

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO
MANIZALES – CALDAS

CUI 17-001-60-00030-2019-01604

Sentencia Penal Nro. 65 del 7 de octubre de 2022

Manizales, 7 de octubre de 2022.

Agotadas las etapas previstas por la Ley 1826 de 2017 y no encontrando irregularidad alguna que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia de primera instancia.

1. IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACUSADO

Se trata del señor **JULIÁN DAVID GONZÁLEZ LÓPEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 1.053.845.413 de Manizales, con fecha de nacimiento del 8 de octubre de 1995, de estado civil unión libre, grado de escolaridad bachiller, hijo de GLADYS PATRICIA LÓPEZ y LUIS RAÚL GONZÁLEZ AYALA y residenciado en la calle 16 Nro. 30-30 de Manizales.

2. HECHOS

Se expuso en la acusación que el 1º de junio de 2019, el señor **JULIÁN DAVID GONZÁLEZ LÓPEZ** fue capturado en la calle 14 con carrera 20 del barrio Los Agustinos de Manizales, cuando hurtaba de la casa del señor GUSTAVO CALLE VALENCIA un tubo plástico marca Novafort de diez pulgadas, avaluado en la suma de \$450.000.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

i. El 30 de agosto de 2021 al señor **JULIÁN DAVID GONZÁLEZ LÓPEZ** se le realizó el traslado del escrito de acusación, siendo acusado por los hechos

antes mencionados y por haber presuntamente incurrido en la conducta punible de **HURTO** (artículo 239 del C.P.) **CALIFICADO** (por el numeral 3° del artículo 240 del C.P.) con la circunstancia de atenuación punitiva prevista por el artículo 268 del C.P. y en grado de tentativa.

ii. El conocimiento del proceso fue asignado a este Despacho y fue así como el 18 de febrero de 2022 se realizó la audiencia concentrada y el 22 de agosto de 2022 se realizó la audiencia de juicio oral en donde el procesado manifestó ser inocente, se presentaron las alegaciones iniciales por el delegado Fiscal, se estipularon datos de plena identidad del procesado y arraigo, dando paso a la práctica probatoria y una vez terminado el debate probatorio, se presentaron las alegaciones conclusivas. Así.

La Fiscalía General de la Nación aseguró que cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad del acusado y que con las pruebas recaudadas logró demostrar los hechos objeto de acusación y concretamente que el procesado fue capturado cuando pretendía irse con el bien hurtado; señalando que los testimonios de los policiales que realizaron la captura y quienes dieron cuenta de las particularidades del procedimiento policivo y con el del señor Calle se recrea lo planteado y da cuenta de la captura del procesado y la circunstancia calificante, dado que se demostró que el bien se encontraba en una bodega anexa a la casa del señor GERMAN ALONSO GOZÁLEZ DUQUE.

Por tal motivo, solicitó dictar sentencia condenatoria en contra del procesado.

El representante de víctimas refirió que estaba demostrada la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado, procediendo a explicar porque consideraba que se trataba de una conducta típica, antijurídica y culpable. Lo anterior, conforme a la prueba aportada por la Fiscalía General de la Nación.

Asimismo, precisó que quien ostentaba el dominio del bien era el señor GILDARDO OCAMPO.

La defensa solicitó absolver al procesado sustentando su petición en que el ente acusador no cumplió con el deber de probar su teoría del caso, pues la

misma se estructuró con 3 declaraciones y estas resultan disimiles entre sí y no permiten reconstruir lógicamente la ejecución de la conducta punible y ni siquiera una hipótesis probable; asegurando que a los policiales no les consta nada, que existe inconsistencias de los testigos, que la flagrancia no esta acreditada y que incluso pudo tratarse de un señalamiento tendiente a justificar el despido del acusado.

Señalando la presencia de inconsistencias en los testigos, en donde unos dicen que fueron al medio día y otros que fueron en la mañana o en lo referente al lugar en donde fue capturado el procesado, pues uno de los policiales dice que fue en la calle y otro en la bodega. Sin perjuicio, de destacar que el calificante tampoco fue acreditado.

La Fiscalía hizo uso de la facultad prevista por el inciso final del artículo 443 del C.P.P. refirió que no era lógico sostener que todo se tratara de justificar un despido, que no hay inconsistencias en cuanto a la hora, que el procesado no tendría que estar en el lugar de los hechos pues no trabajaba allí y que claramente se probó el calificante.

La defensa replicó asegurando que una cosa eran las dependencias y otra la vía pública (al no ser dependencia no domicilio), que los policiales tienen versiones disimiles pues uno dice que fue en la calle y el otro señaló otro sitio y que existió contradicción en la supuesta hora de ocurrencia del hecho.

Culminadas las intervenciones se procedió a declarar cerrado el debate, se realizó un receso y una vez finalizado, se anunció el sentido del fallo absolutorio.

4) CONSIDERACIONES

4.1. Competencia:

Por lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 37 y 42 y 43 de la Ley 906 de 2004, este Despacho es competente para conocer y decidir esta actuación.

4.2. El caso concreto:

La Ley 906 de 2004 consagra en su artículo 7° como uno de sus principios rectores la presunción de inocencia y por ello la emisión de una sentencia condenatoria se encuentra sometida a que se cumpla el estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P., esto es, que se suministre al Juez un conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Lo anterior, en armonía con el artículo 16 del Código ibídem que preceptúa que en "el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...".

Así las cosas, el problema jurídico que centra la atención del Despacho se circunscribe a determinar ¿si en el caso concreto existe el conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P. para condenar al señor **JULIÁN DAVID GONZÁLEZ LÓPEZ** por los hechos y calificación jurídica por la que fue acusado y en donde se le endilgó ser autor del delito de tentativa de HURTO CALIFICADO?

Tal como se expuso en el anunció del sentido del fallo, la respuesta a este problema jurídico es negativa y por ello se procederá a absolver al procesado del cargo formulado.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que los testigos de cargo son los siguientes:

i. EVERT ERNESTO MARTÍNEZ, subintendente de la Policía Nacional, quien para el 1° de junio de 2019 laboraba en el CAI de Chipre y luego de puesto de presente el informe de captura en flagrancia a efectos de refrescar memoria, refirió que el 1° de junio de 2019 (siendo las 2 de la tarde) fueron requeridos por la central de radio para que acudieran a la carrera 20 con calle 14 del barrio Los Agustinos donde tenían a una persona capturada por la comunidad y estos lo señalaban de haberse hurtado momentos antes un tubo de PVC; precisando que cuando llegaron observaron al joven retenido en "vía pública" por la comunidad y preguntado "por qué le dijo la gente" respondió que

este muchacho había sacado unos elementos de una bodega que se encontraba al interior de una residencia ubicada en la carrera 20 con calle 17.

Asimismo, dice que le vio el tubo de PVC (grande), que el sujeto estaba en el piso y preguntado si alguien le manifestó quién lo había visto, contestó que sí y que esto se lo dijo el propietario del elemento German Alonso Ríos, quien dijo que sintió caninos ladrando, se alarmó y vio a esta persona sacando el elemento (precisó que el ciudadano antes citado no lo vio sacándolo, sino que dijo que lo vio con el elemento) y que este manifestó que el tubo estaba al interior de una bodega de la residencia.

Igualmente, refirió que fue al procedimiento con el señor JOSÉ VILLA, que cuando llegó tenían al sujeto en el piso retenido por la comunidad (por varias personas) y que al manifestarse que se interpondría la denuncia, procedieron a su captura.

En el uso del contrainterrogatorio, dijo que el elemento se encontraba como en un garaje de la parte inferior de una casa de dos o tres pisos, no recordando bien; que el señor fue capturado en vía pública aproximadamente a una distancia de 30 metros de la bodega, porque se podía visualizar la residencia; refiriendo que el elemento que vio "era un tubo muy grande de agua, es un tubo demasiado grande de color amarillo...", de 10 pulgadas (el tamaño más grande) y de 3 metros de largo.

A su vez, en el redirecto respondió que el lugar en donde se encontraba el elemento hacía parte de una casa y que entre este y la casa había comunicación.

ii. JOSÉ ARLEX VILLA MACHADO dice que para el 1º de junio de 2019 se encontraba laborando en el CAI de Chipre y preguntado si recordaba un procedimiento policial realizado con el señor JULIÁN DAVID GONZÁLEZ, respondió que se encontraba patrullando con el señor EVERTH MARTÍNEZ y que recibieron llamada manifestando que tenían a un ciudadano que ingresó a una vivienda y que estaba sacando un tubo de PVC de la misma; por lo que al sentir que los perros estaban ladrando, verificaron y detuvieron al ciudadano.

Luego de refrescar memoria con el informe de captura en flagrancia, señaló que la captura se produjo en la carrera 19 Nro. 14-30 a las 14:00 horas, que cuando llegan encuentran al ciudadano JULIÁN DAVID GONZÁLEZ a quien lo habían encontrado en la residencia y explica que cuando ellos llegaron Julián David "se encontraba dentro de la bodega" donde lo tenían los ciudadanos; preguntado por lo que dijo el compañero de patrulla en cuanto a que cuando llegaron tenían al acusado aproximadamente a 30 metros, respondió que el inmueble tiene un patio amplio y que este se encontraba dentro del mismo predio y la bodega quedaba a un extremo de la casa, por lo que él estaba en el patio.

Asimismo, dice que el precitado señor se sustrajo un tubo de PVC de la bodega, que el tubo se encontraba en el patio cuando ellos llegaron y que cuando llegaron los abordó GERMAN ALONSO RÍOS quien le manifestó que había encontrado a este ciudadano al interior de la residencia y con el latido de los perros se percató del hurto. En tal sentido, le realizaron acta de incautación al señor que lo tenía y se lo entregaron al propietario.

Preguntado por características de vivienda, refiere que la casa tenía dos o tres niveles y que a un lado de la casa se encontraba el garaje en donde tenían los elementos de la constructora e indicó que este no se conectaba con la casa.

En contrainterrogatorio, señaló que el tubo se encontraba fuera del garaje en la puerta de madera que limitaba la casa con la calle y que el tubo se encontraba en el piso.

iii. GUSTAVO CALLE VALENCIA dice que trabajó con el acusado como dos meses y que cuando lo vieron robando lo echaron; preguntado por qué sabía él del hurto de un tubo de 10 pulgadas, contestó --a partir de 6 minutos con 30 segundos-- "se lo robó y se quedó perdido" y preguntado por cómo se lo robó --en minuto 7 con 20 segundos, respondió "**no, pues eso sí no sé yo, se lo sacaron de noche, se lo robó él**" e indicó que a él no lo "cogieron" cuando se hurtó ese tubo, pues eso ya se había perdido. Empero, dice que a él lo "cogieron" un sábado el dueño de la casa y al interior de la casa, no teniendo tiempo de empacar nada.

Asimismo, señaló que el señor Germán Darío era el dueño de la casa, que este se las tenía arrendada y asegura que a él lo llamó el señor Germán y le dijo que había capturado a esta persona adentro de la casa y el precitado señor se le enfrentó y con otro lo habían golpeado; precisando que cuando él llegó la policía ya lo había capturado y lo tenía en la parte de la calle.

Dice que el tubo no fue devuelto y leído por lo que previamente había dicho en una declaración en donde dijo que el acusado sacó un tubo de 8 pulgadas y que el dueño de la casa y sus hijos lo logra ver y este le saca un cuchillo; preguntado por cuál fue lo que realmente ocurrió, refirió que su versión era la que dio en ese momento pues ahora podía agregar o no cosas.

A continuación, se le refrescó memoria con la entrevista que previamente había rendido y le preguntó el señor Fiscal por qué había sido capturado ese día el señor JULIÁN DAVID contestó que por hurtarse el tubo, pero que no se lo logró robar; que lo capturaron dentro de la casa, que para ese momento lo habían echado 8 días atrás, que este señor no tenía permiso para ingresar a esa casa y que él estaba encargado de los elementos por ser el maestro.

En contrainterrogatorio, dijo no recordar bien en donde tenían capturado al precitado señor.

Asimismo, señaló que el siguiente testigo sería GERMÁN ALONSO GONZÁLEZ DUQUE y expresó el Fiscal que le resultó imposible su localización, por lo que desistió de este testimonio y por ser acto de parte se aceptó el desistimiento.

Asimismo, no hubo solicitud probatoria de la defensa, se dio por culminada la actividad probatoria.

Valoración probatoria

Visto lo anterior, reitera el Despacho que en el presente caso la Fiscalía General de la Nación no suministró a este Juez un convencimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible reprochada y menos sobre la responsabilidad del aquí procesado, por lo que lo procedente es emitir

sentencia de carácter absolutorio dando aplicación al principio rector de la presunción de inocencia.

Así, se tiene que para que se configure la conducta punible de hurto se requiere –según el doctrinante Fernando Velásquez Velásquez– que el “sujeto activo, autor o agente, tiene que realizar la conducta de apoderarse (“el que se apodere...); esto es, debe no solo *quitar* la cosa sino *quedarse* con ella, ha de sacarla de custodia o de la esfera de vigilancia del dueño, poseedor o tenedor y llevarla a la suya”¹, lo que para el delito de tentativa de hurto calificado, implicaba demostrar el inicio de la ejecución de la conducta (o acción antes mencionada) mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación por parte del señor JULIÁN DAVID GONZÁLEZ y que su consumación no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad (artículo 27 del Código Penal).

Sin embargo, en el presente caso las pruebas practicadas en el juicio no permiten recrear, ni aun mínimamente, las circunstancias de modo en que el procesado presuntamente realizó la conducta atribuida e incluso ni siquiera dan cuenta que iniciara la ejecución de la misma y mucho menos que se presentara una típica situación de flagrancia que permita inferir que el acusado es el autor de la conducta punible reprochada.

Para recrear lo anterior, debe comenzarse por recordar que ha enseñado la CSJ en SP4785-2018, radicado 46695, del 31 de octubre de 2018 que: “en el actual Código de Procedimiento Penal la captura en flagrancia no es una prueba en si misma, sino una circunstancia que se debe probar en el juicio, con el fin de acreditar que la captura en el momento de cometer un delito o inmediatamente después, es un elemento a considerar para inferir que el acusado fue el autor de la conducta por la cual se le juzga...” y que el control que en su momento realiza de la captura en flagrancia el Juez de Control de Garantías, “es distinto a la carga que tiene la fiscalía de probar en el juicio los supuestos que determinaron la captura en flagrancia y el consiguiente deber de llevarle al juez el conocimiento mas allá de toda duda sobre la autoría, que incluye las circunstancias de todo tipo en que se ejecutó la conducta, y en la responsabilidad del acusado”.

¹ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO. Editorial tirant lo blanch. Bogotá D.C. 2020. Página 40.

Por tal motivo, y con la pretensión de recrear lo presuntamente ocurrido y sustentar su hipótesis acusatoria, la Fiscalía General de la Nación aportó el testimonio de los policiales EVERT ERNESTO MARTÍNEZ y JOSÉ ARLEX VILLA MACHADO quienes pueden dar cuenta (eso sí, luego de refrescar la memoria) que para el 1º de junio de 2019 laboraban en el CAI del barrio Chipre de Manizales, que ese día se reportó por la central de radio que en la carrera 20 con calle 14 del barrio Los Agustinos de Manizales “la comunidad” había capturado a un ciudadano porque “según la comunidad” momentos antes había procurado hurtarse un tubo PVC de diez pulgadas.

En tal sentido, concuerdan en que cuando llegaron, observaron al señor JULIÁN DAVID GONZÁLEZ quien estaba siendo detenido por la “comunidad”² y dan cuenta que vieron un enorme tubo que se les indicó por la comunidad y por el señor GERMÁN ALONSO RÍOS que pretendía ser hurtado por el precitado ciudadano. Sin perjuicio, de destacar que realizaron el acta de incautación de elementos que firmó el procesado y que elevaron un acta de entrega de elementos que suscribió el señor GERMÁN ALONSO RÍOS.

Ahora bien, los precitados testimonios buscaron ser reforzados con lo dicho por el señor GUSTAVO CALLE VALENCIA quien refirió que era maestro de obra, que por esos días usaban un espacio de la casa del señor GERMAN ALONSO RÍOS como bodega, que el acusado laboró en las obras que estaban realizando, pero que lo “echaron” porque lo encontraron robando.

En tal sentido, refiere que a él lo llamó “GERMAN DARIO” y le dijo que habían capturado en el interior de la casa al señor JULIÁN DAVID GONZÁLEZ tratando de hurtarles y que cuando él llegó la Policía lo había capturado y lo tenía en la calle y aunque primero dijo que el tubo no fue recuperado, luego refrescó memoria y dijo que el procesado no se lo pudo hurtar. Sin perjuicio, de quedar en evidencia que contrario a lo expuesto en los hechos jurídicamente relevantes, el tubo no le pertenecía a él y que incluso la casa en donde supuestamente ingresó el acusado, tampoco era la suya como erradamente se advirtió en los hechos jurídicamente relevantes.

² Empero, mientras el señor EVERT ERNESTO MARTÍNEZ refiere que el joven estaba siendo retenido en vía pública y a una distancia de treinta metros aproximadamente de la bodega; el señor JOSÉ ARLEX VILLA MACHADO refiere primero que la comunidad lo tenía dentro de la bodega y luego indicó que lo tenían en el patio.

De conformidad con lo anterior, surge evidente que los testigos de cargo, en tratándose de los policiales únicamente les consta y tienen un conocimiento directo del hecho en cuanto a que fueron requeridos por la central de radio para acudir a la dirección antes mencionada y que allí encontraron a miembros de la comunidad que habían detenido a un ciudadano por un presunto hurto; a su vez, al señor GUSTAVO —en lo que respecta a los hechos jurídicamente relevantes— tan solo le consta que recibió una llamada del señor GERMAN “DARIO” y que al acudir encontró que los policiales habían capturado al acusado y lo tenían en la calle, ese es su conocimiento personal sobre los hechos que fueron el tema de prueba.

En ese orden de ideas, ninguno de los testigos observó al aquí acusado cuando presuntamente realizó el delito de tentativa de hurto calificado (absolutamente nada les consta sobre el particular) y simplemente manifiestan que fue el señor GERMAN ALONSO (en el caso de los primeros) y el señor GERMAN DARIO (en el caso del segundo) el que relató que había sorprendido al acusado robándole un tubo y que este lo extrajo de una bodega de propiedad de GERMAN DARIO o GERMAN ALONSO, es decir, sus señalamientos al procesado como autor de una conducta punible no tienen origen en un conocimiento directo del hecho, sino en la manifestación de un tercero que no declaró en la audiencia de juicio oral les realizó.

Lo anterior, claramente se torna en prueba de referencia inadmisibles, pues tal como lo preceptúa el artículo 402 del C.P.P. “el testigo **únicamente** podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir” y es por ello que en CSJSP del 28 de julio de 2021 y con radicado 58687 (reiterada y citada en CSJSP3823-2021, radicado 59144 del 1º de septiembre de 2021) se expuso:

*(...) La ley 906 de 2004 regula diversos aspectos de la prueba testimonial, entre los que cabe resaltar los siguientes...: (i) **"el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar o percibir"**; y (ii) la parte que solicita el testimonio tiene la carga de formular las preguntas necesarias para que el testigo le transmita la información al juez. (resaltado del Despacho).*

*El primer aspecto, regulado expresamente en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, es trascendente en varios sentidos, a saber: **(i) para la regulación de la prueba de referencia, pues se orienta a que los testigos se refieran "únicamente" a lo que pudieron observar o percibir, mas no a lo que otras personas les hayan contado (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras);** (ii) ello, acentúa la obligación de que el testigo, en virtud de las preguntas que le sean formuladas, explique las circunstancias bajo las cuales pudo observar o percibir los hechos incluidos en su declaración; **(iii) esto último, no solo es trascendente para la valoración de la prueba, sino que, además, constituye un requisito para que una persona pueda declarar, pues solo así puede cumplirse lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 402, que, valga reiterarlo, está estrechamente ligado a la materialización del derecho a la confrontación, que ha sido objeto de un copioso desarrollo jurisprudencial (CSJSP, 25 ene 2017, Rad, 44950; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045, entre muchas otras);** y (iv) es responsabilidad de la parte que solicitó el testimonio, formular las preguntas necesarias para demostrar que el testigo "tuvo la ocasión de observar o percibir directa y personalmente" los hechos", lo que será más o menos complejo, según las particularidades del caso. (...) (Negrilla y subraya del Despacho).*

Lo anterior, en armonía con el principio rector contenido en el artículo 16 del C.P.P. que establece que "en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento" y en donde cobra superlativa relevancia el carácter excepcional de la prueba de referencia conforme a lo previsto por los artículos 437 y 438 del C.P.P. y es por ello que incluso en SP2128-2022 radicación 54907 del 22 de junio de 2022 se expone:

(...) En sentido amplio, el testigo es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado. En otras palabras, es un narrador de una experiencia vivida de manera directa, a fin de probar un hecho, circunstancia o cosa concreta, ya fuere referido a un hecho delictivo objeto del proceso, un hecho que represente un indicio de aquel, la participación de determinada persona en tales hechos y/o al contrario, dirigido a desvirtuar cada uno de los anteriores.

(...) se extra como característica principal de este medio probatorio, su carácter de **receptor directo de un acontecer**, respecto del cual declarar en juicio ante el juez y las partes.

Y, refiriéndose a lo previsto por el artículo 402 del C.P.P., señala:

El citado mandato legal que tiene su fundamento, no en el capricho del legislador, sino en virtud de la garantía debida a los principios de *inmediación* (artículo 16 CPP), entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste; y *confrontación* (artículo 8, numeral 2, literal f. de la Convención Americana de Derechos Humanos), en su vertiente relacionada con el derecho de la defensa a interrogar a los testigos que lo incriminan.

De tal manera, ante la presencia en el juicio oral de quien a través de sus sentidos percibió lo acontecido, el acusado y su defensor tendrán la oportunidad de conainterrogar y/o ejercer el contradictorio de acuerdo con su teoría del caso e, incluso, impugnar su credibilidad. En palabras de esta misma Sala, así se garantiza el **principio de la mejor evidencia**, en tanto:

*«(i) es posible controlar que no se formulen preguntas sugestivas, capciosas, etcétera; (ii) el testigo puede ser interrogado a la luz de las diversas teorías factuales propuestas por las partes; (iii) se garantiza el conainterrogatorio y, en general, la posibilidad de impugnar su credibilidad; (iv) el juez puede realizar preguntas aclaratorias; y (v) la prueba se practica con *inmediación, concentración y publicidad*».³*

Y, continúa:

En tal virtud, la admisibilidad del denominado '*testigo de oídas*', técnicamente '*testigo de referencia*', resulta poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y otorga valor a los dichos de quien no ha comparecido al proceso. Su llana admisión, causa una grave indefensión a las partes, quienes se ven privadas no sólo a interrogar a los auténticos testigos de cargo, sino también, de la posibilidad de alegar razón alguna sobre el valor de un testimonio, cuya fuente de conocimiento ha sido sin razón alguna

³ SP729-2021 de 03 de marzo de 2021, Rad. 53057.

totalmente ignorada. En otras palabras, la problemática esencial de la prueba de referencia, radica en la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada y la imposibilidad de controvertirla.

Bajo esta perspectiva, acudiendo al derecho comparado y tomando las palabras del Tribunal Constitucional Español, la regla que impera es la siguiente: «si existieren testigos presenciales que hayan percibido directamente el hecho controvertido, han de ser llamados y oídos con preferencia absoluta, en vez de traer a los estrados a quienes escucharon de ellos el relato de su experiencia».⁴

Tratándose del testimonio de policía judicial que lideró la investigación y que conoció los hechos por motivo de la denuncia de un tercero, no existe razón alguna para desatender las reglas generales del testimonio. Es decir, conforme al citado artículo 402, el servidor público podrá ser citado al juicio oral a rendir su declaración, quien **«únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir»**, debiendo el representante de la Fiscalía, llamar a declarar en juicio a quien presencié el hecho delictivo y/o a quien percibió de manera directa el dato que pretende probar. (Subraya del Despacho).

Agregando, que cuando se pretende incorporar como prueba el testimonio de referencia, así deberá solicitarse "en la audiencia preparatoria al momento de realizar las correspondientes solicitudes probatorias (en este caso en la audiencia concentrada), o dado el caso, en el trámite de juicio oral, debiendo en todo caso demostrar la configuración de alguna de las circunstancias establecidas en la citada norma, además de cumplir con la correspondiente carga argumentativa de pertinencia y utilidad de la prueba. Sólo así, una vez admitida como tal por parte del Juez de Conocimiento, podrá presentarse el testimonio 'indirecto' o 'de oídas' y ser valorado por el Juez de Conocimiento para fundamentar su decisión." (subraya del Despacho).

De conformidad con lo anterior, y atendiendo el debido proceso probatorio, claramente las manifestaciones que un tercero que no declaró en el juicio realizó a los policiales y al señor GUSTAVO CALLE no pueden ser valoradas por el Despacho y por ende carecen de cualquier poder demostrativo, dado

⁴ SSTC de 24 de enero de 1995.

que se constituyen en testimonio de referencia inadmisibles pues no se acreditó la procedencia de su admisión excepcional en el juicio y por ello no pueden ser valoradas como pruebas.⁵

Por lo anterior, y citando a FRANCESCO CARNELUTTI, en el entendido que las "pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer o, mejor aún, para reconstruir la historia"⁶ o un acontecimiento en particular vinculado con los hechos y circunstancias materia del juicio (artículo 372 del C.P.P.), claramente encuentra el Despacho que en modo alguno se reconstruyó ese acontecimiento pues no se logró volver hacia atrás ni demostró que el señor JULIAN DAVID GOZNÁLEZ haya iniciado una acción tendiente a apoderarse del bien mencionado en los hechos jurídicamente relevantes, pues únicamente los testigos dan cuenta y percibieron que esta persona fue capturada por la "comunidad" y señalada de haber cometido un hurto. Empero, nada les consta sobre el particular y sus dichos de ninguna manera permiten sustentar ni reconstruir lo ocurrido, por ende no permiten satisfacer el estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P., pues en el tema en particular son constitutivos de prueba de referencia inadmisibles y por ende sin ningún poder demostrativo.

Con base en lo anterior, se concluye que no le asiste razón a la Fiscalía ni al representante de víctimas cuando aseguraron que se encontraban los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria por reunirse el estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P.; por el contrario le asiste razón a la señora defensora cuando advirtió que ni siquiera se demostró la flagrancia y en que lo procedente es absolver al procesado del cargo formulado.

Por tal motivo, lo procedente es absolver al acusado, pues "si el Estado, en su poder punitivo, no logra cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada

⁵ Máxime, si se tiene en cuenta que se entiende como prueba "en sentido técnico-procesal, todo aquel elemento que ofrece conocimiento acerca de un hecho, introducido al proceso con el lleno de los requisitos establecidos por la ley, con intermediación del juez, concentración, contradicción y confrontación, que le suministran a éste el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio." CSJ SP1162-2022, radicación 51750 del 6 de abril de 2022. (Subraya del Despacho).

⁶ Las Miserias del Proceso Penal. Editorial Temis. Página 48.

como infracción penal es imputable al procesado, no queda otro camino jurídico sustantivo que absolver" (SP3479-2021, radicado 58400 del 11 de agosto de 2021), dado que no existe el estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE MANIZALES - CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER al señor **JULIÁN DAVID GONZÁLEZ LÓPEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 1.053.845.413 del cargo por el que en el presente proceso fue acusado y que lo señalaba como autor del delito de tentativa de HURTO CALIFICADO. Lo anterior, conforme a lo señalado en precedencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, se procederá conforme a lo preceptuado por el inciso final del artículo 166 del C.P.P. y se levantarán, si las hubiere, todas las medidas cautelares que hubieren sido impuestas con ocasión de la actuación.

TERCERO: Conforme a lo preceptuado por el artículo 545 del C.P.P. y teniendo en cuenta la situación originada con ocasión del COVID-19, se corre traslado de la presente sentencia a las partes e intervinientes, quienes podrán interponer recurso de apelación en contra de ella, conforme a lo señalado en el inciso final del artículo ibídem (esto es, dentro de los 5 días siguientes a su notificación) y que será surtido ante la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales. El recurso tendrá que ser interpuesto y sustentado en el término indicado en el artículo 545 del C.P.P.


WILLIAMS FELIPE IBÁÑEZ JURADO
JUEZ