía solicitó el interrogatorio de la víctima, Humberto Rojas Hernández.

El testigo se refirió a la panadería de su propiedad y a los bienes sobre los que recayó el intento de hurto. Igualmente, hizo alusión a los daños causados por el sujeto activo y a la forma como éste ingresó al local comercial.

Sobre la identificación de dicho sujeto, el interrogatorio transcurrió de la siguiente manera:

Pregunta: *¿Qué pasó cuando usted ingresó a la panadería?*

Respuesta: *entraron los señores agentes y capturaron a un señor que estaba ahí adentro (...) nunca lo había visto.*

(...)

Pregunta: *¿Pudo usted evidenciar de qué forma el desconocido, **quien resultó ser el señor enjuiciado**⁶, ingresó a su panadería?*

Respuesta: *pues él entró por un lado de la casa (...) por la ventilación del gas que da a la calle.*

Pregunta: *¿Recuerda usted las características físicas de esa persona?*

Respuesta: *un señor moreno, delgado (...) como negro, contextura delgada, estatura 1.70 tal vez.*

Una vez agotado el contrainterrogatorio, el Juez le preguntó a la Fiscal si tenía otros testigos, lo que generó el siguiente diálogo:

Fiscal: *se trata de los uniformados Alexander Figueroa y Leonardo Rojas Ríos. Señoría, pese a que la Fiscalía los citó de manera oportuna y pese a lo transcurrido de la hora (...) no se han hecho presentes a este estrado judicial.*

Juez: *Entonces señora fiscal, renuncia a los testigos.*

Fiscal: *Sí su señoría, yo pienso que el testigo ha sido muy claro, y en aras de la celeridad voy a renunciar a esos testigos.*

De esta manera se clausuró el “debate probatorio”. Luego, las partes presentaron sus alegatos de conclusión y el Juez anunció que el fallo sería condenatorio.

⁶ Esta pregunta es notoriamente sugestiva y argumentativa. Además, finalmente fue la fiscal quien declaró, y en ese aspecto no fue corroborada por el testigo, quien se limitó a declarar lo que directamente percibió.

Ante este panorama, encuentra la Sala que durante el juicio oral se demostró lo siguiente:

En primer término, que el procesado responde al nombre de UBERLY CANTOÑI CANTOÑI, identificado con la cédula de ciudadanía número 4,661.019, de sexo masculino, nacido el 19 de mayo de 1981 en el municipio de Padilla (Cauca), de 1,74 metros de estatura, sin señales particulares. Ello en virtud de la estipulación celebrada por la Fiscalía y la defensa.

De otro lado, se demostró que el 30 de marzo de 2014, en horas de la madrugada, “*un señor moreno, delgado, como negro, estatura 1.70 tal vez*”, ingresó a la panadería de propiedad del señor Rojas Hernández, ubicada en el lugar atrás referido, y cuando intentaba salir de ese lugar con un teléfono celular y una registradora que contenía \$406.000 pesos fue sorprendido y capturado por varios policiales.

La Fiscalía no demostró que el sujeto que fue capturado en las condiciones de tiempo y lugar atrás descritas corresponde a UBERLY CANTOÑI CANTOÑI.

Este aspecto, determinante para establecer la responsabilidad del procesado, pudo haber sido demostrado con los testimonios de los funcionarios que realizaron la aprehensión. Sin embargo, la Fiscalía renunció a estos medios de prueba, en los términos atrás indicados.

Valga aclarar que las declaraciones anteriores de dichos funcionarios no fueron solicitadas ni incorporadas como prueba de referencia.

Durante el interrogatorio de la víctima no se obtuvo información que permitiera establecer que el sujeto capturado en flagrancia es el mismo UBERLY CANTOÑI CANTOÑI, pues el señor Rojas hizo una descripción genérica que, como bien lo anota el impugnante, corresponde a un amplio sector de la población colombiana.

2.3. Los errores en que incurrieron los juzgadores

El fallador de primer grado planteó lo siguiente sobre el tema central de debate:

*Ahora bien, la defensa presentaba un cuestionamiento sobre si el sujeto aquí implicado, es el mismo que perpetró el ilícito y sobre ello se debe decir que no hay inquietud alguna al respecto porque conforme a las reglas de la sana crítica, un procedimiento policial y luego el judicial que conlleva en muchos de los eventos, como en el caso concreto, pues indudablemente se deriva de unos actos que va a realizar la Fiscalía y que van a conllevar necesariamente el curso de un proceso, en ese sentido se debe decir que se estipuló la plena identidad de UBERLY CANTOÑI CANTOÑI, sujeto que está vinculado dentro del proceso que nos ocupa, quien fuera el mismo que la víctima describiera físicamente, de manera genérica, pero completa, cuando aduce que se trata de un sujeto de piel negra, de aproximadamente 1.71 metros de estatura, contextura delgada, siendo esta la fisonomía general a primera vista sobre cualquier persona, **pertenecer a una minoría étnica**⁷; así mismo, véase que resultó concordante con la estatura aproximada del sujeto que indicada el ofendido, siendo concordante con la tarjeta decadactilar de este último, registrando 1.73 metros de estatura, por lo que no hay duda alguna en que esa*

⁷ Negrillas fuera del texto original.

estipulación probatoria atinente a la plena identidad es del aquí acusado y que indudablemente, cuando la víctima se refiere a un sujeto capturado de color negro, era el mismo para el cual estaba la plena identidad ya estipulada entre la Fiscalía y la defensa.

En este discurso, de difícil intelección, el Juez plantea que por pertenecer el procesado a una “minoría étnica”, y por tener varios de los rasgos físicos a que hizo alusión la víctima (hombre, de raza negra, de aproximadamente 1.70 metros de estatura), debe concluirse que es el mismo sujeto que fue sorprendido por los policiales cuando intentaba perpetrar el hurto.

El dislate es evidente. Si se acepta, como es notorio, que un considerable número de habitantes del país es de raza negra, y que 1.70 metros es una estatura común, no se requiere de un mayor esfuerzo para concluir que el Juez incursionó en el campo de las especulaciones al plantear que el procesado es el mismo sujeto a que hizo alusión la víctima, por el simple hecho de tener tres de las características físicas de quien fue sorprendido en flagrancia: hombre, negro, de aproximadamente 1.70 metros.

Si lo expuesto por el fallador de primer grado se plantea estadísticamente, habría que concluir que si en Bogotá, para la fecha de los hechos, habitaban diez hombres de raza negra, de una estatura aproximada de 1.70 metros, y si se parte de que estos son los únicos parámetros de individualización, la probabilidad de que el acusado y el sujeto capturado en flagrancia sean la misma persona es del 10%. Si se estableciera que cien personas comparten esas características, la probabilidad sería del 1%, y así sucesivamente.

Por tanto, es evidente que el Juez de primer grado, al concluir que UBERLY CANTOÑI CANTOÑI es el mismo sujeto que fue sorprendido por las autoridades, basado exclusivamente en los datos de la raza, el género y la estatura, violó flagrantemente el principio lógico de razón suficiente.

Por su parte, el Tribunal expuso lo siguiente:

*Para la Sala ninguna duda existe sobre la identificación del acusado como el autor de la conducta que se juzga, **porque no sólo fue capturado en flagrancia al interior del establecimiento**, información que en últimas permitió su vinculación al proceso, sino que en su poder se hallaron los elementos de propiedad de la víctima, como lo reconoció en juicio HUMBERTO ROJAS HERNÁNDEZ, sumado a que su plena identidad fue objeto de estipulación probatoria.*

*Y aunque la defensa pretendió eliminar todo valor demostrativo a la declaración de la víctima, por el hecho de no haber ofrecido una descripción exacta del procesado, **lo cierto es que del caudal probatorio arrimado refulge evidente que fue identificado y capturado en el momento mismo en que se apoderaba de varios bienes de ROJAS HERNÁNDEZ**, quien adujo que cuando abrió el establecimiento de comercio, por solicitud de agentes de la Policía, encontró en el interior de la panadería a un hombre que pudo identificar como afrodescendiente, características que coinciden en todo con los rasgos morfo cromáticos reseñados en la tarjeta decadactilar.*

Luego de referirse a lo expuesto por esta Corporación en la decisión CSJ SP, 29 Abril 2015, Rad. 45.753, donde se analizó lo atinente a la individualización e identificación del procesado, agregó:

Atendiendo la jurisprudencia en cita, es evidente que en la audiencia de imputación no hubo ninguna discusión acerca de la plena identidad del procesado, lo que refuerza que desde un comienzo se cumplió con dicha exigencia, teniendo en cuenta, además, que a la misma acudió el propio UBERLY CANTOÑI CANTOÑI, despejando cualquier duda acerca de la persona vinculada en calidad de imputado, circunstancia que sin duda habilitó al fiscal para presentar el escrito de acusación, en la que no discutió este tópico, el que posteriormente se reiteró en la formulación (sic), sin que el defensor manifestara objeción alguna, actuación con la que avaló la plena identidad de su prohijado.

En fin, en el sub examine se identificó e individualizó al procesado desde las audiencias preliminares, por lo que resulta siendo una verdadera impropiedad, por innecesaria y superflua, la estipulación probatoria con tal propósito.

Los errores del Tribunal también son ostensibles.

En primer término, debe anotarse que el fallador de segundo grado no precisó el problema probatorio en torno al cual ha girado la controversia, y trasegó por diversas líneas argumentativas para concluir que UBERLY CANTOÑI CANTOÑI es penalmente responsable.

Si se asume que sus argumentos están orientados a solucionar el problema probatorio al que se ha circunscrito el debate (*¿UBERLY CANTOÑI es la persona que fue capturada cuando intentaba apoderarse de las pertenencias de la víctima?*), habría que concluir que incurrió en la falacia denominada petición de principio, porque en su disertación dio por sentado que el procesado “**fue capturado en flagrancia al interior del establecimiento**”, esto es, al sustentar su tesis dio por probado el punto de discusión, sin ocuparse de la respectiva sustentación.

De otro lado, en uno de los acápites de su argumentación planteó que “*del caudal probatorio arrojado resalta evidente que (el procesado) fue identificado y capturado en el momento mismo en que se apoderaba de varios bienes de ROJAS HERNÁNDEZ*”.

Para arribar a la anterior conclusión necesariamente incurrió en un error de hecho, en alguna de las siguientes modalidades.

Si dio por sentado que durante el juicio oral se practicó alguna prueba, diferente a la declaración de la víctima, que dé cuenta de ese aspecto en particular, incurrió en un error de hecho, por falso juicio de existencia.

Si extrajo dicha conclusión del testimonio del señor Rojas, incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, pues sólo a partir de la adición de dicho testimonio o de su tergiversación puede asumirse que la víctima señaló al procesado como la persona que fue sorprendida y capturada al interior de su establecimiento de comercio.

En efecto, según se ha reiterado a lo largo de este fallo, el testigo se limitó a decir que vio en su local comercial a un hombre de raza negra, de 1,70 metros.

No sobra advertir que si el Tribunal asumió que UBERLY CANTOÑI es el mismo sujeto que fue capturado aquel 30 de marzo, únicamente a partir de su raza, su género y su estatura, incurrió en los mismos errores atribuidos al Juez

de primera instancia, a los que se hizo alusión en la primera parte de este apartado.

En este mismo sentido, si el fallador consideró que este hecho fue sustraído del debate probatorio a raíz de la estipulación celebrada por las partes, es evidente que la tergiversó o adicionó, pues el acuerdo se limitó a la “*plena identidad*” del procesado.

En efecto, una cosa es acordar la plena identidad del procesado, y otra muy distinta dar por probado que éste realizó la conducta típica y fue sorprendido en flagrancia por las autoridades.

Es evidente que los juzgadores abordaron el caso bajo la creencia errada de que en el juicio oral se pueden dar por probados algunos aspectos fácticos de la captura en flagrancia, así la Fiscalía no asuma la carga de demostrarlos en el juicio oral.

Igualmente, es notoria la confusión entre la prueba de la identificación e individualización del procesado, y la que demuestra su responsabilidad en una determinada conducta relevante para el derecho penal.

En síntesis, durante el juicio oral únicamente se demostró que: (i) el procesado responde al nombre de UBERLY CANTOÑI CANTOÑI (hecho estipulado por las partes); (ii) que el 30 de marzo de 2014, aproximadamente a las dos de la madrugada, un sujeto ingresó a través de una rejilla a la panadería de la víctima e intentó apoderarse de un teléfono celular y de una caja registradora que contenía \$406.000; (iii) el sujeto no pudo consumar el delito, porque fue sorprendido y capturado por varios policiales; (iv) la persona que realizó esta conducta es de raza negra y tiene una estatura aproximada de 1.70 metros; (v) entre los datos de filiación del procesado se incluye que se trata de un hombre de raza negra, de 1,74 metros.

Lo anterior es notoriamente insuficiente para concluir más allá de duda razonable que fue UBERLY CANTOÑI CANTOÑI quien realizó el delito referido en la acusación.

Para concluir que se cumplen los requisitos consagrados en los artículos 372 y 381 para emitir la condena, los falladores incurrieron en los errores descritos a lo largo de este apartado.

La trascendencia de los yerros no admite discusión, porque si se suprimen las conclusiones derivadas de los mismos, se hace evidente que la estipulación celebrada por las partes (sobre la plena identidad del procesado) y lo declarado por la víctima, bajo ninguna circunstancia puede tenerse como respaldo suficiente del fallo condenatorio.

2.4. Los cargos presentados por el impugnante

De conformidad con lo expuesto en los numerales anteriores, la Sala concluye que tiene razón el impugnante cuando plantea que la condena proferida en contra de UBERLY CANTOÑI CANTOÑI es producto de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en las modalidades explicadas en precedencia.

Por tanto, se casará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá al procesado por el delito consagrado en los artículos 27, 239, 240 –numeral 3º- y

241 –numeral 11- del Código Penal. Se ordenará su libertad inmediata y se dispondrá la cancelación de la respectiva orden de captura.

Lo anterior hace innecesario analizar el primer cargo propuesto por el impugnante, orientado a demostrar la trasgresión del debido proceso, porque en este caso la absolución prevalece sobre otras posibles decisiones que pudieran favorecer de forma diversa al procesado (CSJ SP, 21 Oct. 2013, entre muchas otras).

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

RESUELVE

Primero: Casar el fallo impugnado y, en consecuencia, absolver a UBERLY CANTOÑI CANTOÑI del delito de hurto calificado y agravado, en el grado de tentativa, previsto en los artículos 27, 239, 240 –numeral 3º- y 241 –numeral 11- del Código Penal.

Segundo: Ordenar la libertad inmediata del procesado CANTOÑI CANTOÑI, únicamente en lo que concierne al delito analizado en este fallo. Igualmente, se cancelará la respectiva orden de captura.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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