

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA PENAL DE DECISIÓN

Cúcuta, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Aprobado con Acta N° 253

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS CONDE SERRANO

1. VISTOS

En esta oportunidad la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la doctora CLAUDIA TERESA GONZÁLEZ DELGADO, defensora del acusado NELSON ENRIQUE ROSSI GARRIDO, contra la decisión dictada por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado, con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, en desarrollo de la audiencia preparatoria, en la cual resolvió no decretar algunas pruebas solicitadas por la defensa y no "excluir" unas "probanzas" que fueron admitidas a favor de la Fiscalía.

2. HECHOS

Se extractan del escrito de acusación presentado por la Fiscalía así:

"origino la presente investigación una declaración jurada con reserva de identidad donde pone en conocimiento la forma en que se hurtan del batallón armamento y munición para luego ser comercializada a grupos delincuenciales. Aporta entre otros el numero celular 3134351182 utilizado por rossi, del que se obtienen conversaciones para el mes de septiembre de 2013, de reclamos por la compra de 30 granadas, pero que no fueron entregadas, la advertencia de un amigo de rosi sobre lo que esta pasando, y la conversación con un militar de faca.

para el día 28 de octubre de 2013 siendo las 20:37 horas una fuente humana, informa que en el barrio Zulima se movilizaba un sujeto en una motocicleta bws roja y negra de placa sls 22c y que al parecer este sujeto trasportaba armas o municiones, de inmediato se alertan las unidades para hacer los respectivos cierres viales, momentos en que realizaban patrullaje de búsqueda interceptan la motocicleta antes relacionada en la manzana 34 del barrio Zulima etapa 2 frente la residencia nomenclatura 11c-10 la cual era conducida por un sujeto que vestía tenis blancos, sudadera negra, camisa tipo polo color negra y de textura robusta, el cual fue identificado como nelson enrique rossi garrido, con c.c 8781389 y al practicar el registro a la motocicleta en que él se movilizaba en el compartimiento o cajón de la misma encuentran un bolso color negro marca ahmik y en el interior de este bolsas plásticas color negro las cuales contenían 52 granadas de fragmentación de cuarenta milímetros de diferentes lotes y años de fabricación, las que resultaron ser propiedad del ejército de Colombia, por lo que la dra. marta lucia miranda quiñonez, con poder otorgado por el ministerio de defensa y del ejército de Colombia instaura denuncia por el hurto de 52 granadas de propiedad del ejército. por este motivo proceden a leerles los derechos del capturado y remitirlo a las instalaciones de la uri".

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 30 de octubre de 2.013, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se efectuaron las Audiencias de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e imposición de Medida de Aseguramiento, con el señor NELSON ENRIQUE ROSSI GARRIDO, consistiendo la imputación en la atribución del delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado, cargo que en ese momento no fue aceptado por el entonces imputado.

El día 23 de febrero de 2.016, la Fiscalía Octava Especializada acusó al mencionado, por la probable ejecución del mismo punible imputado. En virtud de lo anterior, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, celebró audiencia de acusación.

El día 17 de diciembre de 2.016 y dando cumplimiento a la decisión del 09 de noviembre de 2.016, proferida por esta Sala de Decisión, llevó a cabo audiencia preparatoria, resolviéndose en la misma, entre otras cosas, no decretar algunas pruebas solicitadas por la defensa y no "excluir" unas "probanzas" que fueron admitidas a favor de la Fiscalía. Sin embargo, como el Juez de instancia omitió pronunciarse acerca de una solicitud probatoria, esta Corporación decretó la nulidad de la actuación hasta el momento de la decisión en la audiencia preparatoria.

En tal virtud, el Juez de instancia nuevamente convocó a audiencia y el pasado 10 de marzo de 2.017, se pronunció sobre la petición obviada y determinó decretarla a favor de la Defensa.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

Al revisar los registros de audio del día 17 de diciembre de 2.016, se observa que se instaló la audiencia preparatoria dentro del proceso seguido en contra de ROSSI GARRIDO, oportunidad en la cual el Juez decidió negar algunas solicitudes probatorias de la señora Defensora, de la siguiente manera:

SOLICITUD PROBATORIA	DECISIÓN DEL JUEZ
DR <u>MANUEL GUILLERMO SERRANO</u> -MEDICO PSIQUIATRA DE LA CLÍNICA STELLA MARIS MARIS.- "Original del peritazgo sin número de fecha 28/09/2015, expedido por servicios integrales en salud mental ltda- clínica stella maris maris, suscrito y firmado por el Dr. MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO, médico psiquiatra, quien da un diagnóstico del estado de salud mental del acusado. Prueba que considera también esta defensa es necesaria, pertinente, útil y admisible para comprobar la teoría del caso mediante la cual procura probarse la imputabilidad del señor ROSSI GARRIDO, acusado en este asunto.	No se decretó, porque no se solicitó.

✓ DR FABIO QUINTERO UJUETA- MÉDICO PSIQUIATRA DE MEDICINA LEGAL- Solicitó "original del informe pericial No. 093 del 2015 GPPF DSNS, expedido por el instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses de la ciudad de Cúcuta, suscrita por el Dr. FABIO QUINTERO UJUETA, especialista forense, quien da un diagnóstico el estado de salud mental del acusado. Esta prueba es pertinente, útil, admisible y necesaria para ratificar los fundamentos de la teoría del caso que nos ocupa en relación a la inimputabilidad del aquí hoy acusado.	No se decretó, porque no se solicitó.
✓ TESTIMONIO DR BELISARIO VALBUENA TRUJILLO -PSICÓLOGO PERITO DE LA DEFENSA- Dijo la Defensora: "el doctor BELISARIO FERNÁNDO VALBUENA TRUJILLO (...), con él (...) se pretende introducir en juicio el correspondiente contra informe en el que se dará cuenta frente a las declaraciones rendidas por el instituto de medicina legal conforme a informe suscrito por el doctor Fabio Quintero Ujueta y por el médico particular Manuel Guillermo Serrano, médico adscrito a los servicios integrales en salud mental LTDA en la clínica Stella Maris Maris (...), es decir ratificando la credibilidad frente a la inimputabilidad para la época de los hechos del señor ROSSI GARRIDO, ratificando así la teoría de esta defensa en su sentido de demostrar la inimputabilidad que el mismo tenía frente a los hechos. Es conducente, pertinente, útil y necesaria porque como he reiterado el gran fundamento base de la teoría de esta defensa se encuentran las circunstancias de inimputabilidad de quien hoy es acusado".	"frente a este testimonio considera el despacho que debe ser inadmitido, como bien lo dice el representante del Ministerio público en su intervención, ello a que el juicio de pertenencia y conducencia hace referencia a lo siguiente, y se rememora a record 140.56 lo aducido "por la defensa, doctor BELISARIO VALBUENA TRUJILLO (...), con él se pretende introducir en el juicio el correspondiente contra informe en el que se dará cuenta frente a las declaraciones rendidas por el instituto de medicina legal conforme al informe suscrito por el doctor Fabio Quintero Ujueta, y el médico particular Manuel Guillermo Serrano, médico adscrito a los servicios integrales en salud mental (...), es decir ratificando la credibilidad frente a la inimputabilidad para la época de los hechos del señor ROSSI GARRIDO. Así las cosas, ese contra informe de que habla la defensa es solicitado como lo establece la ley 906 como perito de refutación, al no solicitar la defensa el testimonio del médico MANUEL GUILLERMO SERRANO, ni del médico Fabio Quintero Ujueta, pues si bien es cierto los descubrió, al momento de pertenencia, conducencia y utilidad no solicitó estos testimonios, se hace impertinente para el juicio. NO SE DECRETÓ
✓ TESTIMONIO DE LA SUBINTENDENTE SANDRA CARDONA NIETO. - COMANDANTE DEL CAI NIZA- "la cual considera (...) es necesaria, conducente, pertinente, útil y admisible, ya que era la comandante del CAI NIZA para la fecha de los hechos, es quien recibe la información de la fuente humana, es quien asigna el personal para el respectivo operativo de captura e incautación".	"este testimonio No logra la pertenencia y conducencia de la defensa, pues nótese que es también solicitado por la FGN, por ello la defensa en uso del contrainterrogatorio podrá al hacer el mismo, sacar adelante esta pretensión que la quiere como directo. Pues los agentes captores (...) se podrán usar para los fines específicos establecidos en la legislación, esto es para refrescar la memoria del deponente o por el contrario impugnar la credibilidad del mismo". NO SE DECRETÓ

Sobre las solicitudes de exclusión de la Defensa decidió el Juez lo siguiente:

-Solicitó la exclusión del informe suscrito el 24 de octubre de 2013, suscrito por MARIO ESTEBAN BOTELLO VILLAMIZAR, en virtud de que "dicho informe de investigador de campo se encuentra o fue realizado frente a otra noticia criminal", como es la radicada con el N° 540016008780-2013-00054 y "no la que hoy nos ocupa", y frente a esta petición dijo el Juez "cabe resaltar que la Fiscalía en su potestad realiza las investigaciones pertinentes respecto del acá encartado ello corroborándose que ese informe se solicitó por parte de la FGN para que obrara dentro de la investigación que nos ocupa hoy en día, por ello el efecto de falta de autenticidad que echa de menos la defensa conforme a jurisprudencia (...) si la parte interesada cumple con la legalidad eso no torna la prueba ilegal, para su exclusión, no diferenciando la togada entre la cláusula de exclusión y la ilegalidad de la misma, por ello no será de recibo la solicitud".

-También solicitó la exclusión del informe que rindió Irene castillo porque no le fueron descubiertas las audiencias de legalización de la información extraída del celular del acusado y que reposa en ese informe, señaló el Juez que al inicio de la diligencia la

Defensa guardó *"silencio y no estableció que no se le había entregado el control posterior al que hace referencia"*. Por ese motivo no se atendió su solicitud.

-Pidió la Defensa se excluyera el acta de *"incautación de las 52 granadas que fuesen relacionadas dentro del acta de incautación"* porque no se siguió con el protocolo y el Juez indicó lo siguiente: dijo que una prueba no es ilegal porque no reúne los requisitos sino que tendrá que atacarse por falta de *"convicción o persuasión en el juicio público y oral"*, por consiguiente, no accedió a decretar esa exclusión.

5. APELACIÓN

La apoderada del acusado sustentó el recurso de apelación argumentando básicamente lo siguiente:

5.1 Solicitó la Defensa la exclusión del informe suscrito el 24 de octubre de 2013, suscrito por MARIO ESTEBAN BOTELLO VILLAMIZAR, en virtud de que *"dicho informe de investigador de campo se encuentra o fue realizado frente a otra noticia criminal"*, como es la radicada con el N° 540016008780-2013-00054 y *"no la que hoy nos ocupa"*. Lo cual a su juicio viola el principio del non bis in idem y en general garantías fundamentales del acusado.

Dijo que aquí no está acreditada la conexidad con esa noticia criminal y no sabe que *"otro tipo de figura legal sería la que se pretende (...) utilizar para emplear este informe investigador de campo de una noticia criminal completamente ajena a la que hoy nos ocupa"*, además, que la prueba trasladada desapareció en el sistema penal acusatorio.

5.2 También solicitó la exclusión de *"la investigadora Irene castillo"*, pues el informe que se aduce elaboró esta funcionaria, aparece suscribiéndolo otra persona, y *"considera la suscrita que es necesario tener conocimiento de los emp o ef para poder ejercer el litigio profesional. Estoy pidiendo (...) se declare la exclusión porque no tiene correspondencia con la realidad"*.

5.3 Del mismo modo, pidió al formular la alzada que se excluyera el acta de *"incautación de las 52 granadas que fuesen relacionadas dentro del acta de incautación allegado, que es anexo del formato único de incautación de armas de fuego y municiones arrimada con el informe de policía de vigilancia del 29 de octubre de 2013"*. Lo anterior, en virtud de que en el proceso de incautación *"se careció de todo protocolo y garantías y procedimiento necesario"*, porque si bien es cierto hubo una captura en flagrancia en este caso, *"el policía de vigilancia no es el que debió haber hallado, embalado y rotulado y mejor aun realizado cadena de custodia frente a esos elementos. Este primer respondiente debió haber realizado una diligencia de inspección a lugares, según lo indica el protocolo, llamar a policía judicial para la manipulación de este material explosivo"*.

5.4 A su vez indicó, que no le fueron decretados los testimonios de los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA, y del psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, luego entonces, reflexiona y dice que *"en que quedaría fundamentada (...) la petición de inimputabilidad realizada desde la audiencia de acusación, si ellos son las personas idóneas para poder dar luz a este estrado judicial de la inimputabilidad de quien represento"*. Aclaró asimismo, que si bien es cierto tuvo un lapsus linguae al momento de hacer la solicitud del testimonio del psicólogo VALBUENA TRUJILLO, pues indicó que presentaría un *"contra- informe"*, también informó que con esa prueba se ratificaría la inimputabilidad *"de quien represento"*.

5.5 Insistió en que se decrete a su favor el testimonio de Subintendente SANDRA CARDONA NIETO, pues la *"teoría del caso de la defensa es diferente a la de la Fiscalía"* y ella la requiere para que indique específicamente *"el momento de la captura y de las incautaciones en flagrancia"*.

5.6 Igualmente indicó que *"el fallador de instancia dice que inadmite las declaraciones del proceso disciplinario"*, las cuales aclara, no las está solicitando como prueba trasladada, sino que las pretende aducir como *"un documento o evidencia física utilizada con el mismo fin en un proceso diferente"*, para lo cual, recuerda, tendrá que *"autenticarlo"*. (A raíz de la nulidad decretada por la Sala, el Juez de instancia se pronunció al respecto y a través de auto del 10 de marzo de 2.017, decretó esta petición probatoria, que era sobre la cual no se había pronunciado en la determinación que adoptó el 17 de diciembre de 2.016)

En virtud de lo anterior, solicitó revocar la decisión de instancia con fundamento en los anteriores argumentos.

6. NO RECURRENTES

El señor Fiscal en el traslado a no recurrentes explicó lo siguiente:

-En cuanto al informe MARIO ESTEBAN BOTELLO VILLAMIZAR, sostuvo que es cierto que no es una prueba trasladada, pues se trata de un informe rendido dentro de una investigación que se unió a esta por conexidad. Reiteró que la investigación radicada con el N° 540016008780-2013-00054 es *"conexada"* a esta investigación, luego *"no se trata de una violación del principio de non bis in ídem, pues esta investigación se llevó conjuntamente con el actual"*.

-Indicó el representante de la Fiscalía que en lo que tiene que ver con el informe de laboratorio rendido por IRENE CASTILLO el día 19 de noviembre de 2.013, que sostuvo la Defensora no fue suscrito por esa funcionaria, alegó el Fiscal lo siguiente: *"yo siento mucho contradecirla, porque si lo fue, porque entre otras cosas la Fiscalía ha tenido"*

mucho cuidado". Hizo hincapié luego, en que la extracción de la información del celular solo tiene control posterior, en virtud de que no es una base de datos, concretando luego en qué fecha fue practicado dicho control por parte del Juez de Control de Garantías.

-Ahora, en lo que corresponde al acta de incautación, dijo el Fiscal, *"la señora defensora tiene una confusión, no es lo mismo la policía judicial que la de vigilancia"*. Explicó que la policía de vigilancia, que es primer respondiente, realiza capturas, pone en conocimiento los derechos a los aprehendidos e incauta. Acto seguido, manifestó que el acta de que habla la señora defensora no es de recolección y embalaje, se trata tan solo de *"incautación donde el agente de la policía nacional"* incauta lo que encontró, *"simplemente coloca el número de granadas y llama a la policía judicial, la policía de vigilancia está autorizada para incautar, que es muy diferente a embalar"*.

-En lo referente a los testimonios de los *"médicos"*, señaló el Fiscal, que a pesar de que fueron enunciados por la Defensa, cuando fue a explicar la conducencia, pertinencia y utilidad, *"no lo hizo"* y el castigo por tal proceder es rechazarlos, tal y como lo señaló el Legislador.

-Sobre los testimonios de SANDRA CARDONA NIETO, ANTONIO JOSÉ ACEVEDO BENAVIDEZ y HECTOR ZULUAGA, dijo el Fiscal que la Defensora señaló que desea usarlos para su teoría del caso, *"pero tenía que explicar la conducencia y pertinencia, pero con razones diferentes a las dadas por la Fiscalía al momento de la solicitud"*

7. CONSIDERACIONES

6.1 Problemas jurídicos.

Determinar si hay lugar a revocar parcialmente la decisión del Juez de primer grado, modificando la determinación, en el siguiente sentido:

- *"Excluyendo"* algunos actos de investigación (informes de policía judicial y acta de incautación de elementos).
- Decretando algunas pruebas solicitadas por la Defensa, consistentes en el testimonio de la Subintendente SANDRA CARDONA NIETO y las periciales que al parecer rendirán los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA, y el psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, las que se aduce son pertinentes, conducentes y útiles para su teoría del caso.

6.2 Caso Concreto.

Antes de entrar en materia, la Sala debe destacar que la decisión de no excluir una prueba a introducir en el juicio oral admite la apelación, tal y como lo señalara la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹, al concluir que esa determinación si era susceptible de ese recurso, como quiera que *"si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados"*.

En vista de lo anterior, esta Corporación analizará si en efecto lo que la apelante considera como solicitud de exclusiones probatorias tiene esa calidad o si se utilizó inadecuadamente el vocablo de exclusión y ello dio lugar a que el Juez de instancia equivocadamente concediera el recurso de apelación, ya que contra la decisión de admitir una prueba a practicarse en el juicio oral resulta improcedente la impugnación, conforme al criterio del Alto Tribunal en materia penal expresado en el auto AP4812-2016, radicado N° 47469 del 27 de julio de 2.016. Lo anterior, por cuanto si el problema jurídico no corresponde a exclusiones de prueba, no sería procedente el recurso de apelación.

Del mismo modo, debe aclararse, que la exclusión en cuanto a solicitudes probatorias se refiere, solo es viable frente a cuestiones relacionadas con ilicitud (vulneraron de derechos fundamentales), así lo ha entendido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, al sostener lo siguiente: *"Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías"*².

6.2.1. Destacado lo anterior, se entra a analizar el caso concreto, observando la Sala que la Defensora insistió en la *"exclusión"* del informe del 24 de octubre de 2.013, suscrito por MARIO ESTEBAN BOTELLO VILLAMIZAR, como quiera que en *"dicho informe de investigador de campo se encuentra o fue realizado frente a otra noticia criminal"*, como es la radicada con el N° 540016008780-2013-00054 y *"no la que hoy nos ocupa"*, lo cual en criterio de la Sala no es viable, porque ese informe constituye tan solo un acto de investigación, es decir, su contenido solo está relacionado con labores tendientes al perfeccionamiento de la investigación, por ese motivo no es susceptible de exclusión por violación de garantías fundamentales. En tal virtud, en este caso NO procedía la apelación frente a este tópico y a pesar de ello el Juez lo concedió, por consiguiente, la Sala se INHIBIRÁ al respecto.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4812-2016, Radicado N° 47469 del 27 de julio de 2.016, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

² Ibidem.

Sin embargo, a esta Corporación le parece importante hacer énfasis en lo que a continuación se explicará, a efectos de que el Juez de instancia y las partes comprendieran el dinamismo del sistema penal acusatorio.

La Sala debe aclarar que el formato de noticia criminal, los informes de policía judicial y las entrevistas, son actos investigativos que no tienen vocación probatoria, pero pueden ser utilizados en sede de Juicio Oral al practicarse los testimonios de las personas que los suscribieron para refrescar memoria e impugnar credibilidad, y solo basta que los mismos hayan sido debidamente descubiertos por la Fiscalía conforme a lo establecido en la Ley, para que pueden ser utilizados para tales efectos.

Sin duda, suele presentarse que equivocadamente se cree que los documentos que registran los actos de investigación pueden tenerse como "*pruebas*" en el Juicio y es por ello que se solicita su decreto e incluso, como en este caso, su exclusión, pero lo cierto es que tales informes, registros, actos y similares son documentos que registran o certifican actos de investigación y la prueba se constituye como tal, en el Juicio, cuando se rinda el testimonio o se incorpore alguna evidencia obtenida por el investigador.

No puede confundirse ese informe de policía con una prueba documental, pues esta es la que por sí misma, autónomamente, prueba algo, pero ni los informes de Policía Judicial, ni las entrevistas, ni las declaraciones juradas son pruebas documentales, así consten en textos escritos, en videos o similares. Su utilidad es solo como ayuda para refrescar memoria en sede de Juicio o eventualmente, impugnar credibilidad.

Así las cosas, si en este caso la Fiscalía en sede de juicio oral requiere del informe en mención para refrescar memoria o impugnar credibilidad, el Juez evaluará si el mismo puede ser utilizado para tales efectos, pues allí ese Funcionario tendrá que revisar si fue descubierto oportunamente por el representante de la Fiscalía y si en efecto fue realizado cuando se perfeccionaba la investigación en contra de NELSON ENRIQUE ROSSI GARRIDO.

6.2.2. También la Defensora exigió la "*exclusión*" del informe de laboratorio que se refiere a la extracción de información del material incautado, que elaboró "*la investigadora Irene castillo*", porque según dijo esa funcionaria no es quien lo suscribe. Estima la Sala sobre este tópico, que no hay lugar a contemplar la exclusión alegada por la Defensa, fundamentalmente porque el informe de laboratorio hasta este momento *no constituye prueba en sí mismo* y por tal motivo no es susceptible de exclusión. En efecto, el informe como tal, hasta este momento procesal, no es prueba, solo cuando se integre con la declaración del perito en la audiencia de juicio oral se podrá decir que se está frente a una prueba pericial y será susceptible de exclusión.

De modo que, como hasta este momento el informe de laboratorio no puede ser objeto de exclusión por vulnerar garantías de rango constitucional, NO procedía la apelación de cara a este aspecto, de modo que, la Sala igualmente se INHIBIRÁ sobre la impugnación invocada.

No obstante lo anterior, se recalca, que si bien estos informes de los investigadores de laboratorio, deben ser admitidos por ser informes periciales (base de opinión pericial), *estos por si solos no son prueba*, ya que únicamente hasta que se *complementen* con la *versión del perito*, es decir, una vez el experto conteste todas las preguntas del interrogatorio y del contra- interrogatorio realizadas por las partes, en el transcurso de la audiencia de Juicio Oral, celebrada ante el Juez de Conocimiento, se podrá considerar que existe una prueba pericial (unidad: informe pericial y declaración perito) y esa si será susceptible de exclusión.

6.2.3. Del mismo modo, pidió la Defensa al formular la alzada que se excluyera el acta de *"incautación de las 52 granadas que fuesen relacionadas dentro del acta de incautación allegado, que es anexo del formato único de incautación de armas de fuego y municiones arrimada con el informe de policía de vigilancia del 29 de octubre de 2.013"*. Lo anterior, en virtud de que en el proceso de incautación *"se careció de todo protocolo y garantías y procedimiento necesario"*, porque si bien es cierto hubo una captura en flagrancia en este caso, *"el policía de vigilancia no es el que debió haber hallado, embalado y rotulado y mejor aun realizado cadena de custodia frente a esos elementos. Este primer respondiente debió haber realizado una diligencia de inspección a lugares, según lo indica el protocolo, llamar a policía judicial para la manipulación de este material explosivo"*.

Según explicó el señor Fiscal en el traslado a no recurrentes, el acta de incautación de las granadas fue diligenciado por el policía de vigilancia en este caso, es decir, por el primer respondiente. Explicó, que el acta de incautación de que habla la señora defensora no es de recolección y embalaje, se trata tan solo de *"incautación donde el agente de la policía nacional"* incauta lo que encontró, *"simplemente coloca el número de granadas y llama a la policía judicial, la policía de vigilancia está autorizada para incautar, que es muy diferente a embalar"*.

Antes de resolver este punto, es de vital importancia recordar que los actos realizados por los policías de vigilancia a partir del momento en que presuntamente fueron hallaron las granadas en la motocicleta que conducía el acusado, como son captura e incautación de elementos, resultan legítimos, toda vez que esos uniformados, en condición de autoridad, estaban legalmente amparados para llevarlos a cabo, en virtud del estado de flagrancia en que fue encontrado NELSON ENRIQUE ROSSI GARRIDO (artículo 302 Ley 906 de 2.004). En efecto, la captura del acusado, al igual que el aseguramiento de los

elementos materiales probatorios incautados, mientras intervenía policía judicial, se cumplió en virtud de su sorprendimiento en flagrancia y por ello están soportados por los agentes captores.

Visto lo anterior y a pesar de que la Defensora no explicó adecuadamente de qué manera se presentó la vulneración de garantías fundamentales en el acta de incautación de las granadas, la Sala dirá frente a tal petición, que el acta de incautación de elementos, no es prueba, ya que la misma solamente registra lo ocurrido en el procedimiento de incautación del elemento, así pues, el acta de incautación del elemento, solamente sirve para demostrar la legalidad del procedimiento de incautación de las granadas, pero no tiene vocación probatoria, luego no es susceptible de exclusión y por consiguiente, frente a este punto tampoco procedía la apelación.

Es importante reiterar, que el acta de incautación del elemento explosivo no es prueba, en este caso las pruebas serían, el testimonio de quien practicó la incautación del elemento y el elemento incautado al acusado, luego entonces, al no ser prueba el acta de incautación de las granadas, mal podría predicarse que existe una causal para excluirla, por tal motivo, se descarta de plano la solicitud la apelación, por tornarse improcedente. Podría hablarse de excluir los elementos incautados por ilegalidad o ilicitud, nunca del acta, pero lo cierto es que no hay razón alguna para estudiar la posibilidad de exclusión, ya que la incautación en situación de flagrancia fue ajustada a la Ley. Agréguese, que ya en sede de concentradas, se debatió esta situación, pasando el filtro de control de legalidad por el Juez Constitucional.

6.2.4. A su vez indicó la Defensora que no le fueron decretados los testimonios de los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA, y del psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, luego entonces, reflexiona y dice que *"en que quedaría fundamentada (...) la petición de inimputabilidad realizada desde la audiencia de acusación, si ellos son las personas idóneas para poder dar luz a este estrado judicial de la inimputabilidad de quien represento"*. Aclaró asimismo, que si bien es cierto tuvo un lapsus linguae al momento de hacer la solicitud del testimonio del psicólogo VALBUENA TRUJILLO, pues indicó que presentaría un *"contra- informe"*, también informó que con esa prueba se ratificaría la inimputabilidad *"de quien represento"*.

Antes de decidir sobre lo que haya lugar, es importante destacar lo que ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sobre la prueba pericial, así:

"En efecto, tiénese que de acuerdo con el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados."

A los peritos, en lo que corresponda, les serán aplicables las reglas del testimonio. De ahí que el artículo 412 Ibidem disponga su comparecencia al juicio oral y público,

"para que sean interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en audiencia".

Toda declaración de perito, reza el artículo 415 ejusdem, deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. El inciso final del mismo precepto señala que "en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio"³.

Como se puede apreciar, para obtener una prueba pericial, se requiere que con la persona que realizó el informe previo, con fundamento en sus conocimientos científicos y especializados, se lleve a cabo el interrogatorio y contrainterrogatorio en el juicio oral (testimonio). Es decir, que solo una vez cumplido lo contemplado en los artículos 412 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se obtendría una prueba pericial.

Visto lo anterior, la Sala pasa a revisar si hay lugar a revocar la decisión de instancia y en su lugar, a decretar las pruebas periciales que rendirían los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA, y el psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, a favor de la Defensa, así:

En el presente caso al escuchar los registros de audio de la *audiencia preparatoria*, se encontró lo siguiente:

- Se escuchó que la señora Defensora verbalizó que *descubría* y a su vez *enunciaba*, lo siguiente:
 - *"Original del informe pericial no 093 del 2015 GPPF DSNS, expedido por el instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses de la ciudad de Cúcuta, suscrita por el Dr. FABIO QUINTERO UJUETA, especialista forense, quien da un diagnostico el estado de salud mental del acusado".*
 - *"Original del peritazgo sin número de fecha 28/09/2015, expedido por servicios integrales en salud mental Ltda- clínica stella maris maris, suscrito y firmado por el Dr. MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO médico psiquiatra, quien da un diagnóstico del estado de salud mental del acusado".*
 - *"Dictamen pericial del Dr. BELISARIO VALBUENA psicólogo, respecto del estado de salud mental del acusado".*
 - *"Testimonio del doctor MANUEL GUILLERMO SERRANO -médico psiquiatra de la clínica stella maris maris".*
 - *"Testimonio doctor FABIO QUINTERO UJUETA- médico psiquiatra de medicina legal-, excluido".*
 - *"Testimonio del doctor BELISARIO VALBUENA TRUJILLO -psicólogo perito de la defensa-".*

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4442-2014, radicado 41539 del 30 de julio de 2014, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

- En esa misma audiencia, pero en la etapa de solicitudes probatorias, la Defensora pidió las siguientes pruebas para hacerlas valer en el juicio oral, así:

- *"Original del peritazgo sin número de fecha 28/09/2015, expedido por servicios integrales en salud mental ltda- clínica stella maris maris, suscrito y firmado por el Dr. MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO, médico psiquiatra, quien da un diagnóstico del estado de salud mental del acusado. Prueba que considera también esta defensa es necesaria, pertinente, útil y admisible para comprobar la teoría del caso mediante la cual procura probarse la inimputabilidad del señor ROSSI GARRIDO, acusado en este asunto.*

- *"Original del informe pericial No. 093 del 2015 GPPF DSNS, expedido por el instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses de la ciudad de Cúcuta, suscrita por el Dr. FABIO QUINTERO UJUETA, especialista forense, quien da un diagnóstico el estado de salud mental del acusado. Esta prueba es pertinente, útil, admisible y necesaria para ratificar los fundamentos de la teoría del caso que nos ocupa en relación a la inimputabilidad del aquí hoy acusado.*

- *Dictamen pericial del "doctor BELISARIO VALBUENA" psicólogo respecto del estado mental del acusado, elaborado de manera previa, el cual buscará, es conducente, pertinente, útil y necesario en el sentido de ratificar la teoría de esta defensa cual es la inimputabilidad del acusado.*

También en ese espacio procesal (solicitudes probatorias), petitionó lo siguiente: Testimonio de doctor BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, psicólogo *"perito de la defensa"*, sostuvo que con este testigo *"(...) se pretende introducir en juicio el correspondiente contra informe en el que se dará cuenta frente a las declaraciones rendidas por el instituto nacional de medicina legal conforme a informe suscrito por el doctor Fabio Quintero Ujueta y por el médico particular Manuel Guillermo Serrano, médico adscrito a los servicios integrales en salud mental LTDA en la clínica Stella Maris Maris (...), es decir ratificando la credibilidad frente a la inimputabilidad para la época de los hechos del señor ROSSI GARRIDO, ratificando así la teoría de esta defensa, en su sentido de demostrar la inimputabilidad que el mismo tenía frente a los hechos. Es conducente, pertinente, útil y necesaria porque como he reiterado el gran fundamento base de la teoría de esta defensa se encuentran las circunstancias de inimputabilidad de quien hoy es acusado"*. Respecto de esta prueba, aclaró la Defensora al sustentar la apelación que si bien es cierto tuvo un lapsus linguae al momento de hacer la solicitud del testimonio del psicólogo VALBUENA TRUJILLO, pues indicó que presentaría un *"contra-informe"*, también informó que con esa prueba se ratificaría la inimputabilidad *"de quien represento"*.

- El Juez de instancia no accedió a decretar las dos primeras solicitudes, porque a su juicio no hubo *"solicitud probatoria"*. En cuanto al testimonio del doctor BELISARIO FERNÁNDO VALBUENA TRUJILLO, dijo lo siguiente:

"(...) debe ser inadmitido, como bien lo dice el representante del Ministerio público en su intervención, ello a que el juicio de pertenencia y conducencia hace referencia a lo siguiente, y se rememora a record 140.56 lo aducido "por la defensa, doctor BELISARIO VALBUENA TRUJILLO (...), con él se pretende introducir en el juicio el correspondiente contra informe en el que se dará cuenta frente a las declaraciones rendidas por el instituto de medicina legal conforme al informe suscrito por el doctor Fabio Quintero Ujueta, y el médico particular Manuel Guillermo Serrano, médico adscrito a los servicios integrales en salud mental (...), es decir ratificando la credibilidad frente a la inimputabilidad para la

época de los hechos del señor ROSSI GARRIDO. Así las cosas, ese contra informe de que habla la defensa es solicitado como lo establece la ley 906 como perito de refutación, al no solicitar la defensa el testimonio del médico MANUEL GUILLERMO SERRANO, ni del médico Fabio Quintero Ujueta, pues si bien es cierto los descubrió, al momento de pertenencia, conducencia y utilidad no solicitó estos testimonios, se hace impertinente para el juicio”, siendo estas las razones para no decretar estas probanzas.

- Frente a tal determinación, sostuvo la Defensora que interponía el recurso de apelación y al sustentarlo expuso lo siguiente: Que no le fueron decretados los testimonios de los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA, y del psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO, luego entonces, *“en que quedaría fundamentada (...) la petición de inimputabilidad realizada desde la audiencia de acusación, si ellos son las personas idóneas para poder dar luz a este estrado judicial de la inimputabilidad de quien represento”*. Aclaró en el recurso, que si bien es cierto tuvo un lapsus linguae al momento de hacer la solicitud del testimonio del psicólogo VALBUENA TRUJILLO, pues indicó que presentaría un *“contra-informe”*, también informó que con esa prueba se ratificaría la inimputabilidad *“de quien represento”*.

De lo anterior, se concluye lo siguiente:

Que la Defensa descubrió y enunció los informes periciales y los testigos peritos, sin embargo, cuando fue a hacer las solicitudes probatorias solo indicó que peticionaba lo siguiente: *“Original del peritazgo sin número de fecha 28/09/2015, (...) suscrito y firmado por el Dr. MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO, médico psiquiatra (...) original del informe pericial No. 093 del 2015 GPPF DSNS, (...), suscrito por el Dr. FABIO QUINTERO UJUETA, especialista forense”*, es decir, tan solo solicitó los informes, sin requerir la comparecencia al juicio oral y público de los profesionales que los rindieron, para que fueran interrogados y contrainterrogados en relación con esos informes, lo cual no puede suceder en ningún caso, sin excepción, porque se resquebrajaría la dinámica del sistema acusatorio, no obstante lo anterior, por la importancia que tiene la prueba pericial para la Defensa en este asunto, ya que desde la audiencia de acusación viene planteando que su teoría del caso va dirigida a acreditar que su cliente es inimputable (pertinencia) y dando aplicación a lo señalado en el artículo 414⁴ del estatuto procedimental, se ordenará que comparezcan los peritos, es decir, los doctores MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO y FABIO QUINTERO UJUETA, que son quienes suscriben los informes en comento, a efectos de recaudar la prueba pericial solicitada.

⁴ Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, dice: “Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurren a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados”.

En efecto, a pesar de lo desordenada que fue la Defensora cuando se cumplió ese acto procesal, en grado mínimo explicó que las pruebas periciales son de vital importancia para establecer la salud mental del acusado al momento de ocurrencia de los hechos (Tema de prueba: pertinencia), por tal motivo, para la Sala deben decretarse, máxime si se tiene en cuenta que desde la audiencia de formulación de acusación la Defensora informó que iba a hacer uso de la inimputabilidad.

En consideración a lo anterior, se REVOCARÁ la decisión de instancia, ordenándose la comparecencia de los doctores MANUEL GUILLERMO SERRANO TRUJILLO y FABIO QUINTERO UJUETA, a efectos del recaudo de las pruebas periciales solicitadas por la Defensa.

Resuelto lo anterior, se pasa ahora a verificar lo referente a la prueba pericial que pueda recaudarse con el psicólogo BELISARIO FERNÁNDO VALBUENA TRUJILLO. En este caso dijo la defensa que solicitaba el "dictamen pericial" y el testimonio del "doctor BELISARIO FERNÁNDO VALBUENA TRUJILLO" pues *"con él (...) se pretende introducir en juicio el correspondiente contra informe"* a efectos de ratificar *"la credibilidad frente a la inimputabilidad para la época de los hechos del señor ROSSI GARRIDO, ratificando así la teoría de esta defensa en su sentido de demostrar la inimputabilidad que el mismo tenía frente a los hechos. Es conducente, pertinente, útil y necesaria porque como he reiterado el gran fundamento base de la teoría de esta defensa se encuentran las circunstancias de inimputabilidad de quien hoy es acusado"*, aclarando en sede de apelación que si bien es cierto tuvo un lapsus linguae al momento de hacer la solicitud del testimonio del psicólogo VALBUENA TRUJILLO, pues indicó que presentaría un *"contra- informe"*, también informó que con esa prueba se ratificaría la inimputabilidad *"de quien represento"*, a partir de lo anterior extracta la Sala, se trata de una prueba pericial, la que viene siendo *pertinente* para acreditar el tema de prueba de la Defensa (inimputabilidad) y por ende, hace viable su decreto.

Sin duda, se insiste, a pesar de que la defensa fue desorganizada al momento de hacer esa solicitud probatoria, cumplió *mínimamente* con la carga de demostrar la pertinencia de esa probanza pericial y por consiguiente, como se dijo, se decretará a su favor, en el entendido de que es una prueba pericial que debe estar precedida del respectivo informe (base de opinión pericial).

6.2.5. En sede de solicitudes probatorias la Defensa solicitó el testimonio de la Subintendente SANDRA CARDONA NIETO, ya que a su juicio esa prueba *"es necesaria, conducente, pertinente, útil y admisible, ya que era la comandante del CAI NIZA para la fecha de los hechos, es quien recibe la información de la fuente humana, es quien asigna el personal para el respectivo operativo de captura e incautación"*. Al sustentar la apelación, insistió en que se decrete a su favor el testimonio de la Subintendente en

comento, pues la *"teoría del caso de la defensa es diferente a la de la Fiscalía"* y ella la requiere para que indique específicamente "el momento de la captura y de las incautaciones en flagrancia".

Como este testimonio ya fue decretado a favor de la Fiscalía, es importante destacar lo que ha dicho el Alto Tribunal en materia penal, sobre los testigos comunes, así:

"Sobre este tema, en CSJ AP, 13 Abr 2016, Rad. 43921, la Sala sostuvo que "No se puede pasar por alto que la solicitud de pruebas en común es una situación plenamente viable y aceptable en el marco del proceso penal acusatorio, ello siempre y cuando las partes expresen dónde radica según su teoría del caso, la pertinencia y conducencia de la prueba solicitada, planteando claramente cuál es el objetivo de misma...."

(...)

El derecho del fiscal y la defensa respecto de la prueba común desarrolla los fundamentos de los incisos 1º y 2º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra forma se complementa el derecho que se les reconoce a solicitar "las pruebas que requieran para sustentar su pretensión" y la libertad para ofrecer en la preparatoria los medios que sustenten su teoría del caso y controvertir los allegados al juicio (artículos 373 y 378 ibídem). (CSJ AP 896-2015)" (las negritas fuera del texto original)⁵.

Como se puede apreciar, en este sistema de enjuiciamiento criminal es viable la solicitud de una prueba en común; sin embargo, cuando se solicita como propio un medio de prueba que ya fue solicitado por la contraparte para ciertos y determinados efectos, se corre con la carga de argumentar que se necesita para demostrar en juicio su particular teoría del caso (pertinencia y conducencia), es decir, para sustentar su pretensión o estrategia defensiva, cuando es la Defensa quien la está peticionando.

En el caso concreto, el Fiscal en la audiencia preparatoria cuando hizo la solicitud probatoria respecto del testimonio de la Subintendente SANDRA CARDONA NIETO, que la realizó en conjunto con la de los policiales Antonio José Acevedo Benavidez y Héctor Zuluaga Rodríguez, indicó que los mencionados eran *"miembros de la policía nacional, adscritos en ese entonces al CAI de Niza, fungen como agentes captores de tal manera que pueden dar fe sobre todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se llevó a cabo la aprehensión del señor Nelson Enrique Rossi Garrido, sino también sobre la incautación de algunos elementos como un teléfono celular, que repito fue objeto de análisis, pero en especial de las 52 granadas a él encontradas, van a dar un testimonio directo sobre esas circunstancias, de tal manera (...) que le darán a la audiencia una claridad sobre lo que sucedió durante esa aprehensión y cuál fue el procedimiento empleados durante y después de la misma (...)"*.

A su turno, la Defensora requirió el testimonio de la Subintendente SANDRA CARDONA NIETO, por las siguientes razones: explicó que era *"la comandante del CAI NIZA para la fecha de los hechos, es quien recibe la información de la fuente humana, es quien asigna el*

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4516-2016, Radicación N° 48125 del 13 de julio de 2.016, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

personal para el respectivo operativo de captura e incautación” y al sustentar la apelación, insistió en el decreto del medio de prueba, porque la “teoría del caso de la defensa es diferente a la de la Fiscalía” y ella lo requería para que indicara específicamente “el momento de la captura y de las incautaciones en flagrancia”.

Como se puede apreciar la señora Defensora no explicó en que iba a consistir o cual era su teoría del caso cuando invocó esta solicitud probatoria, a efectos de demostrar la pertinencia y conducencia de la prueba testimonial solicitada. Sin duda, no explicó cuál era el propósito de esa prueba frente a su particular teoría del caso, por ese motivo no se accederá a decretar dicha prueba a la Defensa, máxime si se tiene en cuenta que solo dijo que requería de ese testimonio para que la Subintendente CARDONA NIETO indicara específicamente “*el momento de la captura y de las incautaciones en flagrancia*”, lo cual, según sostuvo el Fiscal, fue la intención para solicitar la declaración de esa policial, luego se tornaría *repetitivo* el testimonio, pues sería para abordar temas sobre los que la Fiscalía tiene previsto interrogar.

Por último, destáquese que al momento de solicitar las pruebas periciales, la Defensa expuso que su teoría del caso estaba dirigida a acreditar la inimputabilidad de su cliente, pero lo informado por la Defensa al solicitar el testimonio de la Subintendente SANDRA CARDONA, no permite considerar que la misma se torna pertinente para corroborar la misma, porque según dijo la Defensora el objeto de la misma (testimonio) es que informe las circunstancias que rodearon “*el momento de la captura y de las incautaciones en flagrancia*”, lo cual dista de la inimputabilidad que se piensa al parecer demostrar (teoría del caso). Por todas estas razones, se negará la práctica de esta prueba testimonial.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA -SALA PENAL DE DECISIÓN-,

RESUELVE

Primero: INHIBIRSE de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia de “*no excluir*” actos de investigación.

Segundo: CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión objeto de apelación, en virtud de que se decretan unas pruebas a favor de la Defensa, tal y como se expuso en las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: ORDENAR la práctica de las periciales con los médicos MANUEL GUILLERMO SERRANO y FABIO QUINTERO UJUETA y el psicólogo BELISARIO VALBUENA TRUJILLO.

DELITO: FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO RESTRINGIDO, O EXPLOSIVOS AGRAVADO

En lo demás se mantiene incólume la decisión de instancia.

Cuarto: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Quinto: Por la Secretaría de la Sala, OFÍCIESE comunicando de este auto a los sujetos procesales. Devuélvase la actuación al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JUAN CARLOS CONDE SERRANO



LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA



EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA



OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaria Sala Penal



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia