



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
– SALA DE DECISIÓN PENAL –

MAGISTRADO PONENTE:
FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ

Radicado: 19 001 60 00000 2020 00207 01

Proyecto discutido y aprobado según acta n.º 100

Popayán, Cauca, doce (12) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra la decisión proferida el 5 de mayo de 2023, por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Popayán, mediante la cual inadmitió, como prueba común, unas solicitudes probatorias testimoniales de la defensa, dentro del proceso penal seguido contra el señor **Miguel Virgilio Orozco Trompeta**.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En el escrito de acusación se consignó lo siguiente:

«De acuerdo a los actos de investigación se tiene que el señor MIGUEL VIRGILIO OROZCO TROMPETA alias "FREDY O CANOSO", ejercía como mando medio de la estructura Dagoberto Ramos disidente de las Farc; vinculando su participación como autor material del atentado criminal acaecido el 29 de octubre de 2019 en la vereda la luz del resguardo indígena de Tacueyó del municipio de Toribio-Cauca, donde perdieron la vida de manera la gobernadora del cabildo indígena de Tacueyó, CRISTINA BAUTISTA TAQUINAS, y los guardias indígenas JOSÉ GERARDO SOTO, ASDRUBAL CAYAPU CAMPO, JOSE HELIODORO FINSCUE MEJIA, JAMES WILFERDO SOTO TAQUINAS y resultaron gravemente heridos los señores MATIAS MONTAÑO NOSCUE, JOSE NORMAN MONTANO NOSCUE, CRECENCIO PETECHE MENSA, DORA RUTH MESA PETECHE, acción que habrían desplegado con el fin de liberar al cabecilla de dicha estructura alias BARBAS y otros integrantes del GAO-R que habían sido retenidos por la autoridad indígena... es de mencionar que las víctimas se encontraban indefensas y esa situación fue aprovechada por MIGUEL VIRGILIO OROZCO TROMPETA y las otras personas que desplegaron dicha acción criminal.

... MIGUEL VIRGILIO OROZCO TROMPETA conocía que, mediando acuerdo previo, otras personas empleando armas de fuego catalogadas como de uso privativo de las fuerzas armadas, lideró un grupo de personas que atacaron a integrantes del resguardo indígena de Tacueyó que les ocasionaron heridas por proyectiles de armas de fuego y segaron la vida a la gobernadora del cabildo

indígena de Tacueyó, CRISTINA BAUTISTA TAQUINAS, y los guardias indígenas JOSÉ GERARDO SOTO, ASDRUBAL CAYAPU CAMPO, JOSE HELIODORO FISCUE MEJIA, JAMES WILFERDO SOTO TAQUINAS y que adelantaron acciones inequívocamente dirigidas a segar la vida de los señores MATIAS MONTAÑO NOSCUE, JOSE NORMAN MONTANO NOSCUE, CRECENCIO PETECHE MENSA, DORA RUTH MESA PETECHE, pero por motivos ajenos a su voluntad no se consumó, y quiso hacerlo.

Con la conducta desplegada por el señor MIGUEL VIRGILIO OROZCO TROMPETA, se afectó el bien jurídico tutelado de la vida de los señores CRISTINA BAUTISTA TAQUINAS, ASDRÚBAL CAYAPU CAMPO, JOSE HELIODORO FISCUE GUEJIA, JOSE GERARDO SOTO MESA, JAMES WILFREDO SOTO TAQUINAS, y se puso en peligro efectivo el bien jurídico de la vida e integridad personal de los señores MATIAS MONTAÑO NOSCUE, JOSE NORMAN MONTAÑO NOSCUE, CRECENCIO PETECHE MENSA, DORA RUT MENSA PETECHE, asimismo al emplear armas de fuego sin permiso de autoridad competente y catalogadas como de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, se afectó el bien jurídico de la seguridad pública sin justa causa...».

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

El 9 de noviembre de 2020, ante el Juzgado 5° Penal Municipal de Garantías de Popayán, la Fiscalía formuló imputación contra **Miguel Virgilio Orozco Trompeta**, como coautor de los delitos de homicidio agravado, homicidio agravado tentado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (arts. 104.7.10., 104.6.7. y 27, y 366.5.8. del C.P.).

La etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Popayán, despacho que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 4 de agosto de 2021.

La preparatoria se instaló el 30 de enero de 2023, cumpliéndose a cabalidad con las fases de descubrimiento, enunciación y estipulaciones probatorias. La audiencia se reanudó el 28 de marzo de 2023 con las solicitudes probatorias de las partes, las cuales fueron resueltas por el juez en la sesión del 5 de mayo de 2023.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala se enfocará en las decisiones que son objeto de apelación, relativas al no decreto, como prueba común, de unas solicitudes probatorias de la defensa.

El juzgado inadmitió el testimonio del señor Crescencio Peteche Meza porqué de acuerdo a la explicación de pertinencia ofrecida por la defensa, se trata de un testigo de oídas que no cumple con lo dispuesto en el artículo 402 del CPP. Lo decretó para la Fiscalía señalando que, como víctima, el señor Peteche Meza tiene conocimiento directo sobre los hechos que esta parte pretende acreditar.

Inadmitió el testimonio de Maribel Lozano Quintero por no ser testigo presencial de los hechos. También inadmitió el testimonio de Oscar Holman Echeverri Herrera, porqué de acuerdo con la explicación de pertinencia dada por la defensa, los hechos a los que se referiría no tienen relación con el tema de prueba. Los decretó para la Fiscalía por su pertinencia con el hecho que dicha parte pretende demostrar, relacionada con la identificación e individualización del procesado, sus alias y su vinculación con la estructura criminal comprometida en la realización de los hechos.

Inadmitió los testimonios de los peritos Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez, porqué son repetitivos en un interrogatorio directo para indagar sobre los resultados de las experticias, siendo suficiente que acuda al conainterrogatorio, tal como lo dispone los artículos 317 y 318 del CPP. Los decretó para la Fiscalía exponiendo su pertinencia como prueba técnica para acreditar el procedimiento de reconocimiento fotográfico.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La defensa solicitó la revocatoria parcial de la decisión de instancia, con el fin de que se decrete la práctica, como testigos comunes, de los señores Crescencio Peteche Meza, Maribel Lozano Quintero, Oscar Holman Echeverri Herrera, Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez.

Hizo mención a la libertad probatoria que garantiza a la defensa controvertir las pruebas de la Fiscalía. Agregó que la alegación de pertinencia que se le exige a la defensa es mínima, pues basta con que las pruebas solicitadas se refieran a los hechos del proceso.

Con referencia al decreto común del testimonio del señor Crescencio Peteche Meza, señaló que los testigos son del proceso y no de las partes.

En lo que atañe al decreto común del testimonio de Maribel Lozano Quintero, alegó que la judicatura lo ordenó para la Fiscalía advirtiéndole que se trataba de un testigo directo de los hechos, pero lo negó para la defensa señalando que no lo era, que no estuvo presente en éstos.

Con relación al decreto común del testimonio de Oscar Holman Echeverri Herrera, sostuvo que él se opuso a su decreto en la audiencia preparatoria porque se iba a referir a actores armados que no tuvieron nada que ver con los hechos, pero que, a pesar de ello, el *a quo* lo ordenó como prueba de cargo, y, posteriormente, por las

mismas razones lo negó para la defensa. Aduce que dicho testigo es necesario para que declare sobre lo que conoce y, a partir de allí, para impugnar su credibilidad.

En cuanto al decreto común de los testimonios de Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez (peritos), dijo que, como son expertos, ellos no estuvieron en el lugar de los hechos, razón por la cual son útiles para que depongan sobre el tema de la mismidad y la cadena de custodia, manifestando que no entiende por qué son pertinentes para el proceso, pero no para la defensa.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. El Ministerio Público solicita confirmar la decisión, porque la defensa no esgrimió los requisitos establecidos en el artículo 438 del CPP para que el señor Crescencio Peteche Meza sea admitido como testigo de referencia. Expone que no bastaba con advertir que el testigo escuchó una conversación posterior a los hechos, también debía argumentar sobre la pertinencia, conducencia y utilidad del testigo.

Manifestó que los testimonios de Maribel Lozano Quintero y Oscar Holman Echeverri Herrera son impertinentes, pues la finalidad de la Fiscalía es diferente a la presentada por la defensa.

En cuanto a los testimonios de los peritos Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez, afirmó que las preguntas que pretende hacer la defensa son propias del conainterrogatorio.

2. La Fiscalía pide confirmar la decisión de instancia. En cuanto al testigo Crescencio Peteche Meza precisó que, si bien existe libertad probatoria, no se puede pasar por encima las reglas del proceso penal para la admisión de la prueba de referencia, la cual no cumplió la defensa al elevar la solicitud.

Con relación con los testigos Maribel Lozano Quintero y Oscar Holman Echeverri Herrera, dijo que la solicitud de la Fiscalía es frente a la identificación e individualización del procesado, siendo totalmente diferente a lo argumentado por la defensa; porque, si la finalidad del defensor es impugnar la credibilidad y atacar el argumento de la Fiscalía, lo puede realizar en el conainterrogatorio.

Frente a los testimonios de Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez, dijo que en el juicio oral se desarrollara todo lo relacionado con la elaboración y aducción de los EMP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De acuerdo con el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán es competente para conocer los recursos de apelación presentados contra autos que profieran, en primera instancia, los jueces penales del circuito especializados ubicados dentro de este Distrito Judicial.

2. Problema jurídico

La Sala establecerá si fue acertada la decisión adoptada por la primera instancia, consistente en inadmitir, como prueba común, las solicitudes probatorias testimoniales de la defensa.

3. Sobre el testigo común y la explicación de su pertinencia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto AP5342-2021, rad. 60.015 del 10 de noviembre de 2021, precisó:

«... si el interés de la defensa, es hacer uso de la información derivada de los elementos materiales probatorios de la contraparte, esta debe, en la audiencia preparatoria, elevar la petición de acuerdo con las reglas que imperan su decreto y práctica.¹

De este postulado se deriva igualmente, la inexistencia de obstáculo o limitación alguna para que una misma prueba pueda servir paralelamente, a los intereses de las teorías del caso de Fiscalía y defensa.

Sin embargo, en tal evento, si la defensa pretende solicitar también como suya aquella prueba peticionada por la Fiscalía, deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia, conducencia y utilidad, que, teniendo en cuenta que sirven a una teoría del caso contraria a la del ente acusador, tendrán que ser diferentes a los presentados por este último. Ello resulta suficiente, tratándose de pruebas documentales (como lo es para el caso bajo estudio), pues de ser esa pretendida prueba de interés común un testimonio, la petición debe venir acompañada de la argumentación adecuada, a partir de la cual pueda evidenciarse que el conainterrogatorio no es suficiente para los propósitos de la parte...»

Ahora, cuando una de las partes solicita el decreto de una prueba común con la única finalidad de impugnar su credibilidad, la petición es improcedente. Así lo dijo la Sala de Casación Penal, por ejemplo, en la decisión AP4281-2019, rad. 55.798 del 2 de octubre de 2019:

«La defensa puede solicitar la práctica de las pruebas que han sido pedidas por la Fiscalía (y viceversa), siempre y cuando explique suficientemente la

¹ CSJ AP3222-2020, 18 nov. 2020, rad. 52.881.

pertinencia a la luz de su teoría del caso. Si su único propósito es impugnar la credibilidad de un testigo, no es procedente apelar a la figura de la “*prueba común*”, por varias razones: (i) la impugnación de la credibilidad es una de las principales expresiones del derecho a la confrontación; (ii) se trata de una posibilidad otorgada por la ley, que no necesita ser objeto de pronunciamiento durante la audiencia preparatoria; (iii) los temas concernientes a la credibilidad son pertinentes en el contrainterrogatorio, independientemente de que la Fiscalía haya abordado esas temáticas en el interrogatorio directo, por la razón elemental de que la posibilidad de impugnación no puede estar limitada por quien presenta la prueba; y (iv) ese ejercicio adquiere sentido si, finalmente, la Fiscalía se sirve del testimonio para sustentar su teoría del caso, de tal suerte que, si renuncia al mismo, no tendría ningún sentido hablar de impugnación de su credibilidad (CSJAP, 8 mar. 2018, Rad. 51882, entre muchas otras...»

4. El caso concreto

El juez negó, como prueba común, el testimonio de Crescencio Peteche Meza, porque, según la explicación de pertinencia ofrecida por la defensa, es un testigo de oídas que no cumple con lo dispuesto en el artículo 402 del CPP.

En el recurso de apelación, para controvertir ese punto de la decisión, el abogado defensor se limitó a señalar que los testigos son del proceso y no de las partes. Ese indeterminado argumento expuesto por el recurrente, en criterio de esta Sala, es impertinente para discutir las razones que llevaron al juzgador a inadmitir el testimonio de Crescencio Peteche Meza.

La Corte ha señalado que el artículo 179A del CPP no impone solemnidades ni formalidades determinadas para la sustentación de un recurso², sin embargo, sí exige que el impugnante señale los fundamentos de hecho o de derecho por los cuales no comparte la providencia recurrida.

Entonces, para tener por sustentado el recurso de apelación se requiere que el profesional del derecho delimite su desacuerdo con la providencia recurrida, en los ámbitos probatorio, jurídico y fáctico, situación que no ocurrió frente a la decisión de inadmitir como prueba común el testimonio del señor Crescencio Peteche Meza, porque hacer alusión a que «los testigos son del proceso y no de las partes», no representa ningún reproche frente a la inadmisión de la solicitud fundada en que el testigo no tiene conocimiento personal del hecho que pretende demostrar.

Entonces, frente a ese punto, la decisión de primera instancia será confirmada, porque el defensor no expuso argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que controviertan las razones presentadas para inadmitir la solicitud probatoria.

² CSJ SP3189-2022, 7 sep. 2022, rad. 60.519.

Sobre la inadmisión del testimonio de Maribel Lozano Quintero, la defensa cuestiona un supuesto doble rasero aplicado por el juez de primera instancia, por reconocerla como testigo directo de los hechos para la Fiscalía y no así para la defensa. Al revisar el registro de la audiencia, no se comprueba que lo dicho por el defensor sea cierto, pues ni el ente acusador en la solicitud ni la judicatura en la decisión aseveraron que la susodicha deponente haya presenciado los hechos delictivos.

Al advertirse que el reproche presentado por el recurrente no es verdadero, porque ontológicamente no ocurrió lo que aquel señala, el cuestionamiento a ese punto de la decisión tampoco tiene aptitud.

Con referencia a la inadmisión del testimonio de Oscar Holman Echeverri Herrera, su desestimación se basó en la explicación de pertinencia presentada por la defensa, en la que adujo que desistía de su práctica porque le solicitó a la judicatura que lo inadmitiera para la Fiscalía, pero que en el hipotético caso de que lo decretara para esa parte, lo pedía como testigo común.

La Sala considera que la posición adoptada por el abogado al momento de presentar la solicitud probatoria demuestra que no le asistía ningún interés en que el señor Echeverri Correa concurriera como testigo de la defensa, sino que, simplemente, jugó con el resultado de la postulación de la Fiscalía.

Además, el juez decretó el testimonio de Echeverri Herrera como prueba del ente acusador debido a la pertinencia del testigo con el hecho que la parte pretende demostrar, relacionado con la identificación e individualización del procesado, sus alias y su vinculación con la estructura criminal comprometida con la realización de los hechos, sin mencionar en ninguna parte de su decisión que el testigo haya presenciado los hechos.

En todo caso, como ya se dijo, la figura del testimonio común no procede cuando su finalidad es la de impugnar la credibilidad del testigo, razones suficientes para desechar el argumento de la apelación sobre esta solicitud probatoria.

Por último, en cuanto a la inadmisión de los testimonios de los peritos Guillermo Alberto y Martha Cecilia, quienes elaboraron los álbumes para el reconocimiento fotográfico del acusado, es claro que la razón propuesta por la defensa para cuestionar la decisión del *a quo* de considerar suficiente que el apelante acuda al contrainterrogatorio para contradecir la narración de los expertos, ninguna relación tiene con la labor que estos desplegaron.

El artículo 254 del CPP señala que la cadena de custodia es relevante en el procedimiento de autenticación (mismidad) de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cual se aplica «*teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos*».

Por regla general, las fotografías utilizadas por los expertos para la elaboración de los álbumes fotográficos que le exhiben al testigo para el reconocimiento no tienen la condición de elemento material probatorio o evidencia física, y, por lo tanto, no están sometidos a las reglas de la cadena de custodia, sin perjuicio de que el acta de la diligencia con los anexos de las imágenes utilizadas, a partir de ese momento queden sometidas a cadena de custodia, como lo señala el artículo 252 del CPP.

De lo dicho queda claro la impertinencia del testimonio común de los expertos Guillermo Alberto Verdugo Sarmiento y Martha Cecilia Aguilar Ramírez, pues, los temas sobre los que serían interrogados de manera directa, la cadena de custodia y la mismidad, aludidos de manera general, no tiene relación con la prueba pericial que con ellos se pretende practicar, por lo que, frente a este aspecto, también será confirmada la decisión de primer grado.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

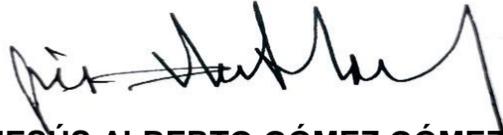
Primero: Confirmar la decisión emitida el 5 de mayo de 2023, por el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Popayán, mediante la cual inadmitió, como prueba común, unas solicitudes probatorias testimoniales de la defensa, dentro del proceso penal seguido contra el señor **Miguel Virgilio Orozco Trompeta**.

Segundo: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ



JESÚS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ

Con permiso

JESÚS EDUARDO NAVIA LAME