

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022)

ACTA DE APROBACIÓN No 413
SEGUNDA INSTANCIA

Acusado:	Jarlen Stevan Duque Chávez
Cédula de ciudadanía:	1.088.330.507 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Homicidio agravado en grado de tentativa en concurso con hurto calificado y agravado, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.
Víctima:	Jaider de Jesús Díaz Tapasco
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria de fecha marzo 19 de 2019. SE REVOCA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron plasmados por el funcionario de primer nivel en el fallo confutado de la siguiente manera:

“Hacen referencia estas diligencias, a los sucesos acaecidos el 05 de junio de 2017, aproximadamente a las 5:30 de la mañana, en la casa 4 de la manzana A del barrio La Habana, sector del parque El Oso, de esta ciudad, en el curso de los cuales el señor JAIDER DE JESÚS DÍAZ TAPASCO fue víctima de una agresión por parte de los señores BRAYAN ARISTIZÁBAL MESA y **JARLEN STEVAN DUQUE**, y como consecuencia de ella, le fue

ocasionada una lesión a la víctima, por impacto de proyectil de arma de fuego, y los agresores se apoderaron de un automóvil que tenía parqueado en el mismo inmueble, donde residía y tenía un bar”.

1.2.- Desarrollado el programa metodológico de investigación y lograda la identificación de los presuntos autores de la ilicitud como **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ** y **BRAYAN ARISTIZÁBAL MESA**, frente a los cuales se libraron órdenes de captura, una vez se hicieron efectivas y a instancias de la Fiscalía General de la Nación, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guática (Rda.) en turno de disponibilidad en la ciudad de Pereira, por medio de las cuales: (i) se declararon legales las aprehensiones; (ii) se les formuló imputación en calidad de coautores y a título de dolo, de las conductas de homicidio agravado en grado de tentativa - artículos 27, 103 y 104 numeral 2° C.P.- con circunstancia de mayor punibilidad - artículo 58 numeral 10 C.P.- en concurso con hurto calificado y agravado -artículos 239, 240 inciso 4° y 241 numeral 10 C.P.- y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones -artículo 365 inciso segundo numeral 5° C.P., cargos que NO ACEPTARON. De igual modo, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación -agosto 30 de 2017- por los mismos cargos que les fueron imputados a **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ** y **BRAYAN ARISTIZÁBAL MESA**¹, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, autoridad ante la cual, luego de varios aplazamientos, se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (noviembre 22 de 2017), preparatoria (abril 04 de 2018), y juicio oral (febrero 08 de 2019 -luego de varios aplazamientos-), al cabo del cual se emitió un sentido de fallo de carácter condenatorio por los delitos de homicidio en grado de tentativa y hurto calificado-agravado, y de carácter absolutorio por el porte ilegal de arma de fuego², y en marzo 19 de 2019 se profirió la respectiva sentencia.

Para llegar a la anterior determinación, el a quo consideró que si bien es cierto el material probatorio no estaba constituido por una gran cantidad de elementos probatorios, sí resultan ser suficientes para corroborar el dicho de la víctima, dada la concordancia y convergencia de los diferentes elementos aportados, como lo son las estipulaciones probatorias, los testimonios e incluso los planteamientos de las partes en sus alegatos de conclusión.

¹ Al comienzo del juicio oral, en febrero 08 de 2019, el juez de conocimientos decretó la preclusión de la acción penal en la persona del acusado BRAYAN ARISTIÁBAL MEZA, debido a la comprobación de su deceso violento.

² Frente a la absolución por el punible de porte ilegal de armas no hubo controversia alguna.

En el juicio se logró probar, con la historia clínica de la ESE Salud Pereira y la valoración de clínica forense del Instituto de Medicina Legal, las lesiones que sufrió la víctima por impacto de proyectil de arma de fuego, la cual le causó una incapacidad médico legal definitiva de 20 días. Y aunque las lesiones no comprometieron una estructura anatómica vital, el dictamen forense advirtió que las que presentaba en el cuello son casi siempre de potencial letalidad, y de no haber recibido atención médica oportuna se hubiera podido presentar con alta probabilidad complicaciones de tipo infeccioso potencialmente letales.

Así mismo, el informe pericial de balística forense da cuenta del estudio de dos proyectiles encontrados en la escena de los hechos, los cuales son calibre 38, posiblemente disparados por un revólver.

En la relación de los hechos presentados por la víctima, se advierte que BRAYAN ARISTIZÁBAL fue quien disparó en dos oportunidades, en la primera de ellas, para obligar al señor JAIDER DÍAZ a entregar las llaves del automotor, momento en el cual la víctima fue lesionado en su humanidad, y en la segunda ocasión para huir. Y precisamente el informe balístico hizo el estudio de los proyectiles recogidos en el lugar de los hechos.

También se contó con información según la cual, antes del primer disparo el aquí procesado **JARLEN DUQUE** sujetó por la espalda a la víctima, intimidándolo un arma blanca en el cuello.

El investigador del caso manifestó bajo juramento que la Fiscalía ordenó un pendiente para el vehículo que le fue hurtado a la víctima, el cual posteriormente fue encontrado en poder de **JARLEN DUQUE** en un lavadero de autos en el municipio de Dosquebradas, como situación que confirma la participación del aquí acusado en el apoderamiento del automotor.

Se cuenta con la suficiente corroboración periférica como para conducir al grado de certeza, tanto sobre la materialidad de la conducta punible de homicidio agravado, en grado de tentativa, como la de hurto calificado y agravado, al igual que sobre la coautoría y responsabilidad en ellas de parte del aquí acusado.

El argumento de la defensa consistente en señalar que si según el investigador la víctima le manifestó que aquella noche de los hechos era la primera vez que veía a **JARLEN DUQUE**, y que la participación del aquí acusado no fue mayor, constituía una aseveración suficiente para absolverse

a su patrocinado, en realidad a su juicio una tal situación lo que lleva a pensar es en el reconocimiento de la veracidad y acierto de lo dicho por la víctima al investigador.

1.4.- El defensor público no estuvo conforme con dicha determinación y manifestó que interpondría recurso de apelación por escrito.

2.- DEBATE

2.1.- Defensor -recurrente-

Solicita se revoque el fallo de condena por los punibles de tentativa de homicidio y hurto calificado-agravado, a cuyo efecto aduce:

El fallo desconoce las exigencias del artículo 381 CPP, y se aparta diametralmente de la figura de la "prueba de corroboración periférica", toda vez que se interpreta de manera absolutamente equivocada y sin la profundidad suficiente.

A su entender, no existe en realidad una prueba reveladora del "conocimiento más allá de toda duda" acerca de la responsabilidad penal del acusado, ni existe una sola prueba de referencia, y ni siquiera indicara o indirecta, como para pregonar que hay méritos de juicio suficientes para condenar a **JARLEN DUQUE**.

Para el caso únicamente rindieron testimonio el patrullero que participó en actos urgentes, y el investigador, y este último realizó actividades un día antes del juicio para relatar al juez que tuvo comunicación telefónica con la víctima quien le manifestó que no iba a rendir declaración por encontrarse por fuera del país, y que había perdido interés en los resultados del proceso. E incluso, le expresó el interlocutor que aquella noche vio por primera vez a **JARLEN DUQUE** y que poco tenía que ver con el asunto.

De las versiones de los policiales no se puede predicar que se logró establecer la verdad de los acontecimientos, por cuanto dichas personas no estuvieron allí. Es decir, resulta imposible precisar cuál fue la participación de cada uno de los acusados, de dónde salió el arma de fuego, y cuáles son las circunstancias de modo. Por tanto, son ligeras las aseveraciones del a quo, sin asidero, huérfanas de elementos contundentes, y carente de respaldo probatorio.

A los operadores judiciales les corresponde una completa motivación en sus decisiones, con un estudio profundo y riguroso de cada uno de los problemas jurídicos sometidos a su consideración. Y en este asunto en concreto, la decisión es pobre en argumentos y absolutamente carentes de soportes jurisprudenciales que brinden respaldo a la sentencia condenatoria.

La Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos ha destacado la importancia de la teoría de la "prueba de corroboración periférica" en tratándose de investigaciones relacionadas con conductas punibles contra la libertad, integridad y formación sexuales, pero por primera vez se conoce un caso en el cual se aplica dicha figura en una conducta punible diferente a delitos sexuales.

Es evidente la precariedad de la prueba de cargo, tanto en calidad como en cantidad, pues la víctima nunca declaró en relación con los hechos, y contrario a ello, sí le manifestó al investigador que no quería declarar. En el juicio tampoco testificó el señor GUILLERMO, quien fuera mencionado como la persona que prestó una primera ayuda a la víctima.

En todo caso, considera que de haber declarado el señor JAIDER DÍAZ en la vista pública, lo que hubiera dicho es que esa noche vio por primera vez a **JARLEN DUQUE** y se lo presentó BRAYAN, y que fue este último quien le disparó en dos oportunidades; además de no estar interesado en que se juzgara a **JARLEN**.

Añade que en presente caso no hubo un estudio mínimo de la situación relacionada con el delito de hurto calificado y agravado, el cual se tuvo en cuenta para dosificar la pena, cuando en momento alguno se probó si el delito contra el patrimonio económico existió, o si lo que se presentó fue algún tipo de negociación comercial entre la víctima y BRAYAN, que a la postre fuera el detonante del lamentable desenlace. En otras palabras, en este asunto nadie declaró sobre el hurto.

Llama la atención que se hubiera recuperado el automotor una semana después de lo ocurrido y en poder de **JARLEN DUQUE**, cuando las reglas de la experiencia enseñan que quien se apodera ilícitamente de un vehículo automotor lo primero que busca realizar es deshacerse del bien para de ese modo garantizar el presunto lucro económico derivado de su comportamiento ilegal.

Por último, indicó como desproporcionada, irrazonable e ilógica una condena de 272 meses y 16 días de prisión, toda vez que el aumento que se hizo de 10 meses por el hurto calificado y agravado resulta desmedido.

2.2.- Las demás partes e intervinientes guardaron silencio.

Al estar debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer grado lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a corroborar el grado de acierto de la providencia de primer grado en cuanto profirió fallo de condena en contra del señor **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ** por el punible de homicidio en grado de tentativa en concurso con hurto calificado y agravado; o si, por el contrario, no obran pruebas que permitan determinar su responsabilidad en este caso, como lo pregonan la defensa recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se avizora de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Como se dijo, la razón que motiva el examen de la sentencia de condena proferida por el a quo en contra del procesado **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ**, no es otra que determinar si en los hechos en los que fue víctima el señor JAIDER DE JESÚS DÍAZ TAPASCO le asiste compromiso al citado acusado, como así lo indicó la Fiscalía y fue acogido por el a quo; o si, como se entiende de lo mencionado por el letrado recurrente, el órgano persecutor no cumplió su cometido por cuanto la prueba arrimada fue insuficiente para demostrar el compromiso delictual.

En el caso objeto de estudio se evidencia que la prueba testimonial practicada en juicio oral, fue en verdad escasa, en tanto a la misma solo se allegaron las declaraciones de CRISTIAN CAMILO SIERRA RODRÍGUEZ - Patrullero de la Policía Nacional que atendió los actos urgentes- y ÓSCAR GUIOVANY BADOS ZAMBRANO -Investigador de la Policía Nacional que desarrolló el programa metodológico de la Fiscalía-. Y en cuanto a la documental, se obtuvo la plena identidad del investigado. Adicionalmente, fueron objeto de estipulación probatoria: (i) el informe pericial de balística forense de septiembre 18 de 2017, que analiza dos proyectiles procedentes de arma de fuego; (ii) el dictamen médico legal que dio cuenta de las lesiones ocasionadas con instrumento de fuego; (iii) la historia clínica de la atención por urgencia; y (iv) el oficio del Comandante del Batallón San Mateo que da cuenta que el acusado **DUQUE CHÁVEZ** no se encuentra registrado en el Sistema Nacional de Control y Comercio de Armas.

A pesar de la escasez probatoria, ello no es sinónimo de ausencia de comprobación de la materialidad de la infracción, al menos en lo que respecta a una de las conductas por las cual fue vinculado procesalmente el implicado **JARLEN DUQUE** -el punible contra la vida y la integridad personal-, como se pasará a explicarse más adelante. Ya en cuanto a la responsabilidad penal del acusado, la Sala analizará con detenimiento si las pruebas que ingresaron al juicio son suficientes para determinar su compromiso en los hechos que se juzgan.

Es cierto y no admite discusión alguna, que en junio 05 de 2017 el señor JAIDER DÍAZ fue víctima de un atentado en su contra, que le fue ocasionado con disparos de arma de fuego, y que si bien las lesiones no produjeron su deceso, lo fue precisamente por la rápida atención médica recibida. Tal situación lo reafirma no solo la copia de la historia clínica incorporada al juicio, sino también el dictamen médico legal que le fue practicado y del cual se extrae: “[...] aunque las lesiones descritas no comprometieron estructura anatómica vital que hubiera puesto en riesgo la vida del examinado [...], de no haber recibido atención médica oportuna, también se hubieran podido presentar con alta probabilidad complicaciones de tipo infeccioso potencialmente mortales”.

El punto álgido a resolver es lo atinente a la responsabilidad que en los hechos por homicidio en grado de tentativa le puede asistir al procesado **DUQUE CHÁVEZ**, por cuanto el funcionario de primer nivel señaló que la misma se encuentra probada con el testimonio del patrullero CRISTIAN CAMILO SIERRA RODRÍGUEZ -quien realizó actos urgentes- y el investigador ÓSCAR GUIOVANY BADOS ZAMBRANO -quien recibió la entrevista a la víctima y realizó labores tendientes a ubicarlo para que rindiera el testimonio en el juicio-, y que esas declaraciones encuentran respaldo, además, en otros elementos como lo son la historia clínica, el dictamen forense y el informe de balística.

Frente a esa decisión, el defensor asevera que ante la inexistencia de pruebas directas, de referencia, e incluso indirectas o indiciarias, no se logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de su representado, máxime cuando las únicas declaraciones recibidas en el juicio corresponden a los agentes que actuaron en actos urgentes y el investigador del caso. Se suma a ello, una errada interpretación que hizo el juez a quo de la figura de la “prueba de corroboración periférica”.

Ese disenso planteado por el impugnante, que cuestiona el hecho de que la sentencia se hubiera estructurado principalmente en la declaración rendida por el patrullero CRISTIAN CAMILO SIERRA RODRÍGUEZ y el investigador ÓSCAR GUIOVANY BADOS ZAMBRANO, obliga a la Sala a ingresar en el estudio de los institutos de la prueba de referencia y el testimonio de oídas.

En relación con la primera figura -prueba de referencia-, la misma se encuentra regulada en el artículo 437 C.P.P, el cual la define como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención del mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y la

extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

Y con respecto al testimonio de oídas -o prueba *ex credulitate*-, la Sala de Casación Penal ha señalado que constituye una especie de la prueba de referencia, por considerarse como el medio utilizado para llevar esa manifestación o declaración al juicio. Textualmente así se dijo:

"[...] la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la expresión de asentimiento, negación o respuesta"³. Empero, como esta declaración anterior -que constituye prueba de referencia, no puede ingresar por si sola al proceso, requerirá siempre de "un testigo de acreditación si está contenida en un documento...o de un testigo de oídas si las manifestaciones de quien no está disponible para testificar se hicieron a un tercero:

Cuando la declaración no está plasmada en un documento, sino que fue hecha a un tercero quien se encargará de publicitarla en el juicio, la aducción de aquella obviamente lo será como prueba de referencia y su práctica se ceñirá a las reglas propias del testimonio, escenario en el que le corresponderá al testigo de acuerdo con el interrogatorio y contrainterrogatorio del que sea objeto, exponer el contenido de la declaración y todos los pormenores de la forma en que obtuvo ese conocimiento"⁴. -negrillas y resaltado excluidos-

De conformidad con lo anterior, se debe precisar que si bien el testimonio de oídas se considera prueba de referencia, su práctica se debe ceñir a las reglas propias del testimonio, en cuyo caso, de acuerdo con lo dicho por la CSJ para la correcta apreciación del mismo, es necesario tener en cuenta los siguientes requisitos:

"La Corte se ha ocupado de fijar los requisitos para la correcta apreciación del testigo de oídas. Específicamente, en CSJ SP, 24 jul. 2013, rad. 40702, se resumieron los presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión, así:

(i) Se requiere que se trate de un testigo de referencia de *primer grado*, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de *segundo grado o de grados sucesivos*, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente.

(ii) Es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó

³ Entre otras Sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán y sentencia del 27 de febrero de 2013, radicado 38773.

⁴ Auto del 8 de abril de 2014, radicación 36784 – AP1823-2014.

la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo.

(iii) Es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante *ex auditu* es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo. Y,

(iv) Es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento, la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas.

En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, "aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo"⁵, lo cual implica afirmar que la prueba testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia⁶ (providencia citada. Cfr. igualmente, CSJ SP10694-2014, 13 ag. 2014, rad. 37924; CSJ SP5921-2017, 26 abr. 2017, rad. 42526; CSJ SP1777-2019, 22 may. 2019, radicado 53914)"⁷⁸.

Hasta aquí, y para el caso que nos concierne, se deben dejar en claro al menos tres situaciones: La primera de ellas, que en la audiencia de juicio oral el investigador BADOS ZAMBRANO indicó haber recibido una entrevista al señor JAIDER DÍAZ. La segunda, que el relato del investigador en la vista pública es sobre la narración que le hizo la víctima en la entrevista (testigo de oídas), pero en momento alguno la Fiscalía introdujo la misma a modo de prueba de referencia escrita con el susodicho testigo de acreditación. La tercera, que el testigo contactó antes del juicio oral a la víctima DÍAZ TAPASCO, con el fin de citarlo para la audiencia de juicio oral, quien le corroboró que se encontraba en España, que no era su interés asistir a la audiencia que porque "no tenía nada en contra del aquí acusado **JARLEN**", que porque "el grado de participación de él no fue mayor" y que incluso "era la primera vez que lo veía". En conclusión, durante la etapa probatoria del juicio se escuchó el testimonio de oídas del investigador respecto a lo que le escuchó decir en la entrevista a la víctima, pero no se introdujo el escrito

⁵ Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995, radicación 9226, criterio reiterado en sentencias de 02 de octubre de 2001, radicación 15286, y 05 de octubre de 2006, radicación 23960.

⁶ Ídem, obras citadas.

⁷ Ver radicado 57127 del 14 de julio de 2021 -SP2995 - 2021-, MP. Fabio Ospitia Garzón.

⁸ CJS sentencia de julio 24 de 2013, radicado 40702.

contentivo de la misma -sin saberse el motivo de esa omisión- muy a pesar de haber sido descubierta previamente a la contraparte.

Queda claro por tanto, que de acuerdo con el desarrollo que tuvo la audiencia de juzgamiento, el delegado fiscal desestimó ingresar como prueba de referencia la entrevista que había rendido la víctima, y optó por incorporar al juicio los dichos de la víctima con los testimonios del patrullero y del investigador, pero sin documento alguno que así lo respaldara.

Bajo el criterio jurisprudencial, toda declaración que se realiza por fuera del juicio ya sea escrita o verbal, puede ser recibida en la vista pública como prueba de referencia -regla excepcional-. En el primero de los casos por intermedio de un testigo de acreditación, y en el segundo con el testigo de oídas.

Por tanto, si la Fiscalía descartó ingresar como prueba de referencia la susodicha entrevista, se entendería que las declaraciones rendidas por el patrullero CRISTIAN CAMILO SIERRA RODRÍGUEZ y el investigador ÓSCAR GUIOVANY BADOS ZAMBRANO merecen el trato de testigos indirectos, por cuanto lo narrado en la audiencia obedeció precisamente a las manifestaciones que les hizo JAIDER DE JESÚS DÍAZ TAPASCO en su condición de afectado y antes del juicio oral, al primero de los policiales el mismo día de los hechos y al segundo en una entrevista.

En cuanto a los presupuestos jurisprudenciales para la correcta apreciación de los referidos medios de persuasión, se tiene que las declaraciones del patrullero SIERRA RODRÍGUEZ y el investigador BADOS ZAMBRANO deben considerarse testigos de referencia de *primer grado*, como quiera que en el juicio oral indicaron que lo narrado lo escucharon directamente de la víctima.

Se suma a lo antepuesto, que no hubo discusión en el debate probatorio acerca de que lo escuchado por el patrullero de la Policía Nacional en los actos urgentes, y lo que oyó el investigador en la entrevista, lo percibieron directamente del ofendido.

Lo que le corresponde a la Corporación por tanto, es detenerse en el análisis en relación con los otros medios de persuasión allegados al proceso, que eventualmente les otorgaría credibilidad a los testimonios de oídas, a efectos de poder concluir si son de suficiente entidad para demostrar la responsabilidad del acusado **JARLEN DUQUE** en el delito de homicidio en grado de tentativa.

Ingresaron al proceso como estipulaciones probatorias, como ya se había mencionado, los siguientes documentos: (i) el informe pericial de balística forense de septiembre 18 de 2017 que analiza dos proyectiles de arma de fuego; (ii) el dictamen médico legal que dio cuenta de las lesiones ocasionadas con proyectil de arma de fuego; y (iii) la historia clínica de la atención por urgencia.

De la narrativa que hizo en juicio el investigador BADOS ZAMBRANO, se extrae que el desarrollo de los hechos tuvieron el siguiente orden: (i) en horas de la noche de junio 04 de 2017, la víctima se desplazó en su vehículo desde el Barrio la Habana Cuba -donde se encuentra ubicada su residencia y un bar de su propiedad- hasta el municipio de Dosquebradas, con la finalidad de recoger dos amigas; (ii) cuando retornó al bar de su propiedad, se encontró con BRAYAN ARISTIZÁBAL a quien ya conocía, persona que se encontraba en compañía de **JARLEN DUQUE**; (iii) departieron por un rato, y posteriormente, por motivo de alicoramiento, la víctima le solicita a BRAYAN llevar a sus amigas a Dosquebradas; (iv) en ese interregno la víctima se quedó en compañía de **JARLEN**; (v) después regresa BRAYAN, momento en el cual la víctima tomó la decisión de cerrar el bar; (vi) luego de despachar a BRAYAN y a **JARLEN**, y en el instante en que subía al segundo piso donde se encontraba el bar, fue tomado por la espalda por **JARLEN DUQUE**, quien lo amenazó con un arma blanca y le pidió insistentemente que le entregara las llaves del vehículo; a continuación BRAYAN se le puso en frente y le apuntó con un arma de fuego; (vii) la víctima forcejeó con **JARLEN DUQUE** y se logró liberar, pero en el intento de ingresar a la vivienda que quedaba en el primer piso, BRAYAN le disparó y fue impactado en el mentón; (viii) una vez resguardado en su vivienda, enteró de lo sucedido a su amigo GUILLERMO que se encontraba descansando, motivo por el cual salieron, pero **JARLEN** y BRAYAN estaban sacando el vehículo del garaje; (ix) el primero de ellos conducía el automotor y el segundo iba como copiloto, y nuevamente disparó.

En cuanto a la declaración del patrullero SIERRA RODRÍGUEZ, se tiene que señaló haber atendido unos actos urgentes por un reporte que recibió de la central de radio en la cual le indicaron que se habían presentado unos disparos en el barrio La Habana-Cuba. Ya frente a las manifestaciones que hizo la víctima, fue ella quien le señaló que departía **con unas personas que conocía, que tuvieron una discusión**, y que le exigieron la entrega de las llaves del vehículo, luego lo amenazaron con arma de fuego que portaba el señor BRAYAN, y posteriormente se le llevaron el carro.

A partir de esas declaraciones, se puede concluir que las mismas concuerdan en que ese día el señor JAIDER DÍAZ se encontraba departiendo con unas personas conocidas, que éstas se le llevaron el vehículo, y que uno de los involucrados era el señor BRAYAN -q.e.p.d.-; además, que fue esta persona quien le apuntó con un arma de fuego y accionó en contra de su humanidad -instrumento de fuego que al decir del señor Fiscal en sus alegatos de apertura, era de propiedad de la víctima, y que BRAYAN la había sacado previamente de ese vehículo-.

Empero, los anteriores relatos para efectos de demostrar la responsabilidad del inculcado **JARLEN DUQUE**, no cuentan con otros elementos de los cuales se pueda contrastar la veracidad frente al señalamiento contra el aquí acusado. Veamos:

Sea lo primero decir, que contrario a lo manifestado por la defensa, la figura de la corroboración periférica de la prueba de referencia, como herramienta para el análisis de los elementos incorporados al juicio que puede utilizar el fallador a efectos de determinar o no la responsabilidad penal de una persona, NO ES EXCLUSIVA de las conductas punibles contra la libertad e integridad sexuales -como erradamente lo asegura el apoderado inconforme-, por cuanto si para la solución correcta del caso el juez requiere confirmar hechos o circunstancias con otros medios de convicción debidamente allegados al juicio, sean estos directos o indirectos, en esa labor verificadora no tiene incidencia alguna la clase de delito del que se trata.

Aclarado ello, estaba legitimado el juez de conocimiento y ahora lo está el Tribunal, para ingresar de fondo en ese análisis de responsabilidad frente al injusto contra la integridad personal del afectado.

En ese sentido, se podría llegar a afirmar por parte de la Corporación, que con la historia clínica y el dictamen de medicina legal que fueron estipulados, los cuales se hacía necesarios para demostrar la materialidad de la conducta de homicidio en grado de tentativa, no serían utilizables, AUTÓNOMAMENTE CONSIDERADOS, para efectos de establecer la participación del procesado **DUQUE CHÁVEZ** en el delito contra la integridad física, como sí lo está pregonando a viva voz la prueba de referencia -entiéndase la versión de la víctima que fue introducida al juicio por intermedio de los agentes en su condición de testigos de oídas-, dado que con esa historia clínica y con ese dictamen, solo se acredita que en junio 05 de 2017 el señor JAIDER DÍAZ sufrió una lesión por arma de fuego, y que ello ocurrió en horas de la madrugada.

E igual aseveración podríamos hacer de la pericia forense -también estipulada, porque de ella en efecto no se extrae ningún indicio de participación en contra del aquí acusado, como quiera que el informe de balística solo da cuenta de los dos proyectiles que fueron encontrados en la escena, y concluye que se trata de los comúnmente disparados por arma de fuego de funcionamiento mecánico tipo revólver. Luego entonces, AUTÓNOMAMENTE CONSIDERADO, esa experticia forense no serviría para atribuir la responsabilidad penal en contra del justiciable, cómo sí lo hace -se repite- la prueba de referencia -testimonio de oídas del oficial que atendió el caso-.

No obstante, sí evocamos la verdadera razón de ser de la prueba de corroboración periférica, hay lugar a recordar que ellas NO ESTÁN LLAMADAS A SUPLIR o REEMPLAZAR a la prueba de referencia, sino como su nombre lo indica, A ACOMPAÑARLA, a efectos de poder demostrar que la prueba de referencia sí es CONFIABLE o CREÍBLE, que es algo bien diferente. En otras palabras, si las pruebas de corroboración periférica tuvieran que demostrar AUTÓNOMAMENTE tanto el delito como la responsabilidad del acusado, entonces simplemente serían esas prueba de corroboración las utilizadas para la emisión del fallo de condena por parte del juez, y el funcionario podría desechar o descartaría de plano la o las pruebas de referencia existentes; pero ya se sabe que de eso no se trata, ni ese es el objetivo, porque lo que correspondes es: EFECTUAR UN ANÁLISIS DE CONJUNTO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA CON LAS DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA, habida consideración a que la prueba de referencia sufre del defecto consiste en el grado de confiabilidad o credibilidad por no haber sido presentada en juicio y por lo mismo no haber podido ser controvertida de manera directa por la contraparte.

La jurisprudencia del orden nacional acerca de la prueba de corroboración, se puede sintetizar de la siguiente manera:

"[...] Como es sabido, solo tienen la condición de prueba aquella practicada en presencia del juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación, al tenor de lo reglado en el canon 16 C.P.P. Pero que así sea, no significa que las pruebas de referencia admisibles no sirvan para nada, como al parecer es lo que opina el defensor, porque de acreditarse los presupuestos contenidos en el artículo 438 ídem, como lo fue en el presente asunto, la titular del despacho estaba autorizada para fundar el fallo de condena en esos elementos de convicción.

- Es lo que, con buen tino, la funcionaria constató al momento de hacer la valoración probatoria, en total armonía con lo que jurisprudencialmente se ha dado en llamar "prueba de corroboración periférica", en los siguientes términos:

"[...] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar

una **corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.**

En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, **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”, entre ellos, los indicios**, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.

[...]

Aclarado lo anterior, se advierte que **el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia** (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), **sino que la misma fue confirmada con otro medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados**, en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[...]⁹

De conformidad con ese precedente, se avizora que no es necesario que la prueba de referencia deba confirmarse con prueba directa, ya que por el contrario puede corroborarse “por cualquier medio” en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios o prueba indirecta.

Acerca de este punto en particular, no sobra hacer al menos dos aclaraciones esenciales, porque la Sala observa que la parte recurrente tiene una confusión al respecto: LA PRIMERA ACLARACIÓN, es que la prohibición legal consiste en que SOLO con prueba de referencia no se puede condenar; luego entonces, si la prueba de referencia admisible está unida a otros medios de convicción con los cuales converge, sí es posible llegar a una determinación de condena; LA SEGUNDA ACLARACIÓN, es que es un error sostener que esos otros medios de convicción, denominados también “prueba de corroboración periférica”, deben demostrar por sí mismos o de manera autónoma e independiente la responsabilidad penal. Y es un error porque si así fuera, entonces estaría sobrando en el análisis la prueba de referencia, cuando, como ha quedado dicho, la de referencia se debe integrar en el análisis conjuntamente con la de corroboración. Y LA TERCERA ACLARACIÓN, es que el fin principal de la prueba de corroboración periférica o acompañante, es que a través de ella se logre dar CONFIABILIDAD o CREDIBILIDAD a la prueba de referencia, lo cual es apenas lógico porque el principal defecto que posee la prueba de referencia es que tiene menguada su confiabilidad o credibilidad ante la imposibilidad de ser confrontada en juicio por la contraparte. En consecuencia, no se puede esperar que la prueba de corroboración diga exactamente lo mismo, o supla la prueba de referencia, porque, se repite, si así fuera entonces simplemente el juzgador se estaría a la prueba de corroboración y punto; sino que, y es diferente, lo que debe examinar el juzgador es si la prueba de corroboración permite sostener que el contenido de la prueba de referencia en verdad amerita credibilidad.

El contenido de la jurisprudencia a ese respecto es del siguiente tenor:

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la

⁹ CSJ AP, 4 jun. 2013, Radicado 40893.

finalidad de perjudicar al procesado¹⁰; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual¹¹; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.
[...]

Finalmente, debe insistirse en que **una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.**

[...]

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. **En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable¹².** ¹³ -negrillas y subrayado excluidos-

La pregunta que sigue es por tanto la siguiente: ¿las pruebas de corroboración periférica que aquí existen -historia clínica, dictamen médico legal, e informe balístico-, dan confiabilidad o credibilidad a la prueba de referencia -testigo de oídas-, y con las mismas se puede asegurar que son suficientes para superar esa deficiencia de confiabilidad o credibilidad que la prueba de referencia por naturaleza posee? Frente a ello, lo que el Tribunal observa en el caso específico, es lo siguiente:

Esas pruebas de corroboración permiten sostener SOLO EN PARTE lo dicho por la prueba de referencia, es decir, que la Sala está facultada para asegurar que lo dicho por la víctima al investigador sí es CONFIABLE y por lo tanto CREÍBLE, en cuanto a: (i) que en efecto aquí **se cometió un delito** contra la integridad física; (ii) que ese atentado lo fue **con arma de fuego**; (iii) que **ambos personajes**, tanto BRAYAN ARISTIZÁBAL como **JARLEN DUQUE**, tuvieron participación en el desenlace de estos episodios, **uno de una manera y otro de otra**; y (iv) que en verdad **tuvo que haber existido un problema previo** -no se sabe si solo entre la víctima y BRAYAN, o solo entre la víctima y **JARLEN**, o entre la víctima y los otros dos citados- del cual se desencadenó la referida reyerta con la consecuencia lamentable ya conocida.

¹⁰ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

¹¹ ídem

¹² CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866

¹³ Cfr. Tribunal Superior Pereira, SP junio 26 de 2020, Rad. 66400600004720140000602, M.P. Castaño Duque.

Pero entonces: ¿eso es suficiente para condenar a **JARLEN DUQUE** tanto por el delito contra la integridad personal como por el delito contra el patrimonio económico? La Corporación tiene que decir, a diferencia de lo sostenido por el delegado fiscal y el juez de la causa, que no, y vamos a explicar el porqué de una tal aseveración:

No se presta a dudas que quien disparó en contra de la humanidad del denunciante JAIDER DE JESÚS DÍAZ TAPASCO fue BRAYAN ARISTIZÁBAL MEZA -quien era a la sazón su amigo- y no **JARLEN DUQUE**. Así es, porque lo que se dice de éste último, es que tomó con un cuchillo por el cuello a DÍAZ TAPASCO, y tan pronto este se logró liberar, a continuación BRAYAN las emprendió en su contra con la susodicha arma de fuego y con los resultados ya conocidos -impactó a la víctima en la región submandibular derecha-.

Necesariamente debería existir por tanto, probatoriamente hablando, un conector, un eslabón que atara el obrar de **JARLEN** con el de BRAYAN, y eso es lo que en realidad aquí no existe, porque como lo analizaremos más adelante, el único hilo conductor o ligamen entre el proceder de **JARLEN** y el de BRAYAN, lo sería el MÓVIL de delito, esto es: "que ambos se iban a apoderar del vehículo perteneciente a JAIDER DÍAZ y para ello ejercieron violencia contra éste", como es la tesis propuesta por el delegado fiscal. Y sucede, que de eso no hay prueba cierta y contundente en este caso, pero no porque la que existe a ese respecto sea "solo de referencia no corroborada" como lo alegó la defensa, sino más bien o más precisamente, porque INCLUSO LA PROPIA PRUEBA DE REFERENCIA SE QUEDÓ CORTA O COJA SOBRE TAN SUSTANCIAL ASUNTO¹⁴.

Para la Sala era FUNDAMENTAL que se hubiera probado que tanto BRAYAN como **JARLEN** pretendían hurtarse ese vehículo y que con tal finalidad ejercieron violencia contra JAIDER DIAZ. Y no que, por ejemplo, a raíz de haber estado reunidos en ese bar en donde estaban ingiriendo licor (como quedó probado), alguno de los citados -BRAYAN o **JARLEN**- se confrontara con JAIDER por una circunstancia previa o concomitante entre ellos y terminaran en riña. O que, por dar otro ejemplo -el mencionado por la defensa-, hubiese existido una negociación sobre ese vehículo, misma que resultó incumplida al parecer por DIAZ TAPASCO, y que alguno de los dos -BRAYAN o **JARLEN**- le

¹⁴ En reciente decisión de abril 06 de 2022, SP-1162, radicado No 51750, la Corte Suprema de Justicia precisó que para lograr el grado de certeza del testigo de acreditación -investigador del caso- que declara en el juicio oral, se requiere que la Fiscalía en el interrogatorio directo realice una vinculación de los hechos estipulados con aquellos elementos que fueron incautados por el testigo.

exigiera la devolución del automotor, con el consiguiente enfrentamiento y desenlace violento.

La Sala quiere significar con lo anterior, que si bien en el evento de haberse presentado la comisión de un supuesto hurto estaría claro el ACUERDO DE VOLUNTADES, eso mismo no se podría pregonar en el caso de los dos ejemplos citados, porque pudo suceder -no lo sabemos- que la víctima se haya enfrentado con uno solo de ellos (por un motivo diferente al hurto) y que el otro personaje intercediera también violentamente en su contra como reacción inesperada, ajena a un acuerdo previo.

La razón para que la Sala considere que aquí se presenta una irremediable confusión respecto a ese supuesto móvil del hurto, tiene por fuente no solo la incoherencia que a ese respecto se observa en lo que según se afirma les contó la víctima a los oficiales que atendieron el caso, sino además que esa confusión está acompañada con un deficiente interrogatorio al denunciante acerca de lo realmente acaecido, y se explica:

Se puede asegurar desde ya, que respecto a la conducta punible contra el patrimonio económico se presentan serias dudas sobre su materialidad, ya que según los hechos que dieron origen a esta investigación, y que se extraen de la narrativa que hizo la Fiscalía tanto en el escrito de acusación, como en su teoría del caso, y finalmente en sus alegatos de conclusión, el supuesto móvil obedeció a que: "BRAYAN y **JARLEN** se quisieron apoderar del vehículo que se dice es de propiedad del señor JAIDER DÍAZ"; sin embargo, de haber sido el automotor el motivo de la discordia, la realidad procesal enseña que la Fiscalía no logró probar ni la propiedad, ni la posesión y ni siquiera la tenencia del mismo por parte de la víctima; pero además, tampoco están acreditados los restantes elementos que configuran ese específico injusto.

El bien jurídico tutelado del tipo penal del hurto es el patrimonio económico, entendido este como: "una universalidad de bienes pertenecientes a un titular, que incluye relaciones de derecho de significado económico patrimonial no solo sobre bienes materiales sino aun respecto de distintas relaciones de derecho apreciables económicamente, radica en un titular de ella"¹⁵; es decir, que el objeto material de esa clase de punible debe ser necesariamente corpóreo, tener un valor económico, y ser susceptible de apropiación. Por su parte, el sujeto activo de la acción lo será quien se apodere de una *cosa mueble ajena*, y el sujeto

¹⁵ Suárez Sánchez Alberto, Delitos contra el patrimonio económico -En lecciones de derecho penal-, parte especial, Bogotá, Universidad Externado, pag. 793-839.

pasivo el dueño, poseedor o mero tenedor de la bien mueble materia de apoderamiento.

Y en cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal de hurto, se debe extraer de la prueba la necesidad de que el autor tenga "el propósito de obtener provecho para sí o para otro" -artículo 239 C.P.-.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la Fiscalía pretendió demostrar la materialidad de la conducta de hurto calificado y agravado con los testimonios del patrullero que atendió los actos urgentes, CRISTIAN CAMILO SIERRA RODRÍGUEZ, y el investigador que adelantó las labores atinentes a las órdenes emitidas a Policía Judicial, ÓSCAR GUIOVANY BADOS ZAMBRANO. El primero de ellos efectuó una intervención supremamente parca en el juicio, como quiera que simplemente mencionó que la víctima JAIDER DÍAZ le manifestó que las dos personas con las que departía esa madrugada, se le llevaron el vehículo luego de haber sido intimidado con un arma de fuego e impactado en su humanidad con un proyectil; empero, cuando fue contrainterrogado por la defensa, se le hizo una sola pregunta, y fue con respecto a si se había enterado de cuál había sido el móvil de esta ilicitud, a lo cual respondió el testigo que no. Por su parte, el segundo declarante, además de aludir igual situación, señaló que la víctima, luego de lo ocurrido y a petición de la Fiscalía, aportó los documentos del automotor, el cual registraba la propiedad a nombre de otra persona, pero que dicha documentación facilitó al ente acusador a disponer un pendiente al vehículo, el cual fue recuperado dos días después de los hechos en poder del señor **JARLEN DUQUE**.

En ese orden de ideas, los testigos en efecto involucran un vehículo en los hechos de ese junio 05 de 2017, lo cual merece plena credibilidad, pero el automotor que se dice fue recuperado en poder de **JARLEN DUQUE**, no se demostró en calidad de qué le fue inmovilizado al acusado; es decir, si para ese instante no se justificó su tenencia y que por tal razón se tratara de un apoderamiento de *cosa mueble ajena*.

En otros términos, ninguna otra prueba diferente a esas dos declaraciones ingresó a juicio a efectos de demostrar la propiedad, posesión o tenencia por parte del señor JAIDER DÍAZ; ni mucho menos se probó que existía un propósito por parte del acusado de obtener un provecho propio o ajeno en esa potencial ilicitud.

El investigador BADOS ZAMBRANO en la vista pública señaló que la víctima aportó los documentos del vehículo, que se ordenó un pendiente y que

posteriormente se llevó a cabo la recuperación del automotor. Pero ocurrió que ninguno de esos documentos fue entregado, e incluso se desconoce por completo qué pudo haber pasado luego de que el vehículo lo inmovilizaran, esto es: quién lo reclamó o si persiste una incautación. Acerca de ello absolutamente nada se dijo en el juicio.

Podría pensarse, como ya se anunció, que entre víctima y victimario -BRAYAN o JARLEN- se presentó un problema por la posesión del rodante, dígame por caso una compra-venta incumplida, lo que potencialmente pudo dar lugar al referido enfrentamiento. Lo dicho, porque es sabido que poco antes de los disparos, el citado BRAYAN había usado ese mismo automotor para llevar a unas amigas de DÍAZ TAPASCO hasta el vecino municipio de Dosquebradas, las que previamente los habían acompañado en la reunión, luego de lo cual volvió al citado bar según lo acordado. Siendo así, obviamente, de haber tenido el propósito o de haber querido apropiarse de ese bien, perfectamente hubiera podido aprovechar aquél instante para hacerlo, pero no fue así. Luego entonces, el interrogante que surge es el siguiente: ¿en qué momento o por qué motivo desencadenante o sobreviniente, decidió supuestamente en compañía de **JARLEN** apropiárselo posteriormente como se afirma, y además en tan extrañas circunstancias? Pero más increíble aún: ¿para qué se ejerció esa violencia con el fin de que entregara las llaves del vehículo, si segundos antes esas llaves las tenía en su poder el propio BRAYAN?, y ¿cómo es posible que la víctima lograra superar físicamente a los supuestos dos oponentes, cuando para ese momento de la madrugada solo estaban los tres en ese bar, tenían desde luego superioridad numérica, e incluso se dice que DÍAZ TAPASCO ya estaba bajo los efectos del licor, tanto así que esa fue la razón por la cual no llevó en el referido vehículo a sus amigas hasta Dosquebradas, sino que le pidió el favor a BRAYAN que las llevara?

¿Qué fue entonces lo que realmente sucedió en el interior de ese inmueble? No lo sabemos, y no lo sabemos porque el delegado fiscal no se decidió finalmente a incorporar en juicio el contenido de la entrevista escrita que había rendido el ofendido, y que se esperaba iba a hacer parte del material probatorio, en este caso de referencia, mediante la introducción a través del testigo de acreditación ÓSCAR BADOS. Ni tampoco se le recibió testimonio al señor GUILLERMO ALONSO TORRES GARCÍA, de quien se aseguró había estado acompañándolos dentro del bar hasta momento antes del desenlace violento; situación extraña porque: (i) ese testigo había sido mencionado desde la acusación como prueba del ente persecutor; (ii) fue incluso tema de debate probatorio, como quiera que la defensa lo pretendió presentar como prueba en común y se le negó esa pretensión -decisión que fue apelada y

esta Sala confirmó dicha determinación-; y (iii) para colmo, no se podría pensar que este testigo no estuviera disponible para ser presentado en juicio, como quiera que el mismo investigador fue claro en explicar que la información según la cual la víctima se había ido del país (lo cual plasmó en informe que sí fue introducido al juicio), se la suministró precisamente el precitado GUILLERMO TORRES, con quien dialogó telefónicamente al respecto.

La H. Corte Suprema de Justicia ratificó que era posible suplir el testimonio directo con las entrevistas a modo de prueba de referencia excepcional, a cuyo efecto expresó:

“Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) **son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.**

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio *“Toda prueba pertinente es admisible...”* (Artículo 376 ib.) y *apreciable* (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara¹⁶. -negrillas y subrayado excluidos-

No es lógico tampoco, que si el plan era hurtarse ese vehículo y para ello atentaron contra la vida de DÍAZ TAPASCO, el hoy procesado **JARLEN** siguiera en posesión de ese automotor varios días después, a la vista de todos y como si nada hubiera pasado, a sabiendas que desde luego las autoridades de policía estaban tras su recuperación. Situación que está

¹⁶En el mismo sentido, sentencia del 21-02-07, radicación 25920.

demostrada como quiera que el investigador BADOS ZAMBRANO sostuvo en juicio, que ese vehículo fue posteriormente encontrado en poder de **JARLEN DUQUE** en un lavadero de autos en el vecino municipio de Dosquebradas.

Son por tanto muchas las incógnitas que surgen de este averiguatorio, mismas que hubieran podido ser dilucidadas o despejadas, bien con un mejor interrogatorio de parte de los uniformados al afectado, ora con la introducción de la entrevista que le fue recibida por escrito, misma que como ya se indicó no fue incorporada al juicio por parte del delegado fiscal, sin saberse las razones para esa omisión, porque es sabido que ya había sido descubierta a la contraparte en el momento oportuno, y se suponía que esa era la razón de ser de la presencia en la audiencia pública del testigo de acreditación ÓSCAR BADOS.

En definitiva, la ausencia de material probatorio coherente acerca de puntos esenciales de la investigación, impide arribar a un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de aquí procesado **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ**, ya que por parte de la Fiscalía solo se logró demostrar la materialidad del injusto contra la integridad física de la víctima, no así la infracción contra su patrimonio económico que constituía el móvil, y que en este evento era de vital importancia a efectos de poder demostrar la responsabilidad penal en cabeza del justiciable en condición de coautor en esa ilicitud.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.), en contra del acusado **JARLEN STEVAN DUQUE CHÁVEZ**, y en su lugar **SE ABSUELVE** de los cargos por los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa -arts. 27, 103 y 104 numeral 2° C.P.- con circunstancia de mayor punibilidad -art. 58 numeral 10 C.P.-, en concurso con hurto calificado y agravado -arts. 239, 240 inciso 4° y 241 numeral 10 C.P.-, por las razones indicadas en el cuerpo motivo de esta providencia.

SEGUNDO: SE ORDENA en consecuencia la libertad inmediata del procesado **DUQUE ARISTIZÁBAL**, siempre y cuando no se encuentre requerido por otra autoridad judicial.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME

arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

**Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e2e979a4f1b04c9b5f1d735ddb9542877b33bdbcaeadf76223642d27abe44d31**
Documento generado en 03/05/2022 01:21:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>