



TRÁFICO FARICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/ IMPUTACIÓN FÁCTICA... Independientemente de que la imputación fáctica se considere como un presupuesto o como un elemento del tipo penal, lo que sí resulta imperioso es poder atribuir a una persona como suyo un determinado comportamiento que le ha de acarrear consecuencias jurídicas...”

TRÁFICO FARICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/ DUDA/...”como toda duda insalvable debe resolverse a favor del procesado, resulta evidente afirmar que el Estado no desvirtuó la presunción de inocencia del aquí acusado. El art. 29 constitucional señala que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable y dicha norma es desarrollada por el art. 7º del C. de P.P. que preceptúa que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado...”



SENTENCIA 065

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2016-0012-01

Procesado: Nelson Mallma Rojas

Delito: Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **081 de junio 23 de 2017**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja **julio cuatro (4) de dos mil diecisiete (2017). Hora: nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.).**

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de 30 de noviembre de 2015 mediante la cual el Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja absolvió a Nelson Mallma Rojas del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, agravado.

HECHOS

El 28 de mayo de 2013, luego de inspección a internos de la penitenciaría el Barne, el auxiliar Jefferson Fontecha Rubio informó que en el registro al pabellón 8, celda 33 del segundo piso ocupada por el interno Nelson Mallma Rojas, observó un hueco en la parte superior izquierda de la pared del fondo y abrió otro en la parte posterior de la pared para sacar los elementos y encontró una carcasa para celular Nokia que contenía una sustancia en polvo color blanco con características similares a la cocaína,

que a la postre arrojó peso neto de cuarenta y tres punto veintisiete gramos (43.27) gramos, resultado positivo para cocaína y sus derivados.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Nelson Mallma Rojas se identifica con la cédula de ciudadanía 1.023.870.204 de Bogotá, nació el 20 abril 1987 en esa ciudad, es hijo de María Silva Rojas y Nelson Mallma Ñaupure, tiene piel trigueña, mide unos 70 de estatura y es delgado.

ANTECEDENTES PROCESALES

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita con funciones de control de garantías el 29 de mayo de 2013 se legalizó la captura en flagrancia de Nelson Mallma Rojas, ocurrida el 28 de mayo de ese año. En la misma fecha la fiscalía le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, conforme al art. 376-2 del C.P., cargos que no aceptó.

El 31 de mayo de 2013 se presentó escrito de acusación y las diligencias se repartieron al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja. El 20 de agosto de 2013 se surtió la audiencia de formulación de acusación; la audiencia preparatoria se realizó durante los días 16 de octubre de 2013, 18 de febrero y 11 de julio de 2014. El Juicio Oral se adelantó el 23 de abril, 8 de julio, 28 de septiembre y 30 de noviembre de 2015, anunciándose a su finalización sentido de fallo absolutorio, profiriendo enseguida la sentencia que se leyó.

La fiscalía interpuso recurso de apelación que sustentó por escrito dentro del término legal.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

Consideró el a quo que existía duda por cuanto si bien es cierto que en la celda donde estaba recluido Nelson Mallma Rojas fueron encontrados elementos de ilícita tenencia en el penal, como carcasa para celular y estupefacientes, también lo es que no se tiene conocimiento cierto que la sustancia hallada perteneciera al acusado y lo único que lo vincula es ocupar la celda donde se encontraron dichos elementos. Téngase en cuenta que no se probó que la sustancia le perteneciera y que llevaba menos de dos meses en la celda, no pudiéndose establecer que el dueño era el que ocupaba antes la celda o el de la celda posterior. Además, cuando registraron la celda donde se encontraba el acusado, no existían huecos en las paredes y fueron los policiales quienes los abrieron y hallaron la sustancia estupefaciente.

Aceptar que el acusado es el dueño de los estupefacientes solo por estar recluido en la celda donde se encontraron implicaría amparar una presunción de responsabilidad ajena al derecho penal y aunque existe un hecho indicador, no se corroboraron debidamente las circunstancias en que se halló el estupefaciente. Existe un testigo que favorece al acusado, quien dice que los policías abrieron dos huecos en la pared y en el muro de la celda posterior se mostró que también aparecían dos huecos, circunstancia que permite deducir que se judicializó a una persona equivocada.

Puede ser cierto que el acusado tuviera aparatos de telefonía celular en la celda pero por esa razón no se le judicializó y por ello tampoco puede concluirse que portaba los estupefacientes. Tampoco se probó que el acusado tuviera relación directa con los elementos incautados, por lo que

no pueden derivarse consecuencias del obrar típico y menos considerar su lesividad.

2.- Del motivo de impugnación.

La fiscalía pretende la revocatoria de la sentencia absolutoria y que en su lugar se emita una de carácter condenatorio, con los siguientes argumentos:

Sí se demostró que Nelson Mallma Rojas conservaba encaletado en un hueco de su celda el estupefaciente y como era el único ocupante tenía el dominio y cuidado de ese lugar. Por tanto era quien conservaba la sustancia incautada el 28 de mayo de 2013 y los aparatos celulares, elementos que mantenía ocultos para evitar que la guardia hallara los elementos prohibidos.

En anteriores oportunidades se le incautó a Nelson Mallma Rojas, dentro de huecos que abría en la celda que ocupaba, elementos prohibidos, como aparatos de comunicación, por lo que se le disciplinó. El investigador de la defensa Salomón Edgar Espejo señala que uno de los 3 huecos que halló en la pared de la celda del interno fue hecho por este mismo para guardar aparatos de telefonía celular, aspecto no tenido en cuenta por el a quo.

No es cierto que la celda 33 del patio 8, pasillo 1b, donde se encontraba Nelson Mallma Rojas, tenga comunicación con otras celdas, como quiso hacerlo creer la defensa, concretamente con la 6, pues esta queda en el pasillo 1 A y en sentido diagonal a la 33, pues cada pasillo tiene su pared y un hueco por donde van las cañerías, lo que desvirtúa lo dicho por la defensa.

Se demostró que los elementos ilícitos los conservaba Nelson Mallma Rojas en su celda, que era la número 33, siendo su tenedor y cuidador.

No es cierto que Miguel Ángel Sánchez, vecino de celda de Nelson Mallma Rojas, hubiera presenciado cuando le registraron a este la celda, pues simultáneamente se registró la celda del testigo y debía estar pendiente del registro de su celda y no de la de sus compañeros, no pudiendo desconocerse que escuchó lo que ocurría en la celda 33 pero no presenció directamente su registro. Además ningún otro interno, diferente a los de las celdas 33, 34 y 36, presenciaron el registro que se efectuó el 28 de mayo de 2013.

Logró demostrarse que la sustancia encontrada en la celda 33 ocupada por Nelson Mallma Rojas, es cocaína en cantidad de 43.27 gramos, encaletada dentro de un hueco, no existiendo duda de la tipicidad, responsabilidad y culpabilidad de la conducta del acusado.

3.- Argumentos de los no recurrentes.

La defensa del acusado pide se mantenga incólume la sentencia absolutoria dadas las razones expuestas por el a quo, por existir duda. Critica que Jefferson Fontecha Rubio, principal testigo de la fiscalía, no hubiera realizado adecuadamente el procedimiento de requisa a la celda 33 de Nelson Mallma Rojas, pues en el mismo duró más de 40 minutos, rompiendo la pared y no lo filmó ni fijó fotográficamente ni garantizó la cadena de custodia, a más que en ese momento no estaba presente agente de policía judicial.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS

1.- Pruebas de la Fiscalía

1.1. Gilberto Rojas Jiménez (21' audio 1, día 1 juicio oral)

Es técnico investigador del C. T. I. de la Fiscalía. Se refiere a las labores investigativas que realizó en este caso, siguiendo órdenes de policía judicial, como recepción de entrevistas o verificación de la celda donde estaba recluso el acusado.

1.2. Leonardo Rodríguez Cortés (49' audio 1, día 1 juicio oral).

Está privado de la libertad en el patio 8 de El Barne purgando pena de prisión, desde hace cerca de 10 años. El 28 de mayo de 2013 estaba recluso en la celda 6 del patio 8, recordando que ese día hicieron una requisa pero por la parte de atrás, por la B y no por la 1, enterándose al otro día que en esa requisa encontraron unos elementos, ignorando en qué celda. La celda que ocupaba no tenía comunicación con las de la parte de atrás. Desconoce quién ocupaba la celda 33 para el 28 de mayo de 2013, afirmando que en ese lugar había estado un señor de apellido Ávila. La distancia entre la celda 6 y la 33 es de 50 metros si se da la vuelta y si es al frente, diagonal, por ahí 2 metros, aclarando que su celda no se comunicaba con la 33 y tampoco se encontraban huecos que comunicaran con otra celda. Tampoco desde su celda podía comunicarse directamente con otras. Ha visto al interno Nelson Mallma Rojas y lo ha oído mencionar, ignorando qué celda ocupaba, compartiendo alguna vez el patio 8, sin tener inconveniente con él. El 30 de mayo de 2013 Nelson Mallma Rojas se subió a una plancha, como presionando, diciendo que se iba a matar, por lo que la guardia le pidió el favor de ayudarlo a bajar para evitar que se suicidara, pues estaba diciendo que algo era del declarante y no de él. El 30 de mayo de 2013 le dijo a Nelson Mallma Rojas que se bajara, que cualquiera cosa solucionaban el problema y que él se haría cargo de esa vaina. No sabe por qué Nelson Mallma Rojas dice que la sustancia que se le incautó el 28 de mayo de 2013 era del declarante, pues no le han encontrado nada pues está en la celda 6 que queda por la parte de atrás, no pudiendo señalar de quién es. Nelson Mallma Rojas estaba recién llegado a ese patio, hacía unos 20 días. Ignora por qué el acusado decía

que lo encontrado en su celda pertenecía al declarante. Nelson Mallma Rojas no le dijo por qué quería quitarse la vida el 30 de mayo de 2013, hechos que presenciaron todos los internos allí presentes. Después se enteró que lo hallado en la celda del acusado era droga, pero no lo sabía.

Contrainterrogado por la defensa dice que a su celda entra por el pabellón A, siendo una celda normal, cuadrada, con lavamanos, pintada de blanco y el baño de verde. No colinda con la 33 sino que queda diagonal a ella. Al presentársele una entrevista o interrogatorio que rindió el 25 de mayo de 2013, para impugnar credibilidad, acepta que allí dijo que distinguía a Nelson Mallma Rojas.

En el re directo de la fiscalía dice que la celda 33 del patio 8 no queda detrás de la celda 6, sino diagonal.

1.3. Adrián Edgardo Rojas (1 h 20' audio 1, día 1 juicio oral).

Es funcionario del C. T. I., desempeñándose como investigador y perito de sustancias psicoactivas – PIPH. Le hizo análisis a una sustancia que le fue entregada con su respectiva cadena de custodia, diligencia en la que estuvo presente Nelson Mallma Rojas y firmó el informe, manifestando que también se le señaló qué proceso iba a seguirse, apreciando que estaba tranquilo y no manifestó ninguna novedad especial. La prueba de PIPH realizada arrojó prueba preliminar positiva para cocaína y sus derivados, pesando la sustancia 51.08 gramos brutos y 43.27 gramos netos. De la sustancia se tomó muestra para enviar al laboratorio de química del nivel central para que ellos en forma técnica establezcan a qué sustancia correspondía. La confiabilidad de la prueba PIPH es del 100%.

Contra interrogado por la defensa se refiere a aspectos relacionados sobre su experiencia como perito, a la forma como realiza las pruebas PIPH, a

la cadena de custodia existente en los elementos materiales probatorios sobre los que hizo el análisis.

En el re directo de la fiscalía dice que el 28 de mayo de 2013 recibió para estudio un contenedor plástico, embalado, rotulado con cadena de custodia, al que le hizo estudio de PIPH. En el contenedor habían 21 bolsas plásticas o papeletas y dentro de estas una sustancia en polvo, sobre la que se hizo el análisis.

Preguntado por el Juez reitera que a la sustancia que le llevaron sí se le hizo el análisis, pero hizo falta una parte del relato de la cadena de custodia donde está la descripción del elemento.

Con teste testigo la fiscalía incorporó:

- Informe de investigador de campo FPJ-11 de 29 de mayo de 2013 como Pericia 1 de la Fiscalía (Folio 1 cuaderno pruebas anexas). Corresponde a la prueba de PIPH realizada a la sustancia encontrada el día de los hechos, que pesó 43.27 gramos netos, concluyendo la existencia de prueba preliminar positiva para cocaína y sus derivados.

1.4. Humberto Fabián Salcedo Olivero (1' audio 2, día 1 juicio oral)

Es Dragoneante del INPEC y pertenece a la unidad de policía judicial del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cómbita. El 28 de mayo de 2013 no participó en operativos realizados en el centro carcelario de mediana seguridad pero sí estuvo en la diligencia de prueba de PIPH de 29 de mayo de 2013 sobre una sustancia incautada el día anterior, señalando que Nelson Mallma Rojas en esa oportunidad estaba tranquilo y firmó, sin hacer manifestación alguna. Sobre hechos del 30 de mayo de 2013 dice que en la mañana, en el establecimiento de mediana, le dijeron que había un interno en la terraza del patio 8 que amenazaba con suicidarse. Al llegar vio a Nelson Mallma Rojas con una soga atada a su

cuello y a una lámpara, diciéndole que se le hiciera una filmación en donde al parecer había una persona que se haría cargo del estupefaciente que se halló en la celda el día 28 y que si no lo filmaban se arrojaba. Dice el testigo que estuvo filmando la situación y escuchó a unos internos decir que llamaran a un tal Rodríguez. Luego el señor accedió a quitarse la ropa y bajar al piso 3 a donde llegó el interno Leonardo Rodríguez, señalando que los internos le dijeron que subiera para hacerse cargo de la droga para que el señor Mallma no se suicidara. Leonardo Rodríguez y Nelson Mallma Rojas no hablaron, diciendo el primero que otros internos le dijeron que subiera y se echara la culpa para que el otro no se suicidara. No se enteró del procedimiento del 28 de mayo de 2013, diciendo que a Nelson Mallma Rojas le incautaron unos elementos que peritados arrojaron positivo para cocaína y sus derivados.

Contrainterrogado por la defensa dice que filmó los sucesos del 30 de mayo de 2013, señalando que Leonardo Rodríguez dijo que unos internos le dijeron que subiera para que dijera que la droga era suya y así el interno Mallma no se arrojara al vacío o se suicidara. Sin embargo no le consta que los internos le hubieran dicho eso y sí lo que Leonardo Rodríguez le dijo cuando habló con él. Acepta que Nelson Mallma Rojas y Leonardo Rodríguez hablaron algo, como quedó en el video. También dice que a la prueba de PIPH se llevaron dos contenedores y se pesaron 21 papeletas. Explica que los elementos se embalan de acuerdo al tiempo de incautación. Si son en uno solo se embalan en un contenedor, si son varios tiempos se hace en varios contenedores.

En el re directo de la fiscalía dice que el 29 de mayo de 2013 recibió la evidencia embalada, con cadena de custodia y acta de incautación, procediendo luego a realizar el peritaje en presencia de Nelson Mallma Rojas.

1.5. Juvenal Prieto Alfonso (32' audio 2, día 1 juicio oral).

Es Inspector Jefe del INPEC en la Penitenciaría de Alta de Seguridad de Cóbbita, en El Barne. El 28 de mayo de 2013 laboraba como oficial de servicio de una compañía en El Barne y estuvo en un operativo en el pasillo 1B donde se revisaron algunas celdas y se incautaron unos elementos ilícitos que habían en la celda 33, perteneciente al patio 8 que consta de 6 pasillos. El operativo se inició a las 8:00 pm más o menos y la incautación se produjo a eso de las 8:45 pm estando ahí la unidad de policía judicial, el Dragoneante Ricardo Ferreira, auxiliares bachilleres y dragoneantes disponibles en número de 8 aproximadamente. Su actividad era controlar que se hiciera bien el trabajo, estar pendiente de que se rindan los informes, que no se altere el orden interno y que lo incautado siguiera su trámite normal, señalando que lo incautado en la celda 33 se entregó a la policía judicial para lo pertinente. Explica que desde las 5:00 pm los internos deben estar en las celdas, que son cerradas y con una entrada a la puerta. La celda 33 era ocupada por Nelson Mallma Rojas el día del operativo y la registraron dos unidades de auxiliares, recordando que el auxiliar bachiller Fonteche fue quien incautó un paquete que al parecer contenía narcóticos y otro auxiliar le reportó haber hallado unos elementos de comunicación que eran un celular y cree que un cargador. Estuvo al frente de la celda y en el pasillo, encontrándose el interno Mallma Rojas dentro de la celda. El auxiliar le informó que los elementos hallados estaban en un hueco de la pared de la celda, señalando que las celdas no tienen comunicación con otras celdas, pues son cerradas, la parte de atrás limita con un espacio donde pasan tuberías de aguas negras y otro bloque de celdas. Las celdas 6 y 33 quedan por el primer pasillo y por el pasillo 1 B al respaldo, respectivamente, existiendo entre las dos una distancia grande. Refiere que el interno Nelson Mallma Rojas decía que otro interno se haría cargo de los elementos hallados, menos del teléfono celular porque sobre este elemento sí firmó el acta de incautación. Que el 30 de mayo de 2013 vio que Nelson Mallma Rojas apareció en la terraza del patio 8, a unos 30 metros del piso, sentado en el borde con una soga que había construido atada a una lámpara y amenazaba con lanzarse. En

medio de la confusión no permitía que se le acercaran. El capitán ordenó que hablara con él, que insistiera con la unidad de policía judicial, filmando siempre lo que se hablaba. En ese momento el interno solicitó a otro que estaba abajo, subió un interno que accedió a hablar con él y cuando bajó en el tercer piso cree que hicieron una grabación con el Dragoneante Salcedo. El interno que subió lo llamaron los internos, quienes le dijeron que subiera y hablara con Nelson Mallma Rojas para que no se matara, recordando que se llamaba Leonardo. La unidad de policía después le informó que quedó grabado que el otro interno le dijo a Nelson Mallma Rojas que eso era de él y que los internos del patio lo enviaron para que hablara con él y lo convenciera de desistir de suicidarse. El 28 de mayo de 2013 Leonardo Rodríguez no estaba en el operativo porque pertenecía a otro pasillo.

Contrainterrogado por la defensa dice que los auxiliares bachilleres tienen capacitación de 3 meses en asuntos relacionados con actividades de seguridad, tratamiento y apoyo a las unidades de guardia. Refiere que la celda 33 es de aproximadamente 2.5 x 2.7 m. Al momento del registro había 2 auxiliares de policía y cuando uno de ellos informó el hallazgo ya estaba la unidad de policía judicial. No recuerda si al momento del operativo Nelson Mallma Rojas salió de la celda al pasillo. El auxiliar Fontecha que halló los elementos le dijo que estaban en un hueco de una pared de la celda, hacia donde estaba el baño, viendo solo un orificio en la pared. Cuando el auxiliar informa de algo ilícito entonces destina la unidad de policía judicial para que se encargue de esa situación, encontrándose solo el Dragoneante Ferreira como policía judicial, no viendo que tomara fotografías del interior de la celda. A Nelson Mallma Rojas anteriormente se le habían incautado otros elementos de comunicación. Explica que no hay forma de comunicación entre la celda 6 y la 33, siendo sus únicas vías de acceso la ventana y la puerta y si hay otros orificios estos son hechos por los mismos internos para encaletar cosas ilícitas.

En el re directo de la fiscalía dice que entre las celdas 6 y 33 del patio 8 no hay comunicación directa, pues hay dos paredes que limitan los dos pasillos y entre las dos celdas hay varias celdas por medio y habría varias paredes.

1.6. Ricardo Alberto Ferreira Ramírez (audio 5, día 1 juicio oral).

Es Dragoneante del INPEC y cumple funciones de policía judicial. El 28 de mayo de 2013 estaba en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cóbbita disponible para funciones de policía judicial, participando en un operativo que se hizo en horas de la noche, ordenado por el inspector jefe Prieto y realizado por varios auxiliares. El operativo se inició como a las 8:00 pm, eligiéndose un pasillo al azar para hacerlo, siendo su función acompañar. Recuerda que esa noche fue llamado a la celda 33 donde estaba el auxiliar Fontecha, quien le entregó unos elementos de comunicación y estupefacientes que había encontrado encaletados en un hueco de la pared de la celda. En el momento de la inspección no estuvo dentro de la celda que ocupaba Nelson Mallma Rojas.

Contrainterrogado por la defensa dice que estuvo en el operativo, no tomó fotografías de la celda donde se hallaron los elementos materiales probatorios y que los colocó en un solo contenedor, sometiéndolos a cadena de custodia. Al ponerle de presente la cadena de custodia dice que la diligenció el 28 de mayo de 2013, recibiendo los elementos materiales probatorios de manos del auxiliar Fontecha, quien los encontró, procediendo a recolectarlos y embalarlos.

Interrogado por el Juez dice que no fijó fotográficamente el sitio donde estaban los elementos porque ya habían sido extraídos del lugar donde estaban. El auxiliar le dijo cómo los había visto y en dónde estaban, diciéndole que observó por un hueco que estaba en la parte superior de la celda y al fondo, en la parte de atrás, estaban los elementos; en el fondo

de la celda, parte superior izquierda. Añade que el hueco se observaba pero no lo fijó fotográficamente.

Con este testigo la fiscalía incorporó:

- Formato único de noticia criminal FPJ-2, como prueba documental 1 de la fiscalía (Folio 6 cuaderno de pruebas anexas).
- Acta de derechos del capturado y constancia de buen trato, fechadas el 28 de mayo de 2013, como prueba documental 2 de la fiscalía (Folio 10 cuaderno de pruebas anexas.)
- Informe identificación e individualización de Nelson Mallma Rojas, como prueba documental 3 de la fiscalía (folios 11 a 20 cuaderno de pruebas anexas). Se compone del informe de individualización e identificación, tarjeta decadactilar, tarjeta de identificación del INPEC, cartilla biográfica del interno Nelson Mallma Rojas e informe sobre consulta Web.
- Informe de antecedentes de Nelson Mallma Rojas como prueba documental 4 de la fiscalía (folio 21 cuaderno de pruebas anexas).

1.7. Franklin Aniano Muñoz Cárdenas (4' 24" audio 1, día 2 juicio oral).

Es perito químico de la Fiscalía General de la Nación. Efectuó análisis de muestra enviada en el presente caso que contenía cocaína, manifestando que el análisis es de probabilidad con alto grado de certeza.

Contrainterrogado por la defensa señala que sus funciones son analizar las muestras que le llegan al laboratorio

Con este testigo la fiscalía incorporó:

- Informe de laboratorio 69998 de 22 de noviembre de 2013 como prueba pericial 2 de la Fiscalía (folio 22 cuaderno de pruebas anexas). Se consigna que se realiza análisis sobre una muestra en sobre y cinta F01113039, rótulo 65395, señalándose como conclusión que la muestra contiene cocaína, luego de realizados los análisis físicos, químicos e instrumentales.

1.8. Jefferson Fontecha Rubio (7' audio 1, día 3 juicio oral).

Prestó su servicio militar en el INPEC en el año 2012 durante un año, en la cárcel de alta y mediana seguridad de Cómbita – El Barne. El 28 de mayo de 2013 laboraba en el INPEC y en la noche se hizo el debido procedimiento donde se encontró la sustancia, en la cárcel de mediana seguridad, patio 8, celda 33, operativo que ordenó el Sargento Prieto y en el que participaron el auxiliar Mora y el testigo. Entraron a la celda 33 ocupada por el interno Mallma Rojas (se aprecia que el testigo identifica a Nelson Mallma Rojas en la audiencia), en donde observaron un hueco en la parte superior de la pared del fondo. En esa celda encontraron unas baterías para celular y una sustancia blanca similar a la cocaína, elementos que hallaron en un hueco en la parte del fondo de la celda. Al principio había un hueco en la parte superior derecha y ahí metieron un espejo y una linterna, viendo una media y al fondo una carcasa o un celular y un tarro, rompiendo la parte inferior de la pared para sacar lo que estaba adentro y al hacerlo encontraron la carcasa para celular y el tarro que contenía la sustancia similar a la cocaína, envuelta en un condón que estaba dentro del tarro. Ese día estaba con el auxiliar Edison Mora y la requisa fue como a las 20:40 de la noche. No se acuerda si el hueco que había en la celda 33 tenía conexión con otra celda. Aclara que también requisaron otras celdas del patio 8 y al momento de la requisa estaba el dragoneante Paz comandante de auxiliares, el auxiliar Mora y luego de hallar la sustancia llegaron los dragoneantes de policía judicial. Durante la requisa Nelson Mallma Rojas estaba frente a su celda, presenciando la

requisa y frente a la puerta de la celda 33 no había más internos, capturándose a Mallma Rojas, quien anímicamente estaba normal, manifestándoles que no era de él. La sustancia hallada era un polvo blanco envuelto con un condón dentro de un tarro, procediendo a dársela al dragoneante de policía judicial que estaba de turno. Mientras hacían la requisa los otros internos estaban frente a su celda. El interior de la celda 33 tiene un planchón, un orinal y una ducha, siendo habitada solo por Nelson Mallma Rojas. Dice que entre las celdas del patio 8 sí hay comunicación, pues de celda a celda pueden hacerlo rompiendo los ladrillos, no recordando si la celda 33 podía comunicarse con otras y tampoco recuerda qué celdas quedan al lado y detrás de esta. Que ese día se requisaron solo los pasillos del segundo piso y el 28 de mayo de 2013, además de la requisa a las celdas, elaboró el debido procedimiento al señor Mallma consistente en leerle sus derechos y llevarlo a las oficinas de reseña en donde se negó a firmar el acta de incautación. Al preguntársele si el hueco a que hace referencia en el informe como encontrado en la celda 33 fue hecho en la parte interna de la celda o dónde, contesta que es parte de la infraestructura de la cárcel pero que él estaba hecho en la pared sí es hecho por el interno. Que se supone que el muro tiene que estar completo y el interno le hace un hueco al mismo, pero en la parte de atrás del muro hay un hueco que hace parte de la infraestructura de la cárcel. Después del operativo al interno le encuentran unos celulares, pero no es en la misma celda, no recordando qué celda era pero sí en el mismo patio. Al preguntársele si la presentación de la sustancia hallada es la consignada en el acta de incautación, contesta que sí, precisando que fueron 21 elementos envueltos en plástico transparente y 1 elemento de forma irregular envuelto en plástico de aproximadamente 12 x 8 cm que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína. Agrega que a esa sustancia se le hizo cadena de custodia. Refiere que el dragoneante de policía judicial tomó fotografías de los elementos incautados en la oficina de policía judicial, sabiendo que allí envolvieron en plástico los elementos para que no tuviera contacto con

ninguna otra cosa. Reitera que los elementos incautados se los entregó al dragoneante de policía judicial, ignorando quién tomó las fotos a la sustancia incautada.

Contrainterrogado por la defensa reitera que prestó su servicio militar en el establecimiento penitenciario de Cómbita, luego de culminado su bachillerato, los años 2012 y 2013. Que antes de iniciar el operativo estaban unos 30 auxiliares, aclarando que en los operativos debe haber presencia de policía judicial. El operativo se hizo porque había un interno que se iba a matar, razón por la cual fueron a ayudar al interno para que no lo hiciera y luego el sargento Prieto tomó la decisión de efectuar el operativo. También dice que luego de entrar a la celda 33 al interno Nelson Mallma Rojas se le sacó de la misma, dejándolo frente a la celda, aclarando que todos los internos estaban frente a su celda. Que antes de iniciar el operativo en la celda 33 no tomó fotografías; que observó que había un solo hueco en el muro, al respaldo, en el fondo, de más o menos unos 20 cm. Cuando inició la requisa en la celda 33 no estaba el miembro de policía judicial, quien siempre está en el pabellón pero no presente en todas las celdas y llegó cuando se encontraron los elementos en la celda. Se demoraron en abrir el hueco en la celda unos 40 minutos, y luego de eso llegó el de policía judicial. Cuando hacen procedimientos van con martillo y no cincel, aclarando que siempre cargan martillo para esos procedimientos, siendo su material de trabajo a la hora de procedimientos de requisa, llevando además espejo, linterna y sonda. Reitera que hizo un hueco en la parte inferior de la pared de la celda, creyendo que fue en la derecha, demorándose en hacer ese orificio como 40 minutos para poder sacar el celular y la cocaína, sin que durante ese lapso estuviera presente el de policía judicial, quien llegó durante los últimos 20 minutos. Dice que es lógico que deban sacar los elementos no permitidos en el establecimiento, por lo que ellos mismos tomaron la decisión de abrir el hueco para sacarlos, considerando que el sargento no se negaría a ello, no acordándose si le informó de ese procedimiento. Al terminar el hueco

saca la carcasa para celular y el tarro, mostrándole al interno lo que se sacó, aclarando que metió el brazo por el orificio que abrió para sacar los elementos hallados. Refiere que el sargento Prieto no tomó fotografías de los elementos hallados en la celda 33. Acepta que en el acta de primer respondiente no dejó constancia a qué miembro de policía judicial le entregó los elementos incautados, luego de ponérsele de presente dicho documento. Refiere que al interior del tarro encontró dos elementos.

Interrogado por el Juez dice que en la celda se halló un hueco y el mismo es posible que estuviera antes que Nelson Mallma Rojas llegara. Que el hueco que abrieron lo hicieron él y el auxiliar Edison Mora. Al preguntarle qué distancia había entre el hueco que había en la parte superior y el que abrió en la inferior, contesta que unos 2.20 metros, lo que tenía de altura la celda y abrir el hueco era la única forma posible para sacar lo que encontró, agregando que el resto de la pared estaba en buen estado. Acepta que detrás de la pared hay otro hueco que es parte de la infraestructura de la cárcel, imaginando que separa a las celdas del respaldo, considerando que tiene 2.20 o 2.40 metros de alto y unos 40 cm de ancho.

Con este testigo la fiscalía incorporó:

- Actuación del primer respondiente FPJ13 de 28 de mayo de 2013 como prueba documental 5 de la fiscalía (folio 23 del cuaderno de pruebas anexas). Está firmada por Jefferson Fontecha Rubio y allí se consigna que el 28 de mayo de 2013 aproximadamente a las 20:40 horas se hizo requisa en la celda 33 del pabellón 8, ubicada al lado derecho y habitada por Nelson Mallma Rojas. Se observó un hueco en la parte superior izquierda de la pared del fondo, por lo que procedió a verificar utilizando un espejo y una linterna, viendo que al fondo del hueco hay una carcasa para celular y un objeto extraño. Posteriormente procedió a abrir un hueco en la parte inferior de esa pared para poder sacar y verificar esos elementos, hallando una carcasa para celular Nokia y 21

elementos envueltos en plástico transparente de aproximadamente 1 x 1 cm que contenían sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína y un elemento en forma irregular envuelto en plástico blanco de aproximadamente 12 cm de largo por 8 cm de ancho que contiene una sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína. Enseguida realizó acta de incautación que el interno Nelson Mallma Rojas se negó a firmar, dejando a disposición del funcionario de policía judicial Ricardo Ferreira Ramírez para continuar con los actos urgentes.

- Acta de incautación de las sustancias halladas el 28 de mayo de 2013, como prueba documental 6 de la fiscalía (folio 26 del cuaderno de pruebas anexas). Corresponde a 21 elementos envueltos en plástico transparente de aproximadamente 1 cm de largo x 1 cm de ancho que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína y 1 elemento de forma irregular envuelto en plástico blanco de aproximadamente 12 cm de largo por 8 cm de ancho que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína.
- Copia del registro de cadena de custodia correspondiente al caso 152046300150201300016 como prueba documental 7 de la fiscalía (folio 27 del cuaderno de pruebas anexas). Quien halló el elemento material de prueba o evidencia física fue Jefferson Fontecha Rubio, auxiliar bachiller del INPEC. En la descripción del elemento material de prueba se señala que son 21 elementos envueltos en plástico transparente de aproximadamente 1 cm de largo x 1 cm de ancho que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína y 1 elemento de forma irregular envuelto en plástico blanco de aproximadamente 12 cm de largo por 8 cm de ancho que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína.

2.- Pruebas de la defensa.

2.1. Miguel Ángel Sánchez Sánchez (2' 20" audio 2, día 2 juicio oral).

El 29 de mayo de 2013 estaba recluido en el patio 8 de El Barne, mediana seguridad, celda 34. Ese día se encontraba en la celda cuando llegaron los guardias a un operativo, ingresando a las celdas 33, 34 y 36. Ingresaron unos bachilleres a la celda 33 y empezaron a romper una pared del costado del baño que comparte con dos celdas más un estilo de túnel que a veces usan como descargues. En esas celdas la pared no tenía aberturas ni señales de haber tapado algo con cemento, siendo totalmente lisa, sin imperfecciones ni desniveles altos. Se dieron cuenta que el bachiller empezó a romper la pared y encontró una sustancia alucinógena. Dice que los guardianes entraron a buscar ilícitos, yendo reforzados con bachilleres quienes rompían la pared buscando cosas. También estaban en el operativo dragoneantes, llegando primero uno que llamó la atención y luego otros. Cuando llegaron a hacer las requisas se encontraban los internos al frente de las celdas, pues los sacaron de ellas. En la celda 33 estaba MAXWELL y en la 36 el señor Miller. Agrega que Nelson Mallma Rojas estaba en la celda 33, manifestando que un tiempo habitó esa celda, explicando que tanto en esa celda como en la 34 se mantenían las paredes lisas para evitar problemas con la guardia. A la celda 33 entraron varias personas porque el enfoque del operativo estaba en ella. Quien rompió la celda al comienzo fue un bachiller, quien dio el positivo y ya se enfocaron en esa celda. Vio que golpeaban la pared con una maseta y un puntero, observando que el bachiller Salió de la celda contento como con una bolsa. Que él abrió como dos partes en la celda y en el costado de abajo rompieron y tantearon con la mano hasta el fondo a ver qué podían encontrar. En ese momento no tomaron fotografías, explicando que cuando van los guardias a las celdas a buscar elementos ilícitos no llevan grabadoras ni fotografías. La parte de la celda 33 es compartida con la 32 y dos más hacia el lado de atrás, no sabiendo si es una base antisísmica porque es hueca por dentro, las acompañan muros de ladrillo y lleva una cubierta en cemento plano, concretando que cuando vio la pared estaba

totalmente llana, sin orificio ni abolladura. El bachiller aceptó que había roto la pared para hallar la sustancia y que al encontrarla no se acordonó el sector para evitar contaminar la evidencia. Que el guardia bachiller demoró cerca de media hora haciendo los orificios sin la presencia de nadie del INPEC, señalando que directamente a Nelson Mallma Rojas no lo encontraron con elementos ilícitos.

Contrainterrogado por la fiscalía dice que el patio 8 es uno de seguridad porque hay gente de la guerrilla y de la AUC, por lo que los encierra a las 5:00 pm y cuando pasa el operativo los dejan frente a la celda, no siendo las celdas anchas y sí con fondo. Presenció el operativo el 29 de mayo de 2013 y al preguntársele porqué razón en las diligencias aparece que fue el 28 de mayo contesta que ha pasado tiempo pero sí es consciente de lo que pasó en ese operativo, y por el tiempo transcurrido no tiene noción exacta del tiempo pero sí sabe del suceso y sí estuvo ahí porque lo sacaron frente a la celda. Al preguntársele porqué estuvo tan pendiente del registro de la celda 33 si la suya, la 34, también fue registrada, contesta que en su celda no encontraron ningún tipo de abolladura en la pared y por eso no tuvo tanta atención en ella y en cambio sí hubo golpeteos en la siguiente celda, encontrándose cerca a esa celda y viéndose perfectamente que estaban rompiendo el muro de la celda. No puede decir quiénes registraron las celdas debido al tiempo transcurrido y porque no le implicaba nada, llamándole la atención la forma en que rompían la pared, enfocándose en eso pero no se puso a mirar quiénes estaban en el operativo, viendo que era un bachiller y los dragoneantes que estaban ahí. Se enfocaron en romper la pared encontrando el positivo luego de que el bachiller rompiera abajo la pared y sacara como una bolsa. La celda 33 la ocupaba el señor MAXWELL, es decir Nelson, explicando que a Nelson Mallma Rojas lo conoce como MAXWELL y los dos estaban frente a sus celdas.

En el re directo de la defensa dice que el orificio que abrieron en la parte de debajo de la pared fue más o menos hacia el costado izquierdo, revisando también las paredes laterales. Que el primer orificio se encontraba hacia el lado de arriba y luego optaron por abrir en el lado izquierdo del lado de abajo, señalando que los orificios siempre quedaron grandes, siendo el de arriba de unos 25 cm. En el operativo revisaron primero su celda durante unos 10 a 15 minutos porque ninguna abertura tiene; luego pasaron a la 33 donde se quedó el bachiller con otro bachiller, yéndose el pabellonero para la 36 donde no demoraron mucho pues el compañero de allá no tenía casi aberturas en las paredes.

En el contra redirecto de la fiscalía dice que la celda 33 no tenía aberturas hacia el costado donde rompieron la pared porque en esa celda vivió y lo pasaron a la 34 por problemas de humedad debido a que es asmático crónico y no puede tener humedad en la celda. Reitera que estuvo frente a la celda 33 durante el operativo porque el pabellonero no lo dejaba entrar a su celda, reiterando que el enfoque y la martillada de la celda llamaban la atención, aspectos que vieron otros internos que ya están libres. Explica que estaba frente a su celda pero podía ver lo que pasaba en la celda 33 y que sus respuestas no son conforme a las fotos que le mostró el perito de la defensa.

Preguntado por el señor Juez dice que en la celda 33 del patio 8 duró unos 6 meses y presentaba humedad en la pared del lado de la ducha, pidiendo el cambio porque es asmático crónico. No recuerda cuánto tiempo hacía que había dejado la celda 33 cuando se realizó el operativo, considerando que tal vez había pasado un año o algo así y cuando fue el operativo vio que la celda estaba mejor porque la habían pintado. Que la pared que rompieron los auxiliares bachilleres no tenía abolladuras ni nada y físicamente la vio igual a como estaba cuando ocupó esa celda. Cuando empezó el operativo el comportamiento de Nelson Mallma Rojas era como disgustado porque prácticamente estaban rompiendo por todo lado y

cuando dieron el resultado positivo su actitud fue de asombro. Al otro día estaba desesperado porque lo hallado no era de él y le pidió a la guardia que se aclarara que el bachiller estaba consciente que la pared estaba lisa y que él la rompió para poder meter la mano, que había una persona que al otro día iba a tomar la responsabilidad, pero cree que al ver la situación en que se metía entonces no quiso asumirla. Que MAXWELL al verse desesperado optó por subirse al último piso, amarrarse una soga al cuello y lanzarse si no le solucionaban el problema. Cree que hay una grabación que él le pidió al INPEC de la declaración del otro señor, lo cual le parece una prueba fundamental.

2.2. Salomón Edgar Espejo (5' audio 3, día 3 juicio oral).

Es funcionario de la defensoría del pueblo, técnico en criminalística e investigador. Se refiere a las labores que realizó en desarrollo de la investigación, en cumplimiento a misión de trabajo dada por la defensa, efectuadas al interior del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cómbita, consistente en efectuar entrevistas a algunos internos y tomar fotografías dentro del patio 8. De las entrevistas efectuadas pudo darse cuenta que los hechos no ocurrieron como los han dicho y con base en ello se dirigió a la celda 33 del patio 8 en donde tomó fotografías y elaboró informe fotográfico. Aclara que el croquis y las fotos los elaboró con base en las entrevistas suministradas por algunos internos del INPEC, manifestando que le dijeron que el único hueco que había en la celda 33 era donde el acusado aceptó tener los celulares. Que los huecos que sí existían eran los que estaban en la celda 6, ubicada al respaldo de la 33 donde estaba Nelson Mallma Rojas, por lo que dos de los huecos de la celda 33 fueron abiertos por los guardias del INPEC. La foto de la imagen 2 fue tomada desde la parte de afuera de la celda, apreciándose que los huecos abiertos por la guardia del INPEC están en las partes superior izquierda e inferior derecha, ubicados en el fondo de la celda de Nelson Mallma Rojas, circunstancia que señala de acuerdo a información que le

dieron los internos. Que el único hueco existente era donde el acusado guardaba algunos equipos de comunicación.

Contra interrogado por la fiscalía dice que la inspección judicial la hizo el 20 de junio de 2013, 23 días después de los hechos, a eso de las 10:00 u 11:00 a.m., acompañado de policía judicial y funcionarios del INPEC de quienes no recuerda nombres. También dice que estuvieron el acusado y otros internos cuando hizo la inspección. Reitera que los huecos 2 y 3 que se ven en la imagen 3 son los que, según los internos que entrevistó, abrieron los guardias del INPEC el día de los hechos. Acepta que no dejó consignado en fotografías qué personas lo acompañaron el día en que hizo la diligencia, aclarando que el señor Fontecha y Edison Mora no estuvieron presentes.

En el re directo de la defensa dice que el hueco No. 1, visible en la imagen 3, está en la parte superior derecha de la habitación. También reitera que los huecos 2 y 3 colindan con la celda 6, que está de espaldas a la 33. Al ir a la celda 6, previo permiso otorgado por la guardia del INPEC, vio con sorpresa que en esa celda habían dos huecos que daban acceso por esa celda a lo que había en la pared, celda que ocupaba alias “El Perro”.

Interrogado por el Juez dice que la imagen 2 la tomó una vez le abrieron la celda, desde la puerta de la celda.

Con este testigo la defensa incorporó:

- Informe fotográfico 13-2013 de 20 de junio de 2013 como prueba documental 8 (Folio 28 cuaderno de pruebas anexas). Se aprecian 9 fotografías tomadas en las celdas 33 y 6 del patio 8 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Cóbbita, en donde se aprecian el lugar de ubicación de huecos existentes en las paredes de dichas celdas y también que estas dos celdas colindan, especificándose cuáles de ellos fueron abiertos por la guardia el día de los hechos.

- Croquis topográfico 1 elaborado por la Unidad Operativa de Investigación Criminal, como prueba documental 9 (Folio 35 cuaderno de pruebas anexas). Corresponde a croquis del interior de la celda 33 del patio 8.

3.- Estipulaciones probatorias.

No se hicieron.

Análisis probatorio.

La Sala analizará la prueba válidamente captada en el juicio oral, de manera conjunta y siguiendo las reglas de la sana crítica, mediante la estructuración de hechos jurídicamente relevantes, así:

1.- Operativo.

El interno Leonardo Rodríguez Cortés privado de la libertad en la celda 6 del patio 8 de El Barne dice que el 28 de mayo de 2013 hicieron una requisa pero por la parte de atrás, por la B y no por la 1, enterándose al día siguiente que encontraron unos elementos, ignorando en qué celda. Por su parte el Dragoneante del INPEC integrante de la unidad de policía judicial del Barne Humberto Fabián Salcedo Olivero dijo que el 28 de mayo de 2013 aunque no participó en el operativo realizado sí estuvo en la diligencia de prueba de PIPH de 29 de mayo de 2013 realizada sobre una sustancia incautada el día anterior, señalando que Nelson Mallma Rojas en esa oportunidad estaba tranquilo y firmó, sin hacer manifestación alguna.

El inspector Jefe del INPEC Juvenal Prieto Alfonso declaró que el 28 de mayo de 2013 estuvo en un operativo en el pasillo 1B en el que se incautaron unos elementos ilícitos en la celda 33, perteneciente al patio 8 que consta de 6 pasillos. El operativo se inició a las 8:00 pm más o menos

y la incautación se produjo a eso de las 8:45 pm estando ahí la unidad de policía judicial, el Dragoneante Ricardo Ferreira, auxiliares bachilleres y dragoneantes disponibles en número de 8 aproximadamente. Que la celda 33 ocupada por Nelson Mallma Rojas la registraron dos unidades de auxiliares, recordando que el auxiliar bachiller Fontecha fue quien incautó un paquete que al parecer contenía narcóticos y otro auxiliar le reportó haber hallado un celular y cree que un cargador. Que el 28 de mayo de 2013 Leonardo Rodríguez no estaba en el operativo porque pertenecía a otro pasillo.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa refiere que la celda 33 es de aproximadamente 2.5 x 2.7 m. Que al momento del registro había 2 auxiliares de policía y cuando uno de ellos informó el hallazgo ya estaba la unidad de policía judicial. Agregó que cuando el auxiliar informa de alguna ilicitud se destina a la unidad de policía judicial para que se encargue de esa situación, encontrándose solo el Dragoneante Ferreira como policía judicial.

El Dragoneante del INPEC Ricardo Alberto Ferreira Ramírez quien cumple funciones de policía judicial dijo que el 28 de mayo de 2013 estaba en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cómbita disponible y que participó en un operativo realizado en la noche, ordenado por el inspector jefe Prieto y realizado por varios auxiliares. El operativo se inició como a las 8:00 pm, eligiéndose un pasillo al azar para hacerlo, siendo su función acompañar. Esa noche fue llamado a la celda 33 donde el auxiliar Fontecha le entregó unos elementos de comunicación y estupefacientes que encontró encaletados en un hueco de la pared de la celda. Aclaró que en el momento de la inspección no estuvo dentro de la celda que ocupaba Nelson Mallma Rojas.

El auxiliar del INPEC Jefferson Fontecha Rubio dijo que el 28 de mayo de 2013 realizó un procedimiento en la cárcel de mediana seguridad, patio 8, celda 33, donde se encontró una sustancia. Ese operativo fue ordenado

por el Sargento Prieto y en el que participaron el auxiliar Mora y el testigo. Entraron a la celda 33 ocupada por el interno Mallma Rojas y observaron un hueco en la parte superior de la pared del fondo, circunstancia que reitera en el contrainterrogatorio formulado por la defensa cuando dice que observó un solo hueco en el muro del fondo, de más o menos unos 20 cm. Que se demoraron en abrir el hueco en la celda unos 40 minutos, y luego de eso llegó el miembro de policía judicial. Esos procedimientos los realizan con martillo y cincel, llevando además espejo, linterna y sonda.

Con este testigo la fiscalía incorporó la actuación del primer respondiente FPJ13 de 28 de mayo de 2013 firmada por Jefferson Fontecha Rubio donde se consigna que ese día aproximadamente a las 20:40 horas se hizo requisa en la celda 33 del pabellón 8, habitada por Nelson Mallma Rojas. Que se observó un hueco en la parte superior izquierda de la pared del fondo, por lo que procedió a verificar utilizando un espejo y una linterna, viendo al fondo del hueco una carcasa para celular y un objeto extraño.

El también interno de la celda 34 Miguel Ángel Sánchez Sánchez dice que el 29 de mayo de 2013, los guardias realizaron un operativo en las celdas 33, 34 y 36. Ingresaron unos bachilleres a la celda 33 y empezaron a romper una pared del costado del baño que comparte con dos celdas, más un estilo de túnel que a veces usan como descargues. En esas celdas la pared no tenía aberturas ni señales de haberse tapado algo con cemento, siendo totalmente lisa, sin imperfecciones ni desniveles altos. Quien inicialmente rompió la celda fue un bachiller, quien dio el positivo y se enfocaron en esa celda. Golpeaban la pared con una maseta y un puntero, observando que el bachiller salió de la celda contento como con una bolsa. Que él abrió como dos partes en la celda y en el costado de abajo rompieron y tatearon con la mano hasta el fondo a ver qué podían encontrar.

Contrainterrogado a instancias de la fiscalía al preguntársele porqué estuvo tan pendiente del registro de la celda 33 si la suya es la 34, contestó que en su celda no encontraron abolladuras en la pared y por eso no tuvo atención y en cambio hubo golpeteos en la celda siguiente, viendo perfectamente que rompían el muro de la celda. Que la celda 33 la ocupaba el señor MAXWELL, es decir Nelson Mallma Rojas a quien conoce como MAXWELL y ambos estaban frente a sus celdas.

.... /....

El 28 de mayo de 2013 a eso de las 8:00 de la noche, por orden del inspector jefe Prieto, se realizó al azar un operativo en el establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad de Combita, entre otras, a la celda 33 ocupada por el interno Nelson Mallma Rojas, que finalizó a las 8:45 de la noche cuando el auxiliar bachiller Jefferson Fontecha Rubio y su compañero el auxiliar Mora en un hueco localizado en la parte superior derecha del muro del fondo divisaron con un espejo y una linterna una carcasa para celular y un objeto extraño y para extraer esos elementos el auxiliar Fontecha abrió un hueco en la parte inferior derecha de ese muro y uno de esos elementos contenía una sustancia que después fue identificada como cocaína.

2.- Localización de las celdas 6 y 33 y posible comunicación entre ellas.

El interno Leonardo Rodríguez Cortés, privado de la libertad en el patio 8 afirmó que la celda que ocupaba no tenía comunicación con las de la parte de atrás. Que la distancia entre la celda 6 y la 33 es de 50 metros si se da la vuelta y si es al frente, en diagonal, por ahí 2 metros, pero que su celda no se comunica con la 33 y tampoco hay huecos que comunicaran con otras celdas. Ignora por qué Nelson Mallma Rojas dice que la sustancia que se le incautó el 28 de mayo de 2013 era del declarante, pues a él no le han encontrado nada pues está en la celda 6 que queda por la parte de

atrás. En el contrainterrogatorio dijo que entra a su celda por el pabellón A.

El Inspector Jefe del INPEC en el Barne Juvenal Prieto Alfonso señaló que las celdas no tienen comunicación con otras, pues son cerradas y que la parte de atrás limita con un espacio donde pasan tuberías de aguas negras y otro bloque de celdas. Que las celdas 6 y 33 quedan por el primer pasillo y por el pasillo 1 B al respaldo, respectivamente, existiendo entre las dos gran distancia. En el contrainterrogatorio explicó que no hay forma de comunicarse entre la celda 6 y la 33, siendo sus únicas vías de acceso la ventana y la puerta y si hay otros orificios estos son hechos por los mismos internos para encaletar cosas ilícitas.

En el re directo dijo que entre las celdas 6 y 33 del patio 8 no hay comunicación directa, pues hay dos paredes que limitan los dos pasillos y entre esas dos celdas hay otras de por medio y varias paredes.

El auxiliar bachiller Jefferson Fontecha Rubio quien realizó el operativo, señaló que no se acuerda si el hueco que había en la celda 33 tenía conexión con otra celda. Que entre las celdas del patio 8 sí hay comunicación, pues de celda a celda pueden hacerlo rompiendo los ladrillos. No recuerda si la celda 33 podía comunicarse con otras y tampoco qué celdas quedan al lado y detrás de esta.

El interno Miguel Ángel Sánchez Sánchez estaba recluido en la celda 34 del patio 8 de mediana seguridad del Barne. Que parte de la celda 33 es compartida con la 32 y dos más hacia el lado de atrás, ignorando si es una base antisísmica porque es hueca por dentro, las acompañan muros de ladrillo y lleva una cubierta en cemento plano. Cuando vio la pared estaba llana o lisa, sin orificios ni abolladuras.

El funcionario de la defensoría del pueblo Salomón Edgar Espejo, técnico en criminalística e investigador señala que de las entrevistas efectuadas

pudo darse cuenta que los hechos no ocurrieron como los han dicho y por ello se dirigió a la celda 33 del patio 8 donde tomó fotografías y elaboró el informe fotográfico. Que el croquis y las fotos los elaboró con soporte en las entrevistas suministradas por algunos internos que le dijeron que el único hueco que había en la celda 33 era donde el acusado aceptó tener los celulares. Que los huecos que existían eran los que estaban en la celda 6, ubicada al respaldo de la 33 donde estaba Nelson Mallma Rojas, por lo que dos de los huecos de la celda 33 fueron abiertos por los guardias del INPEC. Que la foto de la imagen 2 fue tomada desde la parte de afuera de la celda, apreciándose que los huecos abiertos por la guardia del INPEC están en las partes superior izquierda e inferior derecha, ubicados en el fondo de la celda de Nelson Mallma Rojas según información de los internos.

En el redirecto de la defensa dice que el hueco No. 1, visible en la imagen 3, está en la parte superior derecha de la habitación. También reitera que los huecos 2 y 3 colindan con la celda 6, que está de espaldas a la 33. Al ir a la celda 6, previo permiso otorgado por la guardia del INPEC, vio con sorpresa que en esa celda habían dos huecos que daban acceso por esa celda a lo que había en la pared, celda que ocupaba alias “El Perro”.

Nelson Mallma Rojas dijo que la sustancia encontrada no era de él y que le pertenecía al interno Leonardo Rodríguez Cortés. A su vez el interno Leonardo Rodríguez Cortés admite que está recluso en la celda 6 ubicada en la parte de atrás en diagonal a la celda que ocupa el hoy procesado.

..../....

Aunque la mayoría de los integrantes de la guardia señalan que las celdas 6 y 33 están incomunicadas, no es menos cierto que el funcionario de la defensoría del pueblo Salomón Edgar Espejo advirtió que en la pared lateral existía un hueco y dos más en la pared del fondo de la celda, uno en la parte superior izquierda y otro en la parte inferior derecha donde se

halló la sustancia estupefaciente. Este declarante señala que la celda 33 colinda por la parte de atrás con la 6 donde también existían dos huecos realizados en la parte superior como se evidencia en la imagen ocho de la prueba documental ocho. Eso indica como posible también que esos elementos hubieran sido introducidos por el interno residente de la celda 6 Leonardo Rodríguez Cortés.

Respecto de la celda 33, según la imagen 3 del informe fotográfico, en el hueco 1 se encontraron los aparatos de telefonía. Desde el hueco 2 ubicado en la parte superior izquierda de la pared del fondo del baño, el auxiliar Fontecha con la ayuda de un espejo y una linterna divisó elementos extraños y por eso abrió el hueco 3 en la parte inferior derecha, donde los recuperó. Esto significa que el hueco 2 está ubicado en la parte superior izquierda de la pared y el 3 en la parte inferior derecha, lo que indica una trayectoria diagonal, no perpendicular entre esos dos orificios, como debía ocurrir si se dejaran caer objetos por gravedad. Eso evidencia que era prácticamente imposible que al depositar los objetos en el hueco superior izquierdo fueran a alojarse en la parte inferior derecha.

Ahora bien, como se verá más adelante, entre el muro de la celda 6 y el de la 33 existe un vacío por donde pasa la tubería de aguas, lo que permite inferir que también resultaría posible depositar la sustancia en ese espacio desde la celda 6 habitada por el interno Leonardo Rodríguez Cortés, aspecto que se analizará en el acápite siguiente.

3.- Huecos y pormenores.

El interno Leonardo Rodríguez Cortés dice que desconoce quién ocupaba la celda 33 para el 28 de mayo de 2013, afirmando que en ese lugar había estado un señor de apellido Ávila.

El auxiliar bachiller del INPEC Jefferson Fontecha Rubio interrogado por el Juez dice que en la celda se halló un hueco y que es posible que

estuviera antes que Nelson Mallma Rojas llegara. Cuando se le preguntó qué distancia había entre el hueco que había en la parte superior y el que abrió en la inferior, contestó que unos 2.20 metros, lo que tenía de altura la celda. Que fue necesario abrir el hueco porque era la única forma posible para sacar lo que encontró, agregando que el resto de la pared estaba en buen estado. Dijo que detrás de la pared hay otro hueco que es parte de la infraestructura de la cárcel, imaginando que separa a las celdas del respaldo, considerando que tiene 2.20 o 2.40 metros de alto y unos 40 cm de ancho.

En la actuación del primer respondiente FPJ13 de 28 de mayo de 2013 se dice que procedió a abrir un hueco en la parte inferior de esa pared para poder sacar y verificar esos elementos, hallando una carcasa para celular Nokia y 21 elementos envueltos en plástico transparente de aproximadamente 1 x 1 cm que contenían sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína y un elemento en forma irregular envuelto en plástico blanco de aproximadamente 12 cm de largo por 8 cm de ancho que contiene una sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína.

El interno de la celda 34 Miguel Ángel Sánchez Sánchez en el redirecto de la defensa dice que el orificio que abrieron en la parte de debajo de la pared fue más o menos hacia el costado izquierdo, revisando también las paredes laterales. Que el primer orificio se encontraba hacia el lado de arriba y luego optaron por abrir en el lado izquierdo del lado de abajo, señalando que los orificios siempre quedaron grandes, siendo el de arriba de unos 25 cm.

Salomón Edgar Espejo, técnico en criminalística e investigador de la defensoría del pueblo señala que realizó la inspección el 20 de junio de 2013, 23 días después de los hechos, a eso de las 10:00 u 11:00 a.m., acompañado de policía judicial y funcionarios del INPEC. Que los huecos

2 y 3 que se ven en la imagen 3 son los que, según los internos que entrevistó, abrieron los guardias del INPEC el día de los hechos.

Con este testigo la defensa incorporó informe fotográfico 13-2013 de 20 de junio de 2013 en el que se aprecian 9 fotografías tomadas en las celdas 33 y 6 del patio 8 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Cómbita, que evidencian el lugar de ubicación de huecos existentes en las paredes de dichas celdas y también que estas dos celdas colindan, especificándose cuáles de ellos fueron abiertos por la guardia el día de los hechos.

..../....

Con el dicho del testigo Salomón Edgar Espejo, el informe fotográfico y el plano elaborado se advierte sin lugar a dudas que la celda 33 y la 6 colindan por la parte de atrás. Además que en la parte superior de la celda 6 se advirtieron dos orificios como se aprecia en la imagen ocho y que en la celda 33 había tres orificios, el identificado con el número 1 sobre la pared lateral derecha del baño donde supuestamente se encontraron equipos de telefonía y dos sobre la pared del fondo, el primero ubicado en la parte superior izquierda y el segundo en la parte inferior derecha, este último abierto por el auxiliar Fontecha, donde se recuperó la sustancia.

Por la colindancia entre las celdas 6 y 33 es posible afirmar que el recluso que habitaba la celda 6 también hubiera podido depositar el estupefaciente encontrado al perforar el hueco de la parte inferior derecha de la celda 33, pared del fondo, como claramente se desprende de la imagen 8 del informe fotográfico. Se afirma lo anterior porque uno de los huecos de la celda 6 se localiza en la parte superior izquierda, lo que posibilita que por gravedad hubieran sido depositados por el interno que habitaba esa celda y no por el de la celda 33, pues los elementos fueron recuperados en la parte inferior derecha de la pared del fondo de la celda

33, que corresponde en línea perpendicular al hueco realizado en la parte superior izquierda de las celda 6.

4.- Reclusión del procesado en el sitio y de otros procesados.

El interno Leonardo Rodríguez Cortés dijo que Nelson Mallma Rojas estaba recién llegado a ese patio, hacía unos 20 días.

El interno en la celda 34 Miguel Ángel Sánchez Sánchez señala que en la celda 33 estaba Nelson Mallma Rojas a quien conoce como MAXWELL y en la 36 el señor Miller. Sin embargo señala que él un tiempo habitó en la celda 33, explicando que esas celdas 33 y 34 mantenían las paredes lisas para evitar problemas con la guardia.

En el contra redirecto formulado por la fiscalía dice que la celda 33 no tenía aberturas hacia el costado donde rompieron la pared porque vivió en esa celda y lo pasaron a la 34 por la humedad de la celda pues es asmático crónico.

Preguntado por el Juez dice que en la celda 33 del patio 8 duró unos 6 meses. Considera que había pasado un año o algo así desde que dejó la celda hasta cuando se realizó el operativo.

..../....

Conforme a la prueba recaudada se advierte que Nelson Mallma Rojas llegó a la celda 33 según lo refiere el también interno Leonardo Rodríguez Cortés tan sólo 20 días antes de los hechos. Además esa celda también fue habitada por Miguel Ángel Sánchez Sánchez durante ocho meses y pidió traslado debido a la humedad. Eso indica como posibilidad que cualquiera de esos internos estuvo en capacidad de depositar la sustancia estupefaciente encontrada y también el interno residente en la celda 6 colindante con la 33.

5.- Hallazgo de la sustancia y circunstancias.

El inspector jefe del INPEC Juvenal Prieto Alfonso dice que el auxiliar le informó que los elementos hallados estaban en un hueco de la pared de la celda. Contrainterrogado por la defensa dice que el auxiliar Fontecha quien halló los elementos le dijo que estaban en un hueco de una pared de la celda, hacia donde estaba el baño, viendo solo un orificio en la pared.

El dragoneante del INPEC con funciones de policía judicial Ricardo Alberto Ferreira Ramírez en el contrainterrogatorio formulado dice que recibió los elementos materiales probatorios de manos del auxiliar Fontecha, quien los encontró, recolectó y embaló.

Interrogado por el Juez admite que no fijó fotográficamente el sitio donde estaban los elementos porque ya habían sido extraídos. Que el auxiliar le dijo cómo los había visto y dónde estaban, diciéndole que los observó por un hueco que estaba en la parte superior izquierda de la celda en el fondo. Ese hueco tampoco lo fijó fotográficamente.

El auxiliar bachiller del INPEC Jefferson Fontecha Rubio dijo que en esa celda encontraron unas baterías para celular y una sustancia blanca similar a la cocaína, en un hueco en la parte del fondo de la celda. Al principio había un hueco en la parte superior derecha (sic) y ahí metieron un espejo y una linterna, viendo una media y al fondo una carcasa o un celular y un tarro, rompieron la parte inferior de la pared para extraer lo que estaba adentro y al hacerlo encontraron la carcasa para celular y un tarro que contenía la sustancia similar a la cocaína, envuelta en un condón depositado dentro del tarro. Ese día estaba con el auxiliar Edison Mora y la requisa se realizó como a las 20:40 de la noche. Que también requisaron otras celdas del patio 8 y al momento de la requisa estaba el dragoneante Paz comandante de auxiliares, el auxiliar Mora y luego de hallar la sustancia llegaron los dragoneantes de policía judicial.

Cuando se le preguntó si el hueco a que hace referencia en el informe como encontrado en la celda 33 fue hecho en la parte interna de la celda o dónde, contestó que es parte de la infraestructura de la cárcel pero el que estaba hecho en la pared sí lo realizó el interno. Supone que el muro tiene que estar completo y el interno lo perfora, pero en la parte de atrás del muro hay un hueco que hace parte de la infraestructura de la cárcel. Después del operativo al interno le encuentran unos celulares, no es en la misma celda, no recordando qué celda era pero sí en el mismo patio. Que la presentación de la sustancia hallada es la consignada en el acta de incautación, precisando que fueron 21 elementos envueltos en plástico transparente y 1 elemento de forma irregular envuelto en plástico de aproximadamente 12 x 8 cm que contiene sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína.

Que para hacer el hueco en la parte inferior derecha de la pared de la celda, demoró como 40 minutos para poder sacar el celular y la cocaína, sin que en ese lapso estuviera presente policía judicial, que llegó durante los últimos 20 minutos.

Que ellos mismos decidieron abrir el hueco porque consideraron que el sargento no se opondría, sin recordar si le informó de ese procedimiento. Cuando terminó el hueco metió el brazo por el orificio y sacó la carcasa para celular y el tarro, mostrándole al interno lo hallado.

En el informe correspondiente a la actuación del primer respondiente FPJ13 de 28 de mayo de 2013 suscrita por Jefferson Fontecha Rubio, consta que se observó un hueco en la parte superior izquierda de la pared del fondo, por lo que procedió a verificar utilizando un espejo y una linterna, viendo al fondo del hueco una carcasa para celular y un objeto extraño. La carcasa era para un celular Nokia y 21 elementos envueltos en plástico transparente de aproximadamente 1 x 1 cm que contenían sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína y un elemento en forma irregular envuelto en plástico blanco de

aproximadamente 12 cm de largo por 8 cm de ancho que contiene una sustancia en polvo blanca con características similares a la cocaína.

El interno de la celda 34 Miguel Ángel Sánchez Sánchez dice que vieron cuando el bachiller empezó a romper la pared y encontró una sustancia alucinógena.

..../....

De lo dicho por el auxiliar Jefferson Fontecha Rubio se deduce que entre la pared de la celda 33 y la celda 6 existe un espacio vacío por donde al parecer pasan los ductos de aguas negras. Por esa razón Fontecha Rubio refiere la existencia de un hueco que hace parte de la infraestructura de la cárcel en medio de los dos muros y obviamente para llegar a ese espacio puede perforarse tanto la pared de la celda 33 como la de la celda 6, que colindan.

También se deduce con claridad que la requisa fue inicialmente realizada por los auxiliares bachilleres Jefferson Fontecha Rubio y Edison Mora, quienes por iniciativa propia decidieron abrir el hueco en la pared del fondo de la celda 33 al costado inferior derecho cuando avistaron los objetos que recuperaron más tarde. Cuando eso ocurrió avisaron a los funcionarios de policía judicial e hizo presencia el dragoneante Humberto Fabián Salcedo Olivero.

Además el hallazgo de la sustancia fue percibido por los internos de las celdas circundantes a la 33 donde se realizó el operativo, deduciéndose que obedeció a una acción real, no simulada por el personal de guardia del INPEC.

6.- Actitud posterior.

En interno Leonardo Rodríguez Cortés dice que el 30 de mayo de 2013 Nelson Mallma Rojas se subió a una plancha, como presionando, diciendo

que se iba a matar, por lo que la guardia le pidió el favor de ayudarlo a bajar para evitar que se suicidara, pues estaba diciendo que algo era del declarante y no de él. El 30 de mayo de 2013 le dijo a Nelson Mallma Rojas que se bajara, que cualquier cosa solucionaba el problema y que él se haría cargo de esa vaina.

Ignora por qué el acusado decía que lo encontrado en su celda pertenecía al declarante. Nelson Mallma Rojas no le dijo por qué quería quitarse la vida el 30 de mayo de 2013, hechos que presenciaron todos los internos que allí estaban. Después se enteró que lo hallado en la celda del acusado era droga, pero no lo sabía.

El dragoneante y miembro de la unidad de policía judicial del INPEC Humberto Fabián Salcedo Olivero dice que en la mañana del 30 de mayo de 2013, le dijeron que un interno en la terraza del patio 8 amenazaba con suicidarse. Al llegar vio a Nelson Mallma Rojas con una soga atada a su cuello y a una lámpara, diciéndole que le hiciera una filmación pues al parecer una persona que se haría cargo del estupefaciente hallado en la celda el día 28 o de lo contrario se arrojaba.

El testigo filmó la situación y escuchó a unos internos decir que llamaran a un tal Rodríguez. Luego el señor accedió a quitarse la soga y bajar al piso 3 a donde llegó el interno Leonardo Rodríguez, señalando que los internos le dijeron que subiera para hacerse cargo de la droga para que Mallma no se suicidara. Leonardo Rodríguez y Nelson Mallma Rojas no hablaron, pero Rodríguez afirmaba que otros internos le dijeron que subiera y que se echara la culpa para que el otro no se suicidara.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa dice que filmó los sucesos del 30 de mayo de 2013, señalando que Leonardo Rodríguez dijo que unos internos le dijeron que subiera para que dijera que la droga era suya para que Mallma no se arrojara al vacío o se suicidara. Sin embargo no le consta que los internos le hubieran dicho eso y sí lo que Leonardo

Rodríguez le dijo cuando habló con él. Acepta que Nelson Mallma Rojas y Leonardo Rodríguez hablaron algo, como quedó en el video.

El inspector jefe del INPEC Juvenal Prieto Alfonso Refiere que Nelson Mallma Rojas decía que otro interno se haría cargo de los elementos hallados, menos del teléfono celular porque sobre este elemento sí firmó el acta de incautación. Que el 30 de mayo de 2013 vio cuando Nelson Mallma Rojas apareció en la terraza del patio 8, a unos 30 metros del piso, sentado en el borde con una soga que había construido atada a una lámpara y amenazaba con lanzarse. En medio de la confusión no permitía que se le acercaran. El capitán ordenó que hablara con él, que insistiera con la unidad de policía judicial, filmando siempre lo que se hablaba. En ese momento el interno solicitó a otro que estaba abajo y subió un interno que accedió a hablar con él y cuando bajó cree que hicieron una grabación con el Dragoneante Salcedo. Al interno que subió lo llamaron los internos, quienes le dijeron que subiera y hablara con Nelson Mallma Rojas para que no se matara, recordando que se llamaba Leonardo. Después la unidad de policía le informó que se grabó cuando el otro interno le dijo a Nelson Mallma Rojas que eso era de él y que los internos del patio lo enviaron para que hablara con él y lo convenciera de desistir del suicidio.

El auxiliar bachiller del Inpec Jefferson Fontecha Rubio dijo que durante la requisa Nelson Mallma Rojas estaba frente a su celda, presenciando la requisa y frente a la puerta de la celda 33 no había más internos, capturándose a Mallma Rojas, quien anímicamente estaba normal, manifestándoles que no era de él.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa dijo que el operativo se hizo porque un interno que se iba a matar, razón por la que fueron a ayudarlo para que no lo hiciera y luego el sargento Prieto tomó la decisión de efectuar el operativo.

El interno en la celda 34 Miguel Ángel Sánchez Sánchez a pregunta del señor juez manifestó que cuando empezó el operativo el comportamiento de Nelson Mallma Rojas era como disgustado porque prácticamente estaban rompiendo por todo lado y cuando dieron el resultado positivo su actitud fue de asombro. Al otro día estaba desesperado porque lo hallado no era de él y le pidió a la guardia que se aclarara que el bachiller estaba consciente que la pared estaba lisa y que él la rompió para poder meter la mano, que había una persona que al otro día iba a tomar la responsabilidad, pero cree que al ver la situación en que se metía entonces no quiso asumirla. Que MAXWELL al verse desesperado optó por subirse al último piso, amarrarse una soga al cuello y lanzarse si no le solucionaban el problema.

..../....

Cuando el operativo se desarrolló el 28 de mayo de 2013 los presentes advirtieron en Nelson Mallma Rojas actitud tranquila y otros incluso señalan que cuando la droga fue descubierta se mostró sorprendido. El auxiliar bachiller Jefferson Fontecha Rubio incluso señala que Mallma Rojas estaba disgustado porque estaban rompiendo por todo lado su celda y que la actitud que asumió cuando el operativo arrojó resultado positivo fue de asombro. Esas reacciones iniciales son compatibles con una persona que se sabe inocente o ausente de responsabilidad, pues de haberla tenido su estado hubiera sido por lo menos de temor y de nerviosismo.

Además desde el primer momento señaló que la sustancia incautada no le pertenecía y le atribuyó la tenencia al también interno Leonardo Rodríguez Cortés, curiosamente privado de la libertad en la celda 6.

Por si fuera poco, para el 30 de mayo de 2013 el interno Nelson Mallma Rodríguez se subió a una plancha, amenazando con quitarse la vida, porque estaba desesperado en razón a que la sustancia encontrada en la

celda no le pertenecía a él si no a Rodríguez Cortés, de quien demandó su presencia, exigió que filmaran la escena y luego de hablar con el accedió a quitarse una soja que se había atado al cuello y fijó a una lámpara. Eso evidencia en el interno actitudes concomitantes y posteriores con el hallazgo que denotan que se sabía inocente de los hechos.

7.- Análisis de la sustancia.

El funcionario del C. T. I., investigador y perito de sustancias psicoactivas – PIPH, Adrián Edgardo Rojas analizó una sustancia que le fue entregada con su respectiva cadena de custodia y arrojó prueba preliminar positiva para cocaína y sus derivados, pesando la sustancia 51.08 gramos brutos y 43.27 gramos netos.

En el redirecto de la fiscalía dice que recibió para estudio un contenedor plástico, embalado, rotulado con cadena de custodia con 21 bolsas plásticas o papeletas y dentro de estas una sustancia en polvo, sobre analizó.

Con el testigo la fiscalía incorporó el informe de investigador de campo FPJ-11 de 29 de mayo de 2013 correspondiente a la prueba de PIPH realizada a la sustancia encontrada el día de los hechos, con peso neto de 43.27 gramos, con resultado preliminar positivo para cocaína y sus derivados.

El dragoneante del INPEC y miembro de la policía judicial Humberto Fabián Salcedo Olivero dijo que no se enteró del procedimiento del 28 de mayo de 2013, pero que supo que a Nelson Mallma Rojas le incautaron unos elementos que peritados arrojaron positivo para cocaína y sus derivados.

Contrainterrogado por la defensa dice también que a la prueba de PIPH se llevaron dos contenedores y se pesaron 21 papeletas. Que los elementos se embalan de acuerdo al tiempo de incautación.

El perito químico Franklin Aniano Muñoz Cárdenas efectuó análisis de la muestra enviada con el que la fiscalía incorporó informe de laboratorio 69998 de 22 de noviembre de 2013 en el que se consigna que el análisis realizado sobre una muestra en sobre y cinta F01113039, rótulo 65395, se concluyó que luego de realizados los análisis físicos, químicos e instrumentales, la muestra contiene cocaína.

..../....

Se probó que la sustancia incautada pesaba 51.08 gramos brutos y 43.27 gramos netos dando como resultado positivo para cocaína y sus derivados.

Recapitulando, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- 1.- El 28 de mayo de 2013 a eso de las 8:00 de la noche, se realizó un operativo, entre otras, a la celda 33 ocupada por el interno Nelson Mallma Rojas, que terminó 45 minutos después cuando los auxiliares bachilleres Jefferson Fontecha Rubio y Edison Mora desde un hueco localizado en la parte superior izquierda del muro del fondo con un espejo y una linterna divisaron una carcasa para celular y un objeto extraño depositados en el extremo inferior derecho.
- 2.- Para extraer esos objetos el auxiliar Fontecha abrió un hueco en la parte inferior derecha de ese muro y uno de esos elementos contenía una sustancia que posteriormente fue identificada como cocaína.
- 3.- Eso significa que el hueco desde donde se depositó la sustancia está ubicado en la parte superior izquierda de la pared y que la sustancia se encontró en el extremo inferior derecho por lo que para recuperarla

Fontecha perforó la pared en ese lugar, circunstancia que muestra una trayectoria diagonal, no perpendicular entre esos dos orificios, como debía ocurrir si se dejaran caer objetos por gravedad.

4.- Eso hace prácticamente imposible que al depositar los objetos en el hueco superior izquierdo pudieran alojarse en la parte inferior derecha.

5.- Aunque la mayoría de los guardianes adveran que las celdas 6 y 33 están incomunicadas, Salomón Edgar Espejo investigador de la defensoría, demostró que por la pared del fondo las celda 33 y 6 son colindantes.

6.- En la pared del fondo de la celda 6 también ese investigador advirtió la existencia de dos huecos antiguos realizados en la parte superior izquierda.

7.- Eso indica que los elementos hallados por Fontecha pudieron ser introducidos desde la celda 6 ocupada por el interno Leonardo Rodríguez Cortés porque el orificio superior izquierdo de esta celda se ubica al respaldo y en forma perpendicular al hueco inferior derecho de la celda 33 abierto por el auxiliar Fontecha, lo que permite deducir que por gravedad la sustancia se depositara en el lugar donde fue encontrada por el interno que habitaba esa celda y no por el de la celda 33.

8.- Dicho de otra manera los elementos recuperados en la parte inferior derecha de la pared del fondo de la celda 33, corresponden perpendicularmente al hueco realizado en la parte superior izquierda desde la celda 6, desde donde necesariamente tuvieron que desprenderse.

9.- Nelson Mallma Rojas llegó a la celda 33 sólo 20 días antes de los hechos y esa celda también fue habitada por Miguel Ángel Sánchez Sánchez durante ocho meses. Eso indica como posibilidad que cualquiera

de esos internos que habitó la celda 33 estuviera en capacidad de depositar la sustancia estupefaciente encontrada y también el interno residente en la celda 6 colindante con aquella.

10.- De la versión del auxiliar Jefferson Fontecha Rubio se deduce que entre la pared de la celda 33 y la celda 6 existe un espacio vacío por donde al parecer pasan los ductos de aguas negras y para alcanzar ese espacio podía perforarse tanto la pared de la celda 33 como la de la celda 6, por ser colindantes.

11.- El hallazgo de la sustancia fue percibido por los internos de las celdas circundantes a la 33 donde se realizó el operativo, deduciéndose que obedeció a una acción real, no simulada por el personal de guardia del INPEC.

12.- Cuando el operativo se desarrollaba los presentes advirtieron en Nelson Mallma Rojas actitud pasiva, tranquila; otros dicen que incluso mostró disgusto por los destrozos causados por la guardia pero cuando el operativo arrojó resultado positivo se mostró sorprendido o asombrado. Esas reacciones iniciales son propias de una persona que se sabe inocente o ausente de responsabilidad, pues no estuvo en ningún momento temeroso o nervioso.

13.- Mallma Rojas desde el primer momento señaló que la sustancia incautada no le pertenecía y le atribuyó la tenencia al también interno Leonardo Rodríguez Cortés, curiosamente privado de la libertad en la celda 6.

14.- Dos días después del hallazgo del estupefaciente el procesado Nelson Mallma Rodríguez se subió a una plancha, amenazando con quitarse la vida, porque estaba desesperado pues aducía que la sustancia encontrada en la celda no le pertenecía a él sino a Rodríguez Cortés, de quien demandó su presencia, exigió que filmaran la escena y luego de

hablar con él accedió a quitarse una soga que se había atado al cuello y que fijó a una luminaria. Ese comportamiento del interno evidencia que se consideraba inocente de la realización de los hechos.

15.- La sustancia incautada pesó 51.08 gramos brutos y 43.27 gramos netos y arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados.

Esto es lo que la Sala encontró demostrado en el plenario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

La Sala en virtud del principio de limitación adquiere competencia sólo en referencia a los motivos de impugnación y a los asuntos que resulten necesariamente vinculados a ellos.

Establece el artículo 381 del C.P.P., que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Recordemos que para condenar a una persona como autor o partícipe de un delito es necesario e imprescindible imputarle el comportamiento. Imputar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es atribuir a otro una culpa, delito o acción.

Recuerda el maestro Alfonso Reyes Echandía que para Carrara imputar significaba "*poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien*", esto es atribuir un hecho determinado como perteneciente o realizado por un sujeto. En el plano jurídico la imputación significa la posibilidad de atribuir con absoluta claridad y en grado de certeza a una persona como suyo un determinado comportamiento que le ha de acarrear consecuencias jurídicas.

La imputación se manifiesta en todos los estadios del estudio dogmático del delito. El maestro Reyes Echandía, citando al inmortal maestro Carrara, trata el tema de la siguiente forma:

"El Juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto y le dice: tú lo hiciste: imputación física. Halla que aquél individuo realizó ese acto con voluntad inteligente y le dice: tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral. Encuentra que aquél hecho estaba prohibido por la ley del estado, y le dice: tú obraste contra la ley: imputación legal. Y sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito".

Independientemente de que la imputación fáctica se considere como un presupuesto o como un elemento del tipo penal, lo que sí resulta imperioso es poder atribuir a una persona como suyo un determinado comportamiento que le ha de acarrear consecuencias jurídicas.

Al procesado Nelson Mallma Rojas se le imputó haber actuado como autor del delito Tráfico fabricación o porte de estupefacientes. Sin embargo, como se dijo al analizar la prueba recaudada en el informativo, el cargo endilgado no encontró demostración probatoria o por lo menos subsiste duda de la autoría imposible de eliminar, que impide achacar el comportamiento al procesado más allá de toda duda, para lo que nos remitimos al análisis probatorio precedentemente realizado.

En estas condiciones, como toda duda insalvable debe resolverse a favor del procesado, resulta evidente afirmar que el Estado no desvirtuó la presunción de inocencia del aquí acusado. El art. 29 constitucional señala que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable y dicha norma es desarrollada por el art. 7º del C. de P.P. que preceptúa que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

La Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado lo siguiente¹:

“La duda es un estado insalvable del conocimiento, tiene que aparecer fundamentada en insuperable condición probatoria, tanto para absolver por falta de prueba que demuestre con suficiencia la inocencia del procesado, como para condenar por falta de prueba que con suficiencia permita declarar la certeza de la responsabilidad; de lo contrario, en uno y en otro caso la sentencia de mérito debe ser absolutoria o condenatoria.”

Por todo lo anterior se impone la confirmación de la providencia impugnada, sin que estén llamados a prosperar los motivos de impugnación.

Por lo anteriormente expuesto la Sala de Decisión Penal administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia impugnada por las razones expuestas.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ

¹ Proceso No 26411. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. 8 de noviembre de 2007.

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ

Magistrado

ROSA YANNETH WALTEROS CARVAJAL

Secretaria