

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

SP439-2024

Aprobado acta No. 045

Bogotá, D.C., seis (06) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS

La Sala decide la impugnación especial promovida por JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ contra la sentencia de 24 de marzo de 2022, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al revocar la absolutoria de primer grado, lo condenó como autor del delito de hurto calificado.

HECHOS

Según la Fiscalía, el 17 de octubre de 2016, cuando estaba estacionando su camioneta en un parqueadero del barrio Teusaquillo de Bogotá, Óscar Abdenago Ávila Fonseca fue abordado por JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ, quien lo intimidó con un revólver, lo obligó a descender del vehículo y se apoderó del mismo.

Ese atraco, conforme la acusación, se habría cometido en el marco de la vinculación de BARRAGÁN HERNÁNDEZ, Robinson Bernal Merchán y Jhon Jair Montenegro Valdés a una banda dedicada al hurto de carros que operó en Bogotá durante los años 2015 y 2016. Los

nombrados habrían participado en varios eventos similares, algunos de los cuales conllevaron la retención temporal de las víctimas (bien fuera mientras retiraban dinero de sus cuentas bancarias, ora sin una finalidad explícita).

ANTECEDENTES

1. El 28 de septiembre de 2017, en audiencia dirigida por el Juzgado 41 Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía legalizó la captura de JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ, Jhon Jair Montenegro Valdés y Robinson Bernal Merchán, a quienes formuló cargos por los delitos de concierto para delinquir (art. 340) y hurto calificado agravado en concurso homogéneo (arts. 239, 240, inc. 2° y 4°, y 241, n. 9°); además, a los dos primeros les imputó el delito de secuestro extorsivo agravado (arts. 169 y 170, n. 8°) y al último, el de secuestro simple atenuado en concurso homogéneo (arts. 168 y 171, inc. 2°)¹. Los tres fueron afectados con medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

2. Formulada en iguales términos la acusación² y agotado el trámite ordinario, el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá profirió la sentencia de 16 de septiembre de 2021, por la cual absolvió a todos los procesados de los cargos imputados³. El despacho entendió, en esencia, que la Fiscalía no demostró su responsabilidad, pues las víctimas no los identificaron como las personas responsables por los delitos investigados.

3. Esa decisión fue apelada por la Fiscalía (únicamente en relación con las conductas punibles de hurto y secuestro) y el Tribunal, en la providencia ya reseñada, la revocó parcialmente; aunque mantuvo la absolución de Jhon Jair Montenegro Valdés y Robinson Bernal Merchán por todos los cargos, y la de BARRAGÁN HERNÁNDEZ por el delito contra la libertad, condenó a este último, con un salvamento de voto, por un único ilícito de hurto calificado agravado (en concreto, el perpetrado contra Óscar Abdenago Ávila Fonseca).

4. El implicado BARRAGÁN HERNÁNDEZ interpuso la impugnación especial de cuya resolución se ocupa ahora la Sala.

1. El Tribunal encontró demostrada la materialidad de los delitos investigados: los diferentes afectados narraron coherentemente la manera en que fueron despojados mediante violencia de sus automóviles y otros bienes en distintas fechas y circunstancias, y se estableció así mismo que uno de ellos – Daniel Andrés Rodríguez Córdoba – fue privado de la libertad por aproximadamente cincuenta minutos.

2. Entendió, sin embargo, que no existe ninguna indicación probatoria de la participación de los procesados en esos ilícitos porque las víctimas no los identificaron de manera razonada y unívoca, con la única excepción, en un singular evento, de JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ, a quien Óscar Abdenago Ávila Fonseca sí reconoció en juicio como la persona que lo atracó.

En efecto, el nombrado narró que en la noche el 17 de octubre de 2016, mientras parqueaba su camioneta en un espacio que tenía alquilado para ese fin ubicado en la calle 55 con carrera 14 de Bogotá, fue abordado por un hombre que lo intimidó con un arma de fuego, lo obligó a descender del rodante y se lo llevó (junto con otros objetos que estaban adentro, como su celular y algunos documentos). Atestó que pudo ver con claridad el rostro de esa persona y lo reconoció en la audiencia como BARRAGÁN HERNÁNDEZ; el señalamiento que hizo en su contra fue persistente y seguro, y no existen motivos para pensar que pueda haberlo incriminado falazmente.

3. La defensa del condenado pretendió refutar el cargo demostrando que para la fecha de los hechos aquél trabajaba como conductor en la Asociación Entidad Medioambiental de Recicladores – EMRS ESP -, lo cual lo ocupaba de lunes a sábado entre 8:00 A.M. y 5:00 P.M. Con todo, ello en nada desmiente la acusación, pues la conducta por la cual fue declarado responsable acaeció un día festivo a las 10:30 P.M.

4. Echó de menos, eso sí, el agravante de que trata el numeral 9° del artículo 241 de la Ley 599 de 2000 (cuando se comete en lugar despoblado y solitario) deducido contra el

implicado, pues sus referentes fácticos no fueron imputados por la Fiscalía. En consecuencia, dictó condena sólo por hurto calificado.

5. Fijó la pena en el mínimo imponible – esto es, 96 meses de privación de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas – y en aplicación de la proscripción establecida en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 negó tanto su suspensión condicional como la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN

El sentenciado BARRAGÁN HERNÁNDEZ pide que la sentencia impugnada sea revocada y, en su lugar, se confirme la absolución dispuesta por la primera instancia.

Sostiene que las pruebas practicadas no demuestran más allá de toda duda su responsabilidad en el delito sufrido por Óscar Ávila Fonseca y que la decisión de condena se soporta en «conjeturas» con las cuales el Tribunal «se apartó de la realidad procesal e impuso en la apreciación de las pruebas su personal criterio», desconociendo que el señalamiento elevado por la víctima en su contra no tuvo corroboración en ningún otro elemento de juicio.

Afirma acreditado que para la época de los hechos trabajaba como conductor, su jornada solía extenderse más allá de lo previsto y tres veces a la semana recorría la ciudad recogiendo material reciclable, todo lo cual, dice, riñe con la sindicación que le hizo el ofendido, pues si ejercía una labor lícita, no tenía razón para involucrarse «de la noche a la mañana» en actividades delictivas.

En todo caso, aunque Ávila Fonseca lo reconoció en el juicio como la persona que lo atracó, la descripción que hizo del agresor (alguien de 1.65 metros de estatura y 70 kilos) es «totalmente disímil» de sus características (1.60 metros de altura y, para la fecha de los hechos, «unos 95 kilos»).

NO RECURRENTES

Las demás partes e intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con las directrices establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263-2019, del 3 abril, radicado 54215, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la impugnación especial presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por primera vez a JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ, por el delito de hurto calificado.

2. Según quedó reseñado, en este trámite se investigaron plurales hechos delictivos (diez, en concreto) ocurridos entre 2015 y 2016, en los cuales varias personas fueron despojadas de sus vehículos, y algunas retenidas, mediante violencia física. El implicado JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ fue acusado de participar en cinco de esos eventos, pero se le condenó exclusivamente por el hurto cometido contra Óscar Abdenago Ávila Fonseca. En ese orden, el análisis de la Sala estará circunscrito a ese preciso suceso.

No se discute la ocurrencia del delito por el que BARRAGÁN HERNÁNDEZ fue condenado. Su acaecimiento, por demás, quedó demostrado con el testimonio del ofendido, Óscar Ávila Fonseca, quien evocó que alrededor de las 10:30 P.M. del 17 de octubre de 2016 estaba parqueando su camioneta (sobre cuya marca, modelo y características nada le fue preguntado) en un edificio ubicado en inmediaciones de la carrera 57 con calle 14 de Bogotá, cuando fue abordado por un hombre que lo intimidó con un arma de fuego, lo obligó a apearse y se llevó el rodante⁴.

3. La inconformidad del recurrente tiene que ver exclusivamente con la comprobación de su participación en dicho delito. A ese efecto, formula tres reproches contra la sentencia

impugnada: que (i) se sustenta en especulaciones; (ii) BARRAGÁN HERNÁNDEZ no pudo cometer el delito, pues su jornada de trabajo se lo impedía y, dado que tenía un ingreso lícito, no tenía razón para involucrarse en actividades criminales; (iii) el señalamiento que en su contra hizo la víctima carece de corroboración y la descripción del agresor no coincide con sus características físicas.

4. Sin dificultad se advierte que la primera queja no tiene fundamento. La decisión del Tribunal, lejos de estar sustentada en conjeturas (esto es, en proposiciones que, aunque puedan anticiparse ciertas, no tienen acreditación en las pruebas practicadas), reposa en el testimonio legal y regularmente practicado de Óscar Abdenago Ávila Fonseca, quien, como ya se dijo, señaló a JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ de ser la persona que, usando un arma de fuego, le robó su camioneta. El ad quem valoró ese elemento de juicio y, aduciendo que la sindicación fue persistente y sincera, le otorgó mérito. Esto no constituye especulación alguna. Cosa distinta es que, en criterio del censor, la ponderación de ese elemento de conocimiento deba conducir a otorgarle un valor diverso.

5. Tampoco la segunda queja puede acogerse. El que BARRAGÁN HERNÁNDEZ tuviese para la época de los hechos un trabajo lícito, tal como razonó el Tribunal, en nada refuta la acusación. Según lo adujo él mismo, su labor como conductor lo mantenía ocupado hasta las 5:00 P.M.; en cambio, la conducta por la que se le declaró responsable sucedió alrededor de las 10:30 P.M. (por demás, de un día festivo). Y si bien el nombrado afirma que ocasionalmente su jornada se extendía allende ese horario, no hay ninguna indicación racional de que así haya sucedido en esa precisa fecha. Por otro lado, no existe alguna máxima de la experiencia según la cual quienes participan de actividades criminales siempre o casi siempre carecen de ocupaciones legales. No hay ningún obstáculo empírico o lógico, y mucho menos científico, para aceptar que una persona puede realizar actividades productivas regulares y operaciones criminales de manera simultánea.

6. Y tampoco le asiste razón al censor al sostener que el insular testimonio de Óscar

Abdenago Ávila Fonseca es insuficiente para sustentar la condena.

6.1 Ciertamente, lo narrado por Ávila Fonseca constituye la única prueba de la participación de JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ en el delito por el que fue condenado. El nombrado, tras relatar la manera en que sucedió el atraco (§ 2), identificó al nombrado en la sala de audiencias como la persona que lo amenazó y se llevó su camioneta. Dijo reconocerlo porque pudo ver su rostro durante el suceso, no sólo mientras lo amedrentaba, sino también cuando sacaba el automóvil del parqueadero en reversa; además, evocó que al día siguiente del suceso revisó los videos de las cámaras de seguridad de una panadería y una casa vecinas, algunos de los cuales lo tomaron «de frente» y permitían observar su cara.

6.2 En un sistema de valoración racional de la prueba fundado en la sana crítica, como el que rige en el proceso penal, nada obsta para que la convicción más allá de duda razonable sobre la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del implicado deriven de una declaración insular, siempre que ésta, ponderada a partir de los criterios de la persuasión racional definidos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, baste para ello:

«... si bien pretéritas reglas de valoración probatorias se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, (un solo testigo, testigo nulo) desechando en sistemas tarifados el poder suasorio del declarante único, ahora, con la libre valoración acogida en nuestro medio procesal la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de interés en el proceso o demás circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia que permita llegar al estado de certeza»⁶.

6.3 Por demás, es válido que un testigo, en el curso de su testimonio, reconozca al acusado en la sala de audiencias como la persona responsable del delito investigado:

«El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa»⁷.

Desde luego, la Sala no desconoce que esa particular forma de identificación tiene unas características sui generis que imponen especial cuidado en su ponderación.

Las actividades de reconocimiento efectuadas en la fase investigativa se llevan a cabo en condiciones normativamente fijadas para propiciar ambientes de neutralidad que minimicen el riesgo de error, maximicen la probabilidad de acierto y reduzcan el peligro de contaminación o alteración en los recuerdos de quien las realiza. Así, el de fila de personas, regulado en el artículo 253 de la Ley 906 de 2004, debe hacerse con no menos de siete personas de rasgos físicos similares y no más de un indiciado, con la proscripción de que cualquier investigador haga señales o sugerencias capaces de inducir un señalamiento y garantizando que el autor no vea a quienes integran la fila antes de la diligencia. El artículo 252 ibidem prevé análogos controles para el de álbum fotográfico o videos.

En cambio, el reconocimiento efectuado en la sala de audiencias durante la vista pública no sólo carece de salvaguardias similares, sino que, de hecho, se lleva a cabo en un contexto inherentemente sugestivo, puesto que el enjuiciado ocupa un lugar físico y procesal que de entrada cierra sobre él un señalamiento implícito de compromiso en el delito investigado. Por ello, la Corte ha sostenido que «debe realizarse en condiciones que mitiguen»⁸ el carácter sugerente de las circunstancias, en concreto, a través de un interrogatorio que permita establecer con claridad «las bases o fundamentos no solamente en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo aprehendió su conocimiento

personal sobre la persona objeto de identificación, sino también sobre las mismas características físicas que lo individualizan»⁹.

6.4 En criterio de la Corte, tal y como lo entendió el ad quem, el señalamiento efectuado por Óscar Ávila contra BARRAGÁN HERNÁNDEZ permite dar por demostrado en el grado exigido para dictar condena que fue él quien lo despojó violentamente de su camioneta.

6.4.1 Dígase, primero, que Óscar Abdenago Ávila Fonseca explicó de manera satisfactoria por qué pudo observar el rostro del agresor de una manera tal que le permitió aprehenderlo y recordarlo, al punto de estar en la capacidad de reconocerlo inequívocamente en la sala de audiencias. En efecto, evocó que lo detalló no sólo durante el desarrollo del hurto, sino también mientras aquél sacaba la camioneta del garaje en reversa. Este último escenario, en particular, le permitió, una vez superada la intimidación inicial, centrar su atención en las características físicas del agresor, por demás, en condiciones de visibilidad que describió como buenas, dado que el parqueadero tenía iluminación artificial adecuada.

A lo anterior se suma que, de acuerdo con el relato de Ávila Fonseca, al día siguiente de los hechos pidió los videos de seguridad de una casa y una panadería vecinas en los que pudo ver con claridad, una vez más, al agresor. Ello ratifica el mérito de la incriminación efectuada contra BARRAGÁN HERNÁNDEZ, pues pone de presente que se sustentó en la aprehensión clara y reposada del rostro del agresor, no sólo durante el atraco, sino también al día siguiente, en un contexto más sereno y propicio para la rememoración.

6.4.2 Cuando el testigo hizo el reconocimiento, estaban presentes en la sala de audiencias no sólo JHON EDILSON BARRAGÁN, sino también Robinson Bernal Merchán y Jhon Jair Montenegro Valdés. El hecho de que allí estuvieren los otros dos procesados revela la convicción y mérito de la incriminación, pues estuvo en capacidad de distinguir al primero entre los restantes coprocesados sin hesitación alguna. Es decir, el testigo no se limitó a

dirigir una sindicación indiscriminada contra la persona que ocupaba la posición de acusado, sino que estuvo en capacidad de singularizar al único de los varios procesados que participó del atraco que sufrió.

6.4.3 Tanto el comportamiento del testigo como la forma de sus respuestas y la manera en que se condujo el interrogatorio hacen verosímil el señalamiento efectuado contra BARRAGÁN HERNÁNDEZ. Así sucedió:

«¿Usted recuerda... cómo era esa persona? Descríbala. R: venía con una gorra de color negro, de ojos cafés, nariz más o menos así como la mía, la piel más o menos blanca, una contextura más o menos de 1.65 de estatura, más o menos unos 70 kilos...

¿Usted reconoce a esa persona dentro de esta sala de audiencias? R: Sí, yo reconozco a la persona. ¿La tengo que señalar?

Sí. R: está ubicada acá en la parte izquierda, de camisa roja (señala a BARRAGÁN HERNÁNDEZ)»¹⁰.

Luego, el titular del despacho, en ejercicio de las facultades complementarias que le otorga la Ley, cuestionó al declarante así:

«¿Cuál es la razón por la cual usted identifica a esa persona como una de las que se encuentran presentes en esta audiencia? R: específicamente por el rostro... la contextura...

¿Usted vio los videos ese mismo día o al día siguiente? R: al día siguiente.

Y las características de la persona que vio en el video, en relación con la que usted observó en el parqueadero, ¿cómo era? R: tenía la misma ropa, la misma gorra, la misma maleta, una maleta negra, el color de piel coincidía, cuando la cámara lo toma de frente se le alcanza a ver el rostro nuevamente, por el lateral de la carrera quince también se ve de

lado...

¿Cuál es la persona exactamente que usted señaló? El señor que está en la parte izquierda, (camisa) rosada o roja (nuevamente el implicado señalado se identifica verbalmente como BARRAGÁN HERNÁNDEZ, a quien se le pide que diga su nombre para el registro)»¹¹.

La identificación del condenado, entonces, estuvo desprovista de cualquier pregunta insinuante que pudiere haber sugestionado al testigo o dirigido indebidamente su atención hacia JHON EDILSON BARRAGÁN; fue espontánea y persistente, además de vehemente y segura, esto es, ausente de cualquier atisbo de incertidumbre capaz de provocar dudas sobre su acierto. En todo caso, y tal como lo estimó el ad quem, no se conoce ninguna razón que pudiera haber motivado a la víctima a incriminar al nombrado falazmente o sin tener la convicción plena de su participación en el suceso.

6.5 El recurrente alega que la descripción física que Óscar Abdenago Ávila hizo del agresor es «totalmente disímil» de sus características corporales (según dice, 1.60 metros y, para la época de los sucesos, 95 kilos). El reparo no puede atenderse porque no se aportó en el juicio ninguna prueba de la estatura del procesado ni de cuál era su contextura para la fecha de los hechos. Sin embargo, de admitirse a partir de la afirmación del censor que su altura es en verdad de 160 centímetros, ello, lejos de refutar la credibilidad de lo atestado por Ávila Fonseca, la afianza, pues entre ese dato y el ofrecido por este último – 165 centímetros – hay más consonancia que disonancia: la diferencia de cinco centímetros es mínima y se explica, naturalmente, en que se trata de una estimación basada en la simple observación.

7. Para la Sala no pasa desapercibido, según consta en el escrito de acusación, que la Fiscalía recabó varios elementos de conocimiento que, al parecer, podrían haber facilitado la acreditación de su teoría del caso, en concreto, veintiocho testigos y 106 piezas de otra naturaleza como interceptaciones telefónicas y videos, e incluso, un «acta de

reconocimiento fotográfico y videográfico... del día 13 de marzo de 2017, donde (sic) el señor Óscar Abdenago Ávila Fonseca... reconoce al señor JHON EDILSON BARRAGÁN HERNÁNDEZ»¹². Esas evidencias no fueron incorporadas en el juicio: el fiscal del caso inexplicablemente desistió de todo lo que le fue decretado en la audiencia preparatoria, con excepción de las declaraciones de cuatro de las víctimas: Carlos Édgar Suárez Vásquez, Daniel Andrés Rodríguez Córdoba y Wilson Ricardo Moreno Rojas (quienes simplemente relataron los hurtos que sufrieron y negaron reconocer a los autores, lo cual suscitó la absolución por esos sucesos) y de Carlos Abdenago Ávila Fonseca.

Sin embargo, y al margen de los cuestionamientos que puedan formularse en contra del funcionario por ese proceder, ello, como quedó explicado, no enerva el mérito de la prueba insular, menos por cuanto ni la defensa, en el curso del juicio, ni el recurrente, con los argumentos que sustentan el disenso, refutaron razonablemente su credibilidad.

8. En suma, y conforme lo expuesto, el fallo impugnado habrá de ratificarse.

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

CONFIRMAR la primera condena emitida, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

Esta decisión no es susceptible de impugnación.

Notifíquese y cúmplase,

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

PRESIDENTE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria

1 Récord 14:00 y ss.

2 Fs. 13 y ss.; sesión de 6 de marzo de 2018, récord 7:40 y ss.

3 Fs. 204 y ss.

4 Sesión de 2 de noviembre de 2018, segundo corte, récord 3:00 y ss.

5 F. 26, c. de la defensa.

6 CSJ AP, 4 ago. 2010, rad. 33997.

7 CSJ SP, 1º jul. 2009, rad. 28935, citada en CSJ SP, 18 may. 2016, rad.

41758. Más recientemente, CSJ SP, 10 feb. 2021, rad. 51667.

8 CSJ SP, 18 may. 2016, rad. 41758.

9 Ibidem.

10 Récord 19:00 y ss.

11 Récord 37:00 y ss.

12 F. 26, c. 1.