

|  |   |   |
|--|---|---|
|  <p>JUSTICIA PENAL<br/>BUGA</p> | <p><b>AUTO INTERLOCUTORIO<br/>SEGUNDA INSTANCIA</b></p> |  |
|--|---|---|

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**

Magistrada Ponente

**MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO**

RADICACIÓN: 7622-60-00-185-2013-00140-03. (AC-172-17)

DELITO: Homicidio agravado y otros

FISCALIA: De. Diego Fernando Velásquez Cárdenas

PROCESADO(S): Héctor Julio Peña Toledo y otros

DEFENSOR(ES): Dr. Julio César Pérez Chicué y Jairo Martínez Moreno.

MINISTERIO PUBLICO: Dr (es). Norberto Gómez Bonilla

MOTIVO: Apelación del auto del 28 de abril de 2017 en sede de Juicio oral.

CIUDAD Y FECHA: Guadalajara de Buga, catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Aprobado según Acta No. 139

**1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Resuelve el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, en el juicio oral que se adelanta contra Héctor Julio Peña Toledo, Héctor Stivens García Grisales y Héctor Eduardo Salazar Zapata, por los delitos de Homicidio agravado en concurso con Fabricación, Tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**2. ANTECEDENTES**

Son relevantes para el objeto del pronunciamiento, los siguientes:

**2.1.-** El 28 de abril de 2017, en el municipio de Roldanillo hasta donde se trasladó el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá para realizar el juicio oral en el asunto de la referencia, el Fiscal delegado, solicitó que se decretara como prueba de referencia la entrevista del testigo José Reynel Grisales Gallego, de quien desconoce su ubicación. El Despacho, dejó constancia de la respuesta ofrecida por el Intendente Jefe de la Subestación de Policía de Naranjal, V, señor Edgar Oswaldo Jojoa Achicanoy quien

indicó, que se dirigieron hasta su lugar de residencia y la madre manifestó no saber dónde se hallaba su hijo. La Fiscalía agregó que el mismo se encontraba amenazado de muerte y prometió allegar la denuncia que presentara el citado por ese hecho. Sustentó así la aplicación de los artículos 437 y 438 literal b del Código de Procedimiento Penal.

**2.2.-** El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, negó la pretensión y la Fiscalía, apeló.

### **3. AUTO APELADO**

El argumento sustento de la negativa de la prueba de referencia solicitada por la Fiscalía, lo hizo consistir el A-quo en la ausencia de un testigo de acreditación, de la citada entrevista pues el fiscal debió hacer el ejercicio con el deponente anterior, investigador de policía judicial que supuestamente la recibió.

### **4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.**

La Fiscalía interpuso el recurso de apelación para controvertir la necesidad del testigo de acreditación. Básicamente señaló que siendo la entrevista un documento que puede usarse con un testigo solo para refrescar memoria o impugnar credibilidad, tal como también ocurre con los informes de campo, no estaba en capacidad de ponérsela de presente al investigador ALEXIS NIETO PADILLA, cuyo testimonio antecedió a su solicitud de admisión de la prueba de referencia. Que el testigo de viva voz dijo haber realizado una entrevista a JOSE REINEL GRISALES GALLEGO, de modo que existe certeza, convencimiento absoluto que fue él quien tomó la entrevista, misma que reúne los requisitos de los artículos 437 y 438 literal b. Por lo tanto, solicita la revocatoria de la decisión y en su lugar se decrete la misma, como prueba de referencia, sin que sea necesario que quien la recepcionó funja como testigo de acreditación.

### **NO RECURRENTES.-**

El abogado defensor de confianza, solicita la confirmación del proveído en atención al aserto del juzgador de instancia. Esto porque la ausencia de un testigo de acreditación, impide ejercer la contradicción por lo menos sobre los vicios de legalidad de la prueba. Que la Fiscalía debió introducir también el informe de investigador de campo pues es el documento soporte de dicha entrevista y como no lo hizo, impropio es recibir la citada. El defensor

público, dijo acogerse a los argumentos presentados por su colega, con igual pretensión.

## 5. CONSIDERACIONES

### 5.1.- Competencia.-

Es competente esta sección de la Sala Penal para desatar la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto interlocutorio del 28 de abril de 2017, por haberse proferido por un Juzgado Penal del Circuito de Tuluá, adscrito a este Distrito Judicial, de donde emerge constatado el requisito demandado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, regla de competencia diseñada bajo criterios de territorialidad y funcionalidad.

### 5.2.- Problema Jurídico.-

Debe la Sala resolver dos problemas jurídicos conforme a la controversia suscitada por el ingreso de la prueba de referencia, sin testigo de acreditación: **(i) ¿es necesario dicho testigo para ingresar la entrevista de un tercero, cuya comparecencia no ha sido posible, al juicio oral, para que declare sobre hechos que interesan a la teoría del caso de una de las Partes?;** de discernir afirmativamente el primer interrogante, **(ii) ¿si se dan todos los requisitos para que se permita este medio de conocimiento de la prueba de referencia, se debe inadmitir la misma por el modo elegido para ingresarlo?**

### 5.3.- Forma de introducir al juicio oral una entrevista, como prueba de referencia.

Aunque la Parte VI de la Ley 906 de 2.004, denominada "REGLAS RELATIVAS A LA PRUEBA DE REFERENCIA, no demanda concretamente que aquella declaración realizada por fuera del juicio oral, la cual será utilizada **para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial del debate, cuando no es posible su práctica en ese escenario**<sup>1</sup>, deba ser ingresada al recaudo probatorio por medio de un testigo de acreditación, así lo ha venido enseñando la jurisprudencia y con sobrada razón, porque tal exposición se consigna en un documento y por lo menos se requiere cierta seguridad sobre su autenticidad, a través del reconocimiento

---

<sup>1</sup> Ley 906 de 2004, artículo 437

de una de las personas que lo creó, como es en la mayoría de las veces un investigador judicial o uno de la defensa, quien escuchó a ese ciudadano cuyo testimonio fue decretado para el juicio oral pero que a la hora de ser convocado, no se encuentra disponible.

Por tarifa legal, ese medio de conocimiento tiene limitado su valor probatorio, al punto que el mismo jamás podrá fundar por sí solo, una sentencia condenatoria. Esto, precisamente porque igual limitación tienen, los principios rectores de contradicción, la inmediación y por qué no decirlo, para el caso, de defensa, pues no podrá ejercer el conainterrogatorio e impugnar la credibilidad del testigo, frente al director de la audiencia, el representante de la administración de justicia encargado de pronunciarse sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

En ese trámite de admisión de la prueba de referencia, por lo menos debe entonces acreditarse que el documento que recoge el dicho del testigo no disponible, es el mismo que firmó en presencia del investigador; esto hace parte de la autenticidad del libelo que recoge su versión, firmado también por el declarante con quien se ingresará, quien escuchó la narración que interesa a la teoría del caso, esta vez del ente acusador, y podrá la defensa, tal como lo señaló uno de los togados como –no recurrente- atacarla tal vez por vicios en su producción, respecto a la legalidad o licitud y conainterrogar respecto de pormenores que interesen para su posterior valoración, persiguiendo el sustento de mermar aún, su valor suasorio.

El señor Fiscal, no puede entonces allegar en forma autónoma el medio de conocimiento que se decreta, *-de referencia-*; porque él no lo recaudó en la fase investigativa; ni siquiera le consta, esa sea la versión que el testigo hoy no disponible, brindó sobre determinados hechos; tampoco que sea su firma porque no presenció el momento en el cual plasmó la misma.

Así las cosas, el primer problema jurídico planteado, se resolverá con respuesta afirmativa al interrogante formulado; la Sala respalda la exigencia del Juez A-quo de un testigo de acreditación con quien ingresar la entrevista solicitada por la Fiscalía como prueba de referencia. A manera de ilustración, citamos aparte de uno de los proveídos de nuestro superior funcional, donde ratifica esta postura:

***“Una vez el juez de conocimiento verifique objetivamente las anteriores circunstancias, es posible que admita la aducción de una prueba de referencia, cuya práctica debe someterse a las reglas probatorias del juicio, esto es, la declaración ha de ser incorporada a través del testimonio del funcionario o investigador que la recaudó, previa la solicitud de la parte que la ofrece al funcionario judicial para que la decrete, y el peticionario desarrolle la argumentación necesaria, en orden a justificar el hecho de que el testigo no pueda comparecer al juicio, con el traslado respectivo de la petición para que las demás partes e intervinientes se pronuncien y pueda ejercer su derecho de contradicción.”***

Por lo expuesto, la Fiscalía en el caso concreto, no puede introducir autónomamente la entrevista del testigo JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO, como prueba de referencia, al juicio oral.

#### **5.4.- Admisión de la prueba de referencia e introducción de la misma.**

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, refundió la admisión de la entrevista rendida por JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO al investigador judicial ALEXIS NIETO PADILLA, como prueba de referencia, con el medio por el cual debía la Fiscalía introducirla al juicio oral.

El delegado del ente acusador, adujo que el deponente no se encontraba disponible porque desapareció debido a las amenazas recibidas conforme la noticia criminal del 6 de octubre de 2015, según oficio remitido por el Personero de Roldanillo del 29 de Septiembre de 2015, al cual le dio lectura en la audiencia, donde hace constar que posteriormente también las dirigieron contra su cónyuge y sus hijos; todo porque la Dijín le hizo firmar un documento y le dieron una versión para que cuando le preguntaran dijera eso, describiendo el relato sugerido, al parecer, contenido en la entrevista rendida al investigador ALEXIS NIETO PADILLA, el 17 de mayo de 2013.

Tácitamente el juez dio por sentado los requisitos del artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004 para de inmediato negarla diciéndole al delegado de la Fiscalía: ***“Señor Fiscal, usted se acuerda cuando estaba declarando el agente Nieto Padilla, yo le pregunté y usted me dijo que no y ahora no tenemos testigo de acreditación. Si usted pretendió***

***hacerlo, entonces como lo menciona el artículo 429 frente a la imposibilidad de la utilización del testigo directo debe ser a través del testigo Nieto Padilla porque la FGN no puede sustituir a la partes en su función....Y usted no lo quiso introducir a través del señor testigo Nieto Padilla y ahora no tiene testigo de acreditación y el protocolo era que debe hacerlo a través del mencionado ciudadano.”***

En efecto, antes de sentarse las bases de la no disponibilidad del testigo JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO, a través de las constancias dejadas por el propio juzgador sobre los resultados de la orden de conducción del testigo y los demás documentos leídos por el Fiscal, y de la solicitud de admisión de su entrevista como prueba de referencia, fue escuchado el citado agente de policía judicial. Durante su narración manifestó haberle tomado esa entrevista al testigo (la cual no se le puso de presente), obteniendo como resultado la aclaración de los hechos donde perdió la vida el docente de Naranjal y los alias de los implicados, que luego identificó e hizo reconocer por ese testigo. En ese momento, ***el señor Juez interrumpió al Fiscal para decirle “De lo que yo entiendo, es que usted pretende introducir esa entrevista? Y el Fiscal respondió: “Hasta el momento no.”***

Ningún error cometió el señor Fiscal, porque en ese momento estaba practicándose el testimonio del agente investigador decretado en la audiencia preparatoria, pero no podía ingresar con él una entrevista, ni siquiera usarla durante el interrogatorio directo, porque hasta ese instante no había hecho conocer de la judicatura su pretensión acerca de la prueba de referencia y mucho menos el señor Juez, la había decretado.

Ahora, acreditados como están los elementos de la prueba de referencia, como son:

- (i) Una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral. Esta vez, la de JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO, quien le rindió una entrevista al investigador judicial.
- (ii) Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir. Según lo dijo el mismo investigador, aquél le brindó los datos sobre los autores del homicidio;
- (iii) Que exista un medio para presentar a título de evidencia para probar los hechos de esa declaración. En este caso, está la entrevista, la cual fue oportunamente descubierta a la Defensa.

- (iv) La misma tiene por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate como la existencia de la conducta y su tipicidad, desde el punto de vista de los presuntos coautores.

Igualmente, la –no disponibilidad del testigo- requisito del artículo 438, en el asunto, la situación prevista en el literal b; de acuerdo a los informes presentados por el fiscal en el juicio oral, ya mencionadas; las mismas constancias dejadas por el juez frente al esfuerzo para hacerlo conducir ante el estrado; evento respecto del cual ninguna controversia tampoco presentó la Defensa.

En consecuencia, era procedente su ADMISION.

Fue este paso, el que refundió el señor Juez con el medio para introducirlo al juicio oral. Era tarea del señor Fiscal, decidir el medio por el cual iba hacerlo y dependiendo del mismo, sería la legalidad o ilegalidad de esta prueba en el análisis propio de la sentencia. Pero, fue un dislate haber negado su admisión bajo el criterio errado por demás, de que el delegado, se había quedado sin testigo de acreditación. Eso, tal como se revisó en párrafos anteriores no fue cierto. El señor Fiscal, puede solicitar la citación o hacer comparecer de nuevo al testigo ALEXIS NIETO PADILLA, para efecto de introducir la entrevista, medio que anticipadamente y en forma errónea, iteramos, le negó la judicatura del primer nivel, atribuyéndole un yerro inexistente, de no haberlo hecho durante su declaración.

El vehículo para hacerlo, por así llamarlo, no es como lo dice la defensa, el informe de investigador de campo, este es un mero elemento material probatorio que se le descubrió en su momento oportuno cuyo fin es la impugnación de la credibilidad o el uso para refrescar su memoria por cualquiera de los sujetos procesales. Es un documento de contenido declarativo que no tiene fuerza autónoma de prueba, así que ninguna relevancia tiene que la Fiscalía no lo hubiera introducido a través del agente investigador, habría sido otro yerro, aceptarlo como prueba documental.

Así las cosas, el Tribunal revocará la decisión del A-quo para decretar la ADMISION DE LA ENTREVISTA DE JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO como PRUEBA DE REFERENCIA, correspondiéndole a la Fiscalía, decidir el método por el cual va a ingresarlo, al juicio oral.

Sin más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, EN SALA DE DECISION PENAL,**

**RESUELVE:**

**REVOCAR**, el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá Valle, el 28 de abril de 2017, para en su lugar ADMITIR la prueba de referencia, consistente en la entrevista rendida por el ciudadano JOSE REYNEL GRISALES GALLEGO, cuya introducción está a cargo de la Fiscalía, quien deberá informarle al juez el medio que usará y una vez lo haga, cualquier análisis sobre su legalidad y valor probatorio, se posterga para la sentencia.

Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma, no procede recurso alguno.

CÚMPLASE

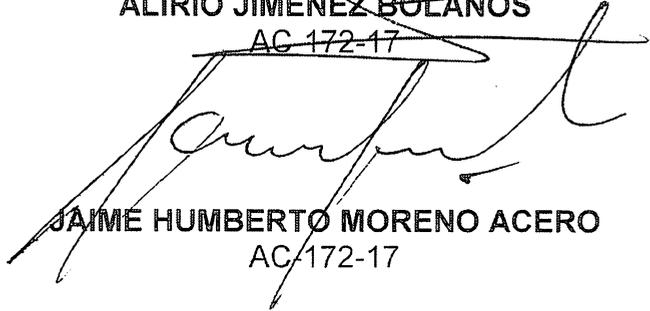
Los Magistrados,



MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO  
AC-172-17



ALIRIO JIMÉNEZ BOLAÑOS  
AC 172-17



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO  
AC/172-17

Fernando Afanador Vaca  
Secretario Sala Penal