



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – EXCLUSIÓN DE PRUEBAS: Función de policía judicial del personal de custodia del INPEC.

Del análisis de estas disposiciones se obtiene, que frente al personal de custodia, el que para la Defensa no ejerce la función de policía judicial, es el Código de Procedimiento Penal en su artículo 202 y el párrafo citado, el que establece que las autoridades carcelarias son las llamadas a integrar las unidades de policía judicial al interior del centro a su cargo. Corolario, el funcionario del Servicio de la Unidad de Policía Judicial o personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del I.N.P.E.C., en su defecto, adoptando los manuales del Consejo Nacional de Policía Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra facultado para que frente a situaciones de flagrancia asegure la existencia de los elementos que estructuran la comisión del delito, dando comienzo al desarrollo de las actividades necesarias, que deben ser dadas a conocer mediante informe al Fiscal Delegado, el cual asumirá la dirección, coordinación y control jurídico de las actuaciones y la verificación técnico-científica, sobre los actos urgentes, los cuales comprenden informes, actas de incautación, etc., para determinar su ajuste a los principios rectores y garantías procesales.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – IMPROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DEL ESTUPEFACIENTE POR CONSIDERAR QUE EL MISMO DEBIÓ SER OBJETO DE COMISO Y POSTERIOR CONTROL DE LEGALIDAD DE ENCAUTACIÓN: La incautación de la sustancia estupefaciente no requería intervención del Juez de Control de Garantías, ella se somete a cadena de custodia. / Es en escenario del juicio oral en el que se determina la intervención realizada por la policía judicial a la escena del delito y al manejo de la evidencia.

“Concuerda igualmente la Sala en cuanto a que frente a la incautación de la sustancia estupefaciente no requería intervención del Juez de Control de Garantías, al devenir improcedente su comiso en los términos del artículo 82 del C. de P. P. Se extrae del contenido de los artículos 82 y 83 de la Ley 906 de 2004 que el comiso es una consecuencia jurídica por la comisión de un delito que implica la pérdida definitiva a favor del Estado del derecho de dominio que se tenga sobre los bienes allí previstos, supone la declaratoria de responsabilidad penal y procede sólo por su utilización o producto en delitos dolosos. Con respecto a esta figura, el legislador determinó que previo a la afectación de bien alguno, el Fiscal siempre debe evaluar y en consecuencia ponderar, el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración. El efecto de la declaratoria de esta figura conlleva que los bienes pasen en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente (L. 906/2004, art. 82)...” “...En esas condiciones no se demuestra con los argumentos expuestos que deba marginarse de la actuación el material probatorio aludido. No se observa comprometido el debido proceso en la medida alegada por el recurrente por lo que la exclusión planteada no resulta procedente, siendo el escenario del juicio oral en el que se logre determinar la intervención realizada por la policía judicial a la escena del delito y en general, todo lo concerniente al manejo de la evidencia y criterios de mismidad también advertidos por la Defensa”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15759-31-04-001-2017-00022-01
CLASE DE PROCESO:	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADO:	WILMAR ALEJANDRO CABRERA Y OTRO
JUZGADO DE ORIGEN:	JZDO 1° PENAL CTO. SOGAMOSO
DECISIÓN:	CONFIRMA AUTO
APROBADA	Acta No. 45
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INES LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, tres (3) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del señor WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS, contra la providencia emitida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, mediante la cual se negó la petición de exclusión de pruebas.

II.- ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1.- Con ocasión a los hechos acaecidos el 6 de diciembre de 2016, en las instalaciones de la Cárcel del Circuito de la ciudad de Sogamoso, relacionados con el hallazgo de sustancia estupefaciente, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Busbanzá, se adelantaron las audiencias preliminares de

legalización de captura y formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento al señor WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso segundo del C.P., con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 numeral 9 de la misma obra.

2. A la actuación se vinculó a JOSÉ DANIEL BONILLA DÍAZ, a quien, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Sogamoso se le imputaron cargos por el mismo delito, sin la circunstancia referida.

3. La etapa de conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso ante el cual se adelantó audiencia de acusación el 5 de mayo de 2017.

4.- La audiencia preparatoria se surtió en sesiones del 21 de mayo de 2018, 7 de noviembre de 2018, 16 de septiembre de 2019, 12 y 18 de noviembre de 2018 y en su curso, la Defensa del señor WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS, realizó las siguientes solicitudes:

4.1. Exclusión de la Prueba No. 1 de la Fiscalía denominada Reporte de iniciación contenido en formulario FPJ1 del 6 de diciembre de 2016, rendido por la investigadora MONICA PIEDAD BARACALDO por considerar que fue producida de forma ilegal y violatoria de los artículos 1, 2, 4, y 29 de la Constitución Política, por cuanto en su sentir, dicho elemento surge de la obtención de E.M.P. y evidencias, para las que se violaron los procedimientos de legalidad al no legalizarse la incautación de los elementos encontrados en la Cárcel de la ciudad de Sogamoso, también por no acudir ante el Juez de Control de Garantías, desconociéndose la Ley procesal artículos 83 y 84 del Código de Procedimiento Penal que indican que las medidas materiales sobre

bienes susceptibles de comiso son la ocupación y la incautación y la suspensión del poder dispositivo la medida jurídica.

4.2.- Para la defensa, no se observó la ritualidad procesal al momento del hallazgo del elemento incautado en el patio quinto de la Cárcel de la ciudad de Sogamoso que al parecer se presentó a las 8 de la mañana, violándose de la misma manera los artículos 202 y 205 del Código de Procedimiento Penal, pues aun contando con funcionarios de policía judicial dentro de la Cárcel, como su Directora, la Subdirectora, el guarda del turno anterior y los comandantes de vigilancia, que pudieron cumplir los protocolos, estos finalmente fueron adelantados transcurridas más de tres horas, a las 11:50 de la mañana cuando llegó la funcionaria del C.T.I. a conocer de los hechos, siendo inexistente la cadena de custodia, por lo que las documentales presentadas por la Fiscalía, relacionadas con el hallazgo, operativo y la incautación realizada en la Cárcel de Sogamoso, como son la prueba No. 2 de la Fiscalía o informe presentado por el señor JULIO CÉSAR ORTIZ REY que sirve como base del informe de la investigadora, prueba No. 3, acta de incautación de elementos, deben excluirse; excluirse y rechazarse el informe de investigador FPJ13 dirigido a la Fiscalía sobre prueba de PIPH y pesaje de la sustancia, así como el informe sobre la destrucción de la sustancia al estar afectadas de ilegalidad, algunas de ellas con falsedades.

4.3.- El Acta de inspección a lugares o prueba No. 6 solicita se excluya al ser superflua e impertinente, al tratarse de información de otros procesos sobre los cuales no recae el debate probatorio.

4.4. Solicita la exclusión de los testimonios de los señores RAFAEL ANTONIO LÓPEZ CASTRO quien si bien es denunciante, narra hechos que dijo conocer, sin actuar de manera diligente al ser también guardia del INPEC para el día de los hechos; misma situación en la que encuentra a los señores JULIO CÉSAR ORTÍZ REY, quien halló la sustancia en el patio quinto, NELSON MAURICIO

SUESCA que omitió la función de control de legalidad dentro del establecimiento Carcelario, JORGE IVÁN GALLEGO DELGADO que participó en el operativo, y, JESÚS HERNANDO NIÑO AYALA quien también prestaba el servicio para el mismo pabellón.

Asimismo el testimonio de la investigadora adscrita al C.T.I. MONICA PIEDAD BARACALDO al tener un conocimiento viciado, y, del investigador PRÓSPERO DE JESÚS FAJARDO HERNÁNDEZ al realizar como perito la prueba de PIPH cuya formación estuvo viciada.

III. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, el 12 de noviembre de 2019, negó las solicitudes de exclusión elevadas por la Defensa de WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS indicando de entrada que la sustancia - alucinógeno- incautada no es un bien susceptible de comiso o de pérdida del poder dispositivo y por tanto; no requería audiencia de control posterior de legalidad ante el Juez de Control de Garantías dado que la referida sustancia constituye el elemento material del delito que no puede ser objeto de medidas cautelares con fines de comiso, no solo por ser una sustancia ilegal, sino también porque no puede ser propiedad ni de los acusados, ni de las víctimas, ni de terceros, menos aún puede pasar al Fondo Especial de Administración de Bienes, ya que la Ley dispone su destrucción luego de que se han hecho las pruebas de laboratorio correspondientes.

Sobre la actividad de Policía Judicial adscrita a la Cárcel y la falta de embalaje, rotulación, y, en general sobre vicios de la cadena de custodia, que es otro de los argumentos esbozados para alegar la ilegalidad y por ende el rechazo de los medios de la prueba de la Fiscalía, se indica que no es la audiencia preparatoria el escenario para alegar dichas irregularidades, siendo el juicio oral donde este tópico debe tratarse, y el Juzgado el que le dé el valor probatorio a cada una de las pruebas.

Sobre la teoría del árbol envenenado que se apoya en la idea de que un medio de conocimiento que haya nacido viciado a la vida jurídica no podrá generar un acto probatorio lícito en tanto haya sido contaminado debe correr la misma suerte de aquel, como la citada ilicitud o ilegalidad se fundamentó en que la incautación de la sustancia requería control de legalidad, y entonces se derrumba el argumento dado que no requería la intervención del Juez de Control de Garantías.

Sobre la prueba documental 6 de la Fiscalía, que corresponde al acta de inspección a lugares FPJ8 del 16 de febrero de 2017 que se ataca por ilegalidad e impertinencia, como se observa que su decreto se justificó en la relación que con los hechos esta tenía, en los términos de los artículos 375 y 376 del C. de P.P., no demostrándose su ilegalidad o ilicitud, los argumentos presentados no son de recibo; se destaca que la sentencia con Rad. 35130 del 8 de junio de 2011 emitida por la Corte Suprema de Justicia no hace alusión a ningún caso similar aplicable al asunto en concreto, y que, si en concordancia se solicita el análisis de la práctica de la prueba No 7, los juicios de ilegalidad mal podrían provenir del Despacho cognoscente, aspecto aplicable a las demás peticiones de exclusión.

III.- EL RECURSO

Inconforme con la decisión, la Defensa del señor WILMAR ALEJANDRO CABRERA solicita su revocatoria, en síntesis, por considerar que su obtención se dio con violación al principio de legalidad, según lo dispuesto en artículos 1, 2, 3, 4, 5, 29, 13 y 228 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 23, 4 y 10 del C. de P. P.

Reitera los argumentos presentados en audiencia preparatoria con relación al reporte de iniciación, también frente al informe suscrito por los funcionarios NELSON SUESCA y JULIO CÉSAR ORTIZ REY que fue suscrito sobre las 12:30 a.m. y da cuenta de la obtención de material probatorio sin la intervención

del funcionario de Policía Judicial correspondiente, ni tampoco de la autoridad a cargo que debía cumplir con el procedimiento, lo que permitió que el elemento hallado en el lugar (estupefaciente) fuera trasladado por todo el establecimiento carcelario, exponiéndolo previo a suscribir el acta de incautación, con lo que se desconocieron postulados de legalidad, incluyendo el artículo 41 de la ley 65 de 1993.

Para la Defensa, lo actuado debió someterse a control posterior de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías, ya que si se analiza con lógica racional, por principio de legalidad, el informe y las actas debieron presentarse al momento de la realización de las audiencias concentradas realizadas, con lo que se desconoció lo previsto en los artículos 82 y 84 del C. de P. P., más aún cuando el estupefaciente marihuana, si es objeto de comercio como cosa material, estando solo restringida la dosis que puede portar para distribuir una persona y si supera ahí si se comete la ilegalidad.

En general, se desconocieron normas tanto sustantivas como procesales, siendo aplicable la teoría del árbol envenenado desarrollada en sentencia con Rad. 45619 del 31 de agosto de 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al Acta de inspección a lugares, indica que debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 375 del C. de P. P., por tanto, al no tener nada que ver con el delito investigado, es impertinente y con ella se viola el principio de presunción de inocencia que opera a favor del procesado en el asunto adelantado por el delito de amenazas, argumento que debe tenerse en cuenta con respecto a la prueba No. 7. Por último, en lo que respecta a la prueba testimonial solicitada por la Fiscalía refiere que tendría lugar, si los señores RAFAEL ANTONIO LÓPEZ CASTRO, JULIO CÉSAR ORTÍZ REY, NELSON MAURICIO SUESCA, MÓNICA PIEDAD BARACALDO, JORGE IVÁN GALLEGOS y PRÓSPERO DE JESÚS FAJARDO no hubieran omitido la escala jerárquica al momento de la obtención de la sustancia, lo que constituye una

ilegalidad en el conocimiento, en la formación y en el objeto de la declaración a rendir por dichos testigos.

IV. TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

4.1.- La Fiscalía

Solicita que se despachen desfavorablemente cada uno de los argumentos presentados, pues fueron los mismos empleados al momento de realizar la solicitud en audiencia preparatoria, además por cuanto la Defensa ha hecho uso de los términos de ilicitud e ilegalidad indistintamente, insistiendo en que las pruebas solicitadas por la Fiscalía son ilegales e ilícitas sin fundamento legal y constitucional, cuando todos los procedimientos adoptados fueron de ley.

4.2.- Ministerio Público

Manifiesta que debe tenerse en cuenta el criterio que constituye doctrina probable en materia de los recursos que proceden en tratándose de decreto de pruebas en la audiencia preparatoria¹, frente a la cual, el interpuesto es procedente.

En relación a la controversia señala que cuando una parte solicita la exclusión de una prueba, lo que se busca es que no ingrese al juicio oral por violaciones al debido proceso, debido proceso probatorio o violación de garantías y en el caso se solicita la exclusión de pruebas documentales con argumentos no llamados a prosperar.

Señala que la intervención del Juez de Control de Garantías tiene una razón de ser y es que se salvaguarden los derechos fundamentales de las personas que se pudieron ver afectadas con las actividades de policía judicial, y en el caso,

¹ Corte Suprema de Justicia Sentencias AP 4812 del 27 de julio de 2016, AP 4889 del 5 de diciembre de 2016, y, 48345 del 5 de diciembre de 2017

ningún derecho fundamental se ve involucrado, no puede afirmarse que la marihuana es un bien lícito y se puede comercializar, lo que es distinto a que frente a personas enfermas que dependan de ese tipo de sustancias para su tratamiento, las puedan adquirir y por ello no haya judicialización.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1.- COMPETENCIA

De conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional al tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del asunto toda vez que se trata de un recurso de apelación formulado contra una providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, mediante la cual se decidió sobre la exclusión de pruebas en la audiencia preparatoria.

5.2.- EL PROBLEMA JURÍDICO

Exhibido el inconformismo de la Defensa de WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS, corresponde definir a esta Sala, si fue acertada la decisión adoptada por la Juez de primera instancia al negar las solicitudes de exclusión de las pruebas documentales y testimoniales presentadas por la Fiscalía.

Oportuno es recordar, que los objetivos de la audiencia preparatoria, al tenor de los artículos 356 y ss. del Código de Procedimiento Penal, están relacionados con el aprestamiento del juicio oral, en tanto escenario de construcción de conocimiento, al determinar previamente el tópico probatorio, a través de la definición concreta de las pruebas a practicar en el juicio oral, luego de que se verifique su conducencia, pertinencia, licitud y trascendencia.

Lo anterior supone que al Juez de Conocimiento le corresponde efectuar el juicio de admisibilidad y en especial, los de conducencia y pertinencia que establecen los artículos 375 y 376, con las consecuencias de exclusión rechazo o inadmisibilidad que contempla el artículo 359 de la Ley 906 de 2004.

La Corte Suprema de Justicia en providencia de fecha 13 de julio de 2012, Radicado 36.562 frente a estas figuras propias de la audiencia preparatoria indicó:

“En consecuencia, los medios de prueba ofrecidos por las partes pueden ser inadmitidos, rechazados y excluidos, según lo prevé el artículo 359 ejusdem. En principio, según las voces el artículo 376, toda prueba pertinente es admisible. Sin embargo, hay distintas razones por las cuales el elemento de convicción no debe llegar al juicio, no quedándole otra alternativa distinta al funcionario judicial que inadmitirlo”.

*“... El estatuto procesal también incluye **el rechazo** de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el artículo 356.1 ibídem. A su turno, la prueba ilegal debe ser **excluida**, de acuerdo con el artículo 360, según el cual “El Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código...”*

Desde esa perspectiva, una aproximación a la temática se halla en la providencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó que la ilegalidad probatoria es aquella *“...en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley...”*.

Así, tratándose de una prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y

previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión, siendo necesario que, en cada caso particular, la parte interesada no solamente acredite la contrariedad del medio con la ley, por inobservancia de las exigencias para su acopio, sino su trascendencia en los derechos del afectado.

5.2.1.- El caso concreto

Reclama la Defensa de WILMAR ALEJANDRO CABRERA PLAZAS, aspectos formales dispuestos en la ley con relación al procedimiento agotado el 6 de diciembre de 2016 en la Cárcel del Circuito Judicial de Sogamoso, los cuales fueron denunciados por el Dragoneante RAFAEL ANTONIO LÓPEZ CASTRO, Asesor Jurídico del Establecimiento, dando a conocer que para dicha fecha, una vez recibido el turno por parte del Dragoneante JULIO ORTÍZ REY, el ultimo citado se percató del ingreso del Dragoneante WILMAR CABRERA PLAZAS llevando consigo un paquete de forma rectangular que contenía sustancia estupefaciente y un equipo celular, el cual finalmente fue hallado en manos de JOSÉ DANIEL BONILLA, luego del operativo de registro y control adelantado.

En su criterio, (i) el reporte de iniciación suscrito por los investigadores del C.T.I., que arribaron al lugar una vez agotado el procedimiento dentro del centro carcelario, (ii) el informe de guardia suscrito por el Dragoneante JULIO ORTÍZ, (iii) el acta de incautación de la sustancia arrojando un peso bruto de 161.9 gramos, (iv) el informe de investigador de campo FPJ 23 sobre la prueba preliminar homologada y pesaje de la sustancia, y, (v) el informe del investigador de campo que da cuenta de la destrucción del elemento, fueron obtenidas con violación de garantías por parte de personal del I.N.P.E.C. que intervino desde la recolección del elemento, sin estar facultados para ello y porque debió ser sometida la actuación al control del Juez de Garantías.

En orden a establecer los requisitos que según el censor fueron pretermitidos, es fundamental en cuanto compromete el derecho al debido proceso, considerar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los límites constitucionales impuestos a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación cuando desarrolla la función de adelantar el ejercicio de la acción penal (art. 250 C.N.) y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, puntualizando en particular, que las actuaciones que por su especial incidencia recaen sobre los derechos fundamentales del imputado, de la víctima, o de otros intervinientes en el proceso penal, requieren de la intervención del Juez de Control de Garantías.

También es de precisar, que en virtud del artículo 200 del C. de P. P., en desarrollo de la función de indagación e investigación, la Fiscalía General de la Nación por conducto del Fiscal, quien es el Director, tiene a cargo la coordinación y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, entendida tal, por virtud del inciso tercero de la norma en cita, **la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal.**

Sentado lo anterior, tenemos que por disposición legal, existen órganos que ejercen la función de policía judicial de manera permanente (en ese grupo encontramos a la Policía Nacional y el Cuerpo Técnico de Investigación C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación), y órganos que la ejercen de manera especial, solo dentro del ámbito de su competencia, siendo el caso de los Directores Nacionales y Regionales del I.N.P.E.C., los Directores de los Establecimientos de Reclusión y el personal de custodia y vigilancia.

En relación, el artículo 41 de la Ley 65 de 1993 del - Código Penitenciario y Carcelario, modificado por el Decreto 2636 de 2004, precisa dichas funciones de policía judicial en los Directores General, Regional y de establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, para la

investigación de delitos que se cometan al interior de los establecimientos de reclusión.

Esta norma debe armonizarse con el contenido del párrafo del citado artículo 202 del C. de P. P. que indica lo siguiente:

“Párrafo: Los Directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes”.

Del análisis de estas disposiciones se obtiene, que frente al personal de custodia, el que para la Defensa no ejerce la función de policía judicial, es el Código de Procedimiento Penal en su artículo 202 y el párrafo citado, el que establece que las autoridades carcelarias son las llamadas a integrar las unidades de policía judicial al interior del centro a su cargo.

Corolario, el funcionario del Servicio de la Unidad de Policía Judicial o personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del I.N.P.E.C., en su defecto, adoptando los manuales del Consejo Nacional de Policía Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra facultado para que frente a situaciones de flagrancia asegure la existencia de los elementos que estructuran la comisión del delito, dando comienzo al desarrollo de las actividades necesarias, que deben ser dadas a conocer mediante informe al Fiscal Delegado, el cual asumirá la dirección, coordinación y control jurídico de las actuaciones y la verificación técnico-científica, sobre los actos urgentes, los cuales comprenden informes, actas de incautación, etc., para determinar su ajuste a los principios rectores y garantías procesales.

Para el caso si bien es cierto no se precisó como estaba conformado el Servicio de Unidad de Policía Judicial, fue en parte el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Centro Carcelario de la ciudad de Sogamoso, el que

intervino en la ejecución de los actos urgentes que permitieron individualizar a los posibles actores del delito por el que se procede.

Se verifica un reporte de iniciación en los términos del artículo 205 del C. de P. P. suscrito por los investigadores del C.T.I., quienes según se indica, arribaron a dicho centro una vez agotado el procedimiento anterior, que fue plasmado en el informe de guardia suscrito por el Dragoneante JULIO ORTÍZ.

También figura el acta de incautación de la sustancia hallada que resultó ser estupefaciente en la que se indica que esta arrojó un peso bruto de 161.9 gramos, lo cual figura en el informe de investigador de campo FPJ 23 y la prueba preliminar homologada y pesaje de la sustancia, culminando con la destrucción del elemento.

Para la Defensa, el anterior material fue obtenido con violación de garantías por parte de personal del I.N.P.E.C. que intervino desde la recolección de la sustancia que como se señaló se incautó a JOSÉ DANIEL BONILLA. Según el censor, este personal no estaba facultado para ello, además, por cuanto la intervención tardó más de tres (3) horas y lo actuado debió ser sometido al control del Juez de Garantías en el término de las treinta y seis (36) horas siguientes al inicio de dichos actos urgentes, a voces de los artículos 82 y 84 del C. de P. P.

Siendo claro que conforme a las facultades legales, tanto del cuerpo de custodia del I.N.P.E.C que en ejercicio de sus funciones de policía judicial, y en el ámbito de su competencia realizaron parte de los actos urgentes dentro del Establecimiento Carcelario, como del Cuerpo Técnico de Investigación ejerciendo de forma permanente, tal y como lo indicó la Juez *A quo*, si bien en el interior de la Cárcel del Circuito de Sogamoso se halló sustancia estupefaciente, del análisis de los informes se extrae que la intervención del C.T.I. dentro del penal fue solicitada, razón por la cual se acudió al lugar una

vez culminaron las operaciones por parte de personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Centro Carcelario de la ciudad de Sogamoso.

Concuera igualmente la Sala en cuanto a que frente a la incautación de la sustancia estupefaciente no requería intervención del Juez de Control de Garantías, al devenir improcedente su comiso en los términos del artículo 82 del C. de P. P.

Se extrae del contenido de los artículos 82 y 83 de la Ley 906 de 2004 que el comiso es una consecuencia jurídica por la comisión de un delito que implica la pérdida definitiva a favor del Estado del derecho de dominio que se tenga sobre los bienes allí previstos, supone la declaratoria de responsabilidad penal y procede sólo por su utilización o producto en delitos dolosos.

Con respecto a esta figura, el legislador determinó que previo a la afectación de bien alguno, el Fiscal siempre debe evaluar y en consecuencia ponderar, el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración. El efecto de la declaratoria de esta figura conlleva que los bienes pasen en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente (L. 906/2004, art. 82).

Así las cosas, al prever el artículo 82 del C. de P.P sobre cuales bienes el comiso se adelanta y encontrar que en el caso que nos concita se procedía sobre aquel que recae la conducta ilícita, es decir el objeto material del delito, (Reyes Echandía,1981 p.109), que constituye igualmente un elemento material probatorio (EMP) o evidencia física (EF), o si se quiere un objeto incautado con ocasión a la captura, para el que lo procedente era agotar las previsiones de la cadena de custodia.

La ley consagra expresamente las circunstancias en las cuales el Juez de Control de Garantías puede verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, como son cuando se da cumplimiento a órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia y recuperación de información dejada al navegar por internet.

Sobre la intervención del Juez de Control de Garantías, el Tribunal constitucional en Sentencia C-014 de 2018 reiteró su jurisprudencia en relación con las tres cláusulas constitucionales que sujetan las medidas dirigidas a la restricción de derechos en la investigación penal y el alcance del artículo 250.2 de la Constitución.

Así, señaló que: (i) en materia del derecho a la libertad personal, en general, sus restricciones deben ser autorizadas privativamente por el juez de garantías, (ii) en el ámbito de las intervenciones al domicilio, a la intimidad y a la privacidad opera el control judicial posterior sobre lo actuado.

También señaló, que para todos los demás procedimientos restrictivos de los derechos fundamentales, se requiere autorización judicial previa y que cuando el fiscal dispone la realización de los procedimientos que afectan la intimidad, el control judicial posterior tiene por objeto examinar la legalidad, tanto de la orden emitida como de la práctica y los resultados de las diligencias, comenzando a contabilizarse el término una vez finalizada la ejecución de los procedimientos ordenados.

En esas condiciones no se demuestra con los argumentos expuestos que deba marginarse de la actuación el material probatorio aludido. No se observa comprometido el debido proceso en la medida alegada por el recurrente por lo que la exclusión planteada no resulta procedente, siendo el escenario del juicio oral en el que se logre determinar la intervención realizada por la policía judicial

a la escena del delito y en general, todo lo concerniente al manejo de la evidencia y criterios de mismidad también advertidos por la Defensa.

A la misma conclusión se llega en cuanto al Acta de inspección a lugares, (pruebas 6 y 7) para la que el fundamento de ilegalidad no logra demostrarse. A la sazón, se alega una posible afectación al derecho de la presunción de inocencia al pretender aportar un proceso que se adelanta por el delito de amenazas, sin que este hecho este relacionado con el caso que nos ocupa, criterio del que difiere el Juzgado de instancia y comparte esta Sala, ya que del juicio de pertinencia realizado según la información que se reporta, las amenazas surgieron de los hechos acaecidos dentro del establecimiento carcelario el 6 de diciembre de 2016.

Finalmente se dirá, toda información susceptible de valoración judicial ingresa a través del testimonio de los testigos solicitados por las partes y decretados por el Juez, pues en sus principios básicos sólo se deben valorar como pruebas las que (i) han sido practicadas en su presencia, (ii) bajo juramento y (iii) sujetas a oportunidad de conainterrogatorio por la parte contraria. Estas tres condiciones garantizan la confiabilidad de la información que ingresa a un juicio a través de los testigos; así, realizar juicios anticipados con relación al conocimiento que de los hechos tienen los señores RAFAEL ANTONIO LÓPEZ CASTRO, JULIO CÉSAR ORTÍZ REY, NELSON MAURICIO SUESCA, MÓNICA PIEDAD BARACALDO, JORGE IVÁN GALLEGO y PRÓSPERO DE JESÚS FAJARDO quienes según la defensa constituyen “ilegalidad en el conocimiento”, no puede tenerse como fundamento para su exclusión, por lo que asimismo la petición en ese sentido será despachada desfavorablemente.

Consecuencia de lo expuesto, se procede a la confirmación íntegra del proveído atacado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el proceso al Juzgado de origen.

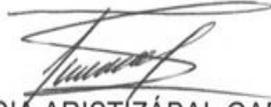
La presente se notifica en estrados y contra ella no proceden recursos. Para su exposición se designa a la señora Magistrada Ponente.



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada