

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00248 2018-04070

Acusado: Jonathan Alexander Sequeda y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otros

Decisión: Inadmite, revoca parcialmente, y confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Aprobado en acta No. 147

Medellín, dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022).

1.- VISTOS

De conformidad con el artículo 178 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el fiscal y por el defensor de Jonathan Alexander Sequeda contra la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 7 septiembre de 2022, respecto a las solicitudes probatorias.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo relevante de acuerdo al objeto de apelación, advirtiéndose que, por el orden y desarrollo impartido a la audiencia, así como por la intervención de los apelantes y no recurrentes, se tornó abstrusa e ininteligible dicha actuación; no obstante, se hará alusión a la solicitud probatoria, oposiciones y decisión, veamos:

2.1.- El Fiscal.

2.1.1.- Solicitud probatoria.

Como prueba documental adujo un informe de investigador de campo, adiado el 13 de junio de 2019, suscrito por el analista de audio, patrullero Diego Osorio, ID: 3308519, y un DVD con sellos de la Policía Nacional, hora de producción, con 50

conversaciones interceptadas de un teléfono móvil –celular N° 3117702855– con la presunta voz de Antonio Rincón, como uno de los interlocutores.

Arguyó que este, al igual que otros informes, en términos de pertinencia y utilidad sería fundamental para refrescar memoria e impugnar credibilidad. Así mismo, indicó que contiene un análisis de cómo conectaban una información con la otra los interlocutores, lo cual va de la mano de los DVD que tienen las voces de los procesados, se utilizaría para resolver de fondo la actividad realizada y el encuadramiento penal, además serviría para que de manera directa se escucharan sus voces.

2.1.1.1- Sin oposición.

2.1.1.2- Decisión.

Los informes, entrevistas, acta de controles de bitácora, e informes de captura solicitados con el objeto de refrescar memoria e impugnar credibilidad, no fueron solicitados como pruebas en sí mismos, por lo que no fueron decretados.

2.1.2. Solicitud probatoria.

Actividad pericial de cotejo de voces de los procesados con la interceptación de comunicaciones realizada por las peritas acústico-forenses Adriana María Corredor y Johana Milena Vásquez Tamara

Su utilidad y pertinencia fincó en que los interlocutores hablan sobre la comercialización de armas y estupefacientes, siendo los mismos acusados; igualmente, indicaría con base en qué información sometida a cadena de custodia hicieron ese cotejo fonoaudiológico.

Así mismo, y al referirse a los informes de laboratorio de base de opinión pericial explicó que hubo una orden del juez de control de garantías en sede de control previo, para que los acusados en los términos del artículo 249 del CP dieran las muestras de su voz, pero ellos se negaron, habilitándose a la fiscalía para que acudiera a las grabaciones de las audiencias públicas realizadas dentro del proceso para hacer el cotejo.

2.1.2.1. Oposiciones.

2.1.2.1.1. La bancada de la defensa, en general, argumentó que dicha prueba debe ser excluida ante la vulneración de derechos fundamentales, pues al fiscal el juez de garantías le autorizó la toma de muestras de las voces de los procesados, pero al ver que estos se negaron, acudió a los audios obrantes en el proceso para proceder a realizar el cotejo, lo cual les resulta ilegal e ilícito, contrario al debido proceso y vulnerador de los derechos a guardar silencio y no autoincriminación; entonces, si bien no existe discusión acerca de que esos audios son públicos, no por eso los podía usar caprichosamente para convertirlos en prueba de cargo y, de permitirse, los jueces en las audiencias preliminares tendrían que advertirle al procesado —cuando va a dar sus datos— que su voz puede ser usada para un cotejo, entonces, lo que debió hacer el fiscal fue pedir al juez que le permitiera recolectar esa información y hacer el cotejo.

2.1.2.2. Decisión.

La juez excluyó por ilegales los informes de laboratorio concernientes a la negativa de los procesados a la toma de muestra para cotejo de voces y los cotejos que se hicieron utilizando los audios de las audiencias y las interceptaciones, por no pasar por el tamiz del juez de control de garantías; no obstante indicó que esos audios de las interceptaciones eran prueba documental pertinente y, en esa medida, decretó su aducción.

Acudió al artículo 249 del CP, para explicar que el fiscal tenía la facultad de utilizar las grabaciones referidas para hacer el cotejo de voces, pero debió demandar del juez de control de garantías la legalización, en caso de no existir consentimiento de los afectados, y como no lo hizo, la prueba está afectada por violación de garantías fundamentales y debe ser excluida.

Finalmente, alude a que esta situación va de la mano del art. 245 del CP que señala: *“Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías”*, se trata de un cotejo con unos elementos que ya están en otros lugares, en bancos de esperma, de sangre, en los laboratorios clínicos etc., y para poder hacer esa confrontación, debe solicitar la revisión de legalidad al juez de control de garantías.

2.2. Defensor de Jonathan Alexander Sequeda Muñoz.

2.2.1. La primera solicitud probatoria.

Pidió como testigo de acreditación a Juan David Pineda Pulgarín, Oficial de la Policía Nacional, quien por más de 20 años desempeñó, entre otros, el cargo de Jefe de Unidad Investigativa, a fin de incorporar los documentos y elementos recolectados en desarrollo de su labor y dar a conocer los resultados de su actividad investigativa.

Su pertinencia la basó en que el testigo oficial hizo la recolección de la información legalmente obtenida, realizó su análisis y hablaría de acuerdo con su experiencia, de todos esos procedimientos de apoyo que prestan los policías de vigilancia, actividad que para el caso fue desarrollada por Jonathan Alexander Sequeda Muñoz en 2018; aduciendo que es admisible, dado que es un único testigo que no generará confusión ni perjuicio y por el contrario, serviría para sustentar la teoría del caso de la defensa.

2.2.1.2. Sin Oposición.

2.2.1.3. Decisión.

La a quo negó la prueba antedicha, porque el testigo no es la persona idónea para explicar las actividades de apoyo que prestan los policías de vigilancia en comisión; además, no hace parte de la Institución, por lo que, sus manifestaciones no serían de índole institucional sino personal, contaría su experiencia en tal actividad cuando fue policía, sin conocerse en qué época que contemporizara con Jonathan Alexander Sequeda Muñoz, y por ende, estimó que se trata de una información que crearía confusión.

2.2.2. La segunda solicitud probatoria.

Oficio 024 del 15 de septiembre de 2020 del grupo de Balística Forense de la Dirección Regional Bogotá, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, solicitado por Juan David Pineda Pulgarín, el cual permitiría tener comprensión sobre las características de los cartuchos que fueron incautados en la vivienda de su prohijado, y en lo tocante a los requerimientos o exigencias desde el punto de vista de la materialidad, dinámica y física, así mismo, la necesidad de que un cartucho tenga que estar acompañado de un arma de fuego, aspectos que

permiten sustentar ausencia de antijuridicidad material frente al tipo penal endilgado, según su aspiración.

2.2.2.1. Sin Oposición.

2.2.2.2. Decisión.

La funcionaria a quo negó la prueba, toda vez que los criterios sobre si el comportamiento del acusado es antijurídico son de resorte exclusivo del juez y no de la explicación de un testigo; además, no se trata de un peritaje a los proyectiles sino de una prueba documental consistente en una comunicación u oficio del grupo de balística de medicina legal, que alude a las características generales de los proyectiles y los elementos que componen un cartucho, su fenomenología y qué se requiere para que sea disparado y pueda producir daño, lo cual estimó inane, porque si el objeto de esa prueba es establecer que el cartucho en sí no es peligroso, sino que debe ser acompañado de un arma de fuego y que por ello el comportamiento es antijurídico, eso es un análisis eminentemente jurídico que no lo refuerza el mentado oficio.

3.- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1.- Fiscal.

Indicó que el informe de investigador de campo del 13 de junio de 2019, acreditado por Diego Osorio, donde se refiere a un DVD de la misma fecha con ID: 3308519 que contiene 50 actividades de interceptación registrada del celular 3117702855, y donde se advierte que es la voz de Antonio Rincón, sí fue una prueba pedida y ello se puede observar en las respectivas actas de audiencia.

Explicó que, sobre esa línea de teléfono, el día 23 de abril de 2019 libró orden de interceptación y los resultados fueron legalizados ante juez de control de garantías, lo que fue descubierto a la defensa; esto es, le dio traslado del rótulo de registro de la cadena de custodia del CD, la orden y el acta del juez, pero al ser documentos informativos no había necesidad de relacionarlos como anexos en el escrito de acusación, siendo enviados por correo electrónico a los defensores. Y, el informe de la sala de interceptación y los DVD con los audios les fueron entregados al momento del descubrimiento probatorio.

Así mismo, señaló que debe revocarse la decisión en punto a la negativa del decreto de pruebas concerniente al cotejo; esto es, la base de opinión pericial y el testimonio de los peritos, aclarando que una cosa es un cotejo de voces y otra de hablantes, pues el primero se refiere a un registro –interceptaciones legalizadas– y una toma de muestra otorgada voluntariamente por el acusado; pero como en este caso se negaron a hacerlo, pese a la autorización del juez de garantías, surge el fenómeno de obtención de voces para hacer un cotejo entre hablantes.

Expuso que para entender ese acto investigativo le era posible acudir a diferentes opciones para recoger unos audios, y se trata de una inspección a lugar distinto al sitio del hecho, que no requiere autorización previa; pero en este evento, la juez la excluyó al comparar la obtención de voces de los registros de audiencias efectuadas en el juzgado y ante juez de garantías, con los exámenes de ADN, asumiendo que eran lo mismo; lo cual no es cierto, pues la Fiscalía no realizó un cotejo de ADN y lo obrante en el proceso penal no es un banco de esperma o sangre, ni se trata de una muestra de laboratorio, sino de un acto de investigación ante un centro de servicios, al alcance de cualquiera, por ende no podía equiparse con las situaciones regladas por el artículo 345 del CPP como restricciones al descubrimiento de prueba.

Indicó que las voces recogidas son, en estricto sentido, pruebas documentales –artículo 424 y siguientes. CPP– y al obtenerse del proceso ya no pertenecen al acusado sino al proceso mismo; es decir, el acusado no puede disponer de ella porque es pública, y en ese sentido, se recolectó; y el proceso penal tampoco es una base de datos como para haber acudido ante el juez de garantías, y mucho menos se trata de una muestra médica u odontológica, lo que sí exigiría una autorización previa.

Advirtió que, en esa medida, ni el artículo 245 ni el 249 del código instrumental penal están relacionados con la utilización de documentos públicos que requieran control previo para su aducción, pues el uso de esas voces contenidas en los diferentes elementos obrantes en la carpeta no vulnera derechos fundamentales.

4.2.- Defensor de Jonathan Alexander Muñoz.

Señaló que su desacuerdo, primero se centra en la solicitud probatoria negada respecto al Oficio N° 024 del 15 de septiembre de 2020 del Grupo de Balística Forense, Dirección Regional Bogotá, en tanto, la prueba es pertinente y admisible, pues permitiría un mayor entendimiento de la fenomenología del disparo; así el perito

facilitaría que la juez, con base en ello, determine si se está en presencia de una conducta antijurídica o no.

En segundo lugar, disiente frente a la negativa del testimonio del investigador Juan David Pineda Pulgarín, porque es un testigo experto y debe permitírsele incorporar los elementos materiales probatorios que evidencian sus actos de investigación, así, puede dar a conocer ese deber ser de esos procedimientos y esas situaciones que se desarrollan cuando hay el apoyo que prestan los policías de vigilancia que se encuentran en comisión ante las seccionales de investigación criminal o seccionales de policía Judicial denominada SIJIN.

4.3.- No recurrentes.

4.3.1.- Defensor de Jonathan Alexander Sequeda.

Indicó que es acertada la decisión respecto a la prueba pericial dado que esto tiene que ver con la exclusión probatoria por afectación a garantías constitucionales pues debió ser sometida a control ~~a~~ previo ante el juez de control de garantías, y si bien es cierto se trata de eventuales voces de los procesados, se debe determinar la autenticidad del elemento, no solo de dónde se obtuvo sino a quién correspondería, para obtener certeza sobre el medio probatorio, lo que no existe en este caso. Además, no se tuvo en cuenta el derecho de contradicción que debe ejercerse desde la misma solicitud preliminar, y se pasó por alto la manifestación de los procesados de no permitir el uso de su voz para cotejo alguno.

4.3.2.- Defensor de Jorge Alexander Romero Ramos y Liliana Cardona Cardona.

Refirió, frente a la exclusión de la solicitud probatoria de la Fiscalía, que le asiste razón a la juez de instancia, dado que las audiencias preliminares tienen como finalidad impartir legalidad y no construir a través de ellas prueba en contra del acusado, pues si así fuese, tendría que advertírsele a este, como requisito de procedibilidad, la consecuencia del uso de su voz, y el no hacerlo constituye un acto de deslealtad y sorprendimiento que vulnera el derecho a la no autoincriminación.

Manifestó que ese medio de conocimiento, usado para el cotejo de voz, es ilícito, pues ciertamente, en su existencia material es un documento público, pero en su estricta legalidad, para convertirlo en prueba de cargo requiere de control previo.

4.3.3.- Defensor de Antonio Rincón Palacio.

Se pronunció frente a la negativa del decreto de prueba del DVD con ID 3308519, indicando que el Fiscal dijo que contenía más de 50 actividades de interceptación, que es la voz de su prohijado, y que por error no lo había solicitado en el escrito de acusación, pero si lo había descubierto, pudiéndose verificar en la respectiva acta; no obstante, a su juicio no basta con enunciar un elemento, sino que se debe descubrir y entregarlo, lo que no se hizo.

En lo tocante al cotejo de voces y la negativa de la Juez para que se hiciese con una base de opinión frente a la voz de las audiencias preliminares, consideró que no se puede vulnerar el derecho al debido proceso y a la vez garantizarlo; es decir, el fiscal pidió autorización ante juez de garantías para que permitiera ese cotejo pero los procesados, acogiéndose al artículo 33 de la CN, decidieron que no se someterían al mismo pero el fiscal, haciendo uso de su libertad probatoria, decidió —sin control previo— tomar de las audiencias las voces de ellos, sin tener en cuenta que probablemente si se les hubiese comunicado que eso pasaría lo más posible hubiera sido que guardaran silencio. Es más, ni sus nombres los dirían.

Solicitó se confirme la decisión.

4.3.4. Defensor de Jorge Luis Duque.

Pidió confirmar la decisión, en el sentido de excluir la base de opinión pericial que tiene que ver con el cotejo de las voces tomadas de los audios de las audiencias obrantes en el proceso y contrastadas con las de las interceptaciones, pues estima que no solo se violentaron las formalidades legales de recolección y aducción, sino que se desconocieron derechos fundamentales siendo, por ende, prueba ilegal e ilícita.

Dijo que el Fiscal solicitó control previo para realizar la toma de muestras de las voces pero los procesados, amparados en sus derechos, dijeron que no, por lo que debió preverlo y requerir que en caso de que ello pasara se le autorizara la inspección judicial al proceso, a fin de recopilar los audios y tomar muestras, o después de haberse presentado esa situación acudir de nuevo al juez de garantías a pedir la autorización para hacer el cotejo pero no lo hizo, acudiendo de manera arbitraria al principio de libertad probatoria.

4.3.5. Fiscal.

Señaló que debe confirmarse la decisión que negó la práctica de prueba concerniente al oficio del grupo balístico forense del 15 de septiembre de 2020 y al testimonio del investigador, ello ante la ausencia de pertinencia y utilidad, pues no van ligadas al núcleo esencial fáctico imputado, generan confusión y ambigüedad, y lo que podría admitirse en gracia de discusión sería una prueba de refutación frente a los dictámenes de la aptitud de la munición; aunado, a que no se trata de un testigo experto.

Y, retomando su intervención como recurrente, agregó que en el numeral 9 del escrito de acusación dice: “*Informe de investigador de campo FPJ de 13 de junio de 2019, suscrito por el analista de audio, patrullero Diego Osorio, ID: 3308519, un DVD color Blanco con sellos de la Policía Nacional NUNC, hora de producción, con 50 actividades de línea celular interceptada – celular 3117702855 voz Antonio Rincón.*”; lo que también figura en el acta del descubrimiento probatorio del 15 de mayo de 2020 folio 6, firmado por la defensa, menos por la de Antonio Rincón Palacio, quien no quiso hacerlo.

Aclaró que no hubo falta de descubrimiento y lo que no se relacionó en el escrito de acusación fueron las copias de registro, rótulo, cadena de custodia, órdenes de interceptación y actas de audiencia de controles posteriores, pues no son prueba, sin embargo, fueron entregados a la defensa.

4.3.6. Delegada del Ministerio Público.

Respecto al cotejo de voces, indicó que podría pensarse que no hubo vulneración a derechos fundamentales, en la medida que el juez de control de garantías autorizó previamente la toma de muestras de la voz, que buscaba precisamente que a la persona no se le hiciese una intromisión desmedida por parte del Estado, con el fin de obtener actos investigativos; y como no se pudo realizar, ante la negativa de los procesados, se acudió a los documentos públicos obrantes en la actuación. Ahora bien, el artículo 249 del CP dice que, al pretenderse una muestra para identificación de una voz, se le pide al procesado leer algo en específico y en ese evento sí habría intrusión, por lo que, se requiere el consentimiento del implicado; pero al no lograrse, se debe solicitar esa autorización a juez de garantías; por ende, el problema en juicio sería de autenticación más que de ilicitud.

Explicó que dicho elemento no es un medio de prueba como tal, sino que hace parte de la prueba misma, llegando a ser, a lo sumo, un indicio; por ende, no puede excluirse, como tampoco y con mayor razón, las interceptaciones, pues fueron debidamente descubiertas.

Finalmente, respecto a la negativa del decreto de prueba pedidas por la defensa de Jonathan Alexander Sequeda, lo que se busca es demeritar la prueba de cargo, a través del testimonio de un ex servidor de la Policía Nacional, por lo que no ve en ello inconveniente para su concesión.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el Art. 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el Art. 359 inciso final de la misma obra y, como quiera que el límite del recurso lo impone la pretensión misma del impugnante, se atenderá estrictamente esa argumentación para dar respuesta a la censura.

Antes de analizar el problema jurídico propuesto, debe la Sala resaltar lo abstruso de la actuación que ha concitado la actuación de la Sala como ad quem, por la caótica conducción de la audiencia, lo que dificultó evidenciar para los fines de la censura, qué pruebas decretó, excluyó, negó o inadmitió, generando confusión no solo al momento de emitir la respectiva decisión sino en las intervenciones de los apelantes y no recurrentes. Sin embargo, en aras de priorizar los fines de eficacia y celeridad, conforme al inciso último del artículo 10° CPP, se atenderá el asunto apelado de la siguiente manera:

5.1.- Pruebas pedidas por la Fiscalía y que son objeto de censura.

5.1.1.- Informe del 13 de junio de 2019: Se trata de un Informe de investigador de campo en formato FPJ, suscrito por el analista de audio, patrullero Diego Osorio, ID: 3308519, y un DVD con sellos de la Policía Nacional, con 50 actividades de línea celular interceptada – celular 3117702855 presunta voz de Antonio Rincón-.

Al respecto, el Fiscal indicó que son pertinentes y útiles en la medida que serían usados para refrescar memoria e impugnar credibilidad y, en lo tocante, la Juez argumentó que al no ser objeto de solicitud probatoria por ser meramente informativos no serían decretados como pruebas.

Lo que resulta ser cierto; y no se comprenden las razones por las cuales el Fiscal rebatió tal determinación, ese informe -en los términos en que fue pedido- podrá ser utilizado en el juicio para esa finalidad. Al efecto huelga recordar lo que ha indicado la Corte Suprema de Justicia acerca del valor de los informes de Policía Judicial:

“A la luz de este marco teórico, para la Sala es claro que los informes presentados por los policiales: (i) contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible; (iii) su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 –literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones, es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, estas declaraciones documentadas pueden utilizarse (i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados.”¹

Ahora bien, si el Fiscal entendió que esa decisión emitida por la juez de la causa comprendía lo relacionado con el anexo (esto es, el DVD que contiene las voces de los procesados) no le asiste razón pues, según se pudo evidenciar, la funcionaria al momento de excluir la prueba de los cotejos de voces resaltó que todas las interceptaciones eran pertinentes y sería decretadas.

Y en esa medida, la inconformidad del Fiscal toca con una prueba que fue decretada, decisión que no es pasible del recurso de apelación, en atención a que el problema jurídico que se debate es de admisibilidad de la prueba y no de afectación a garantías fundamentales. Así lo sostuvo la Corte en la decisión con radicado 47469 del 27 de julio de 2016, al siguiente tenor:

“Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación”.

¹ CSJ. Sala Penal. Radicado 45899, del 23 de noviembre de 2017

Finalmente, es de aclarar respecto a lo manifestado por el defensor de Antonio Rincón Palacio, en su calidad de no recurrente, que no se observa en este caso una falta de descubrimiento del citado informe pues, por el contrario, se pudo evidenciar que, desde la adición realizada al escrito de acusación hasta la realización de las solicitudes probatorias, fue mencionado. Incluso, se aporta a la actuación un acta de entrega realizada por la Fiscalía a los defensores, relacionándose todos los elementos descubiertos, entre ellos el referido informe, lo cual significa que no existe un sorprendimiento a la defensa que pudiese generar la aplicación del artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

5.1.2. Actividad pericial de cotejo de voces de los procesados con la interceptación de comunicaciones realizada por las peritas acústico-forenses Adriana María Corredor y Johana Milena Vásquez Tamara.

Para mayor claridad se tiene que el Fiscal solicitó, previamente, ante el juez de control de garantías, la autorización de toma de muestras de la voz de los procesados a fin de cotejarlos con las interceptaciones de las llamadas, lo que fue concedido. Sin embargo, los acusados se negaron, optando el ente acusador por acudir a las grabaciones de las audiencias realizadas dentro de la actuación, a fin de poder realizar dicha gestión.

La solicitud probatoria fue excluida por la juez de instancia al considerar que, si bien el fiscal tenía la facultad de acudir a las grabaciones y hacer el cotejo de voces, debió pedir ante el juez de garantías la audiencia de revisión de legalidad, dado que no existía consentimiento del afectado.

De acuerdo a ello, se realizarán las siguientes consideraciones:

El artículo 249 de la Ley 906 de 2004² tiene como finalidad:

² "ARTÍCULO 249. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redarguido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

“... la obtención de ciertas muestras que incumben al imputado, y que de conformidad con lo que establece el artículo 275 de la Ley 906 de 2004,³ son consideradas como elementos materiales probatorios y evidencia física que generalmente provienen del imputado, son de su propio cuerpo. Por lo tanto, cuando se trate de la extracción de evidencia física ajena o extraña al cuerpo del imputado, pero que se encuentra alojada en él, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, relativo a la inspección corporal.

El artículo señala de manera expresa el tipo de muestras que se pueden obtener mediante el procedimiento descrito en él, por lo cual se entiende por “muestras”, los fluidos corporales (sangre, saliva, sudor, semen, etc.), cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales, pisadas, que deben recogerse para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.

(...)

dado que para la obtención de algunas de las muestras corporales, es necesario algún tipo de exploración de los orificios corporales –entre los que se encuentran el ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales -, así como el interior del cuerpo a través de la introducción de instrumental médico, sondas, por lo cual, tales medidas tienen una incidencia media o alta en los derechos del imputado, su práctica debe siempre ser previamente autorizada por el juez de control de garantías”⁴

Así mismo, la Corte Constitucional hizo mención a las situaciones que pueden presentarse en estos casos, así:

“Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la obtención de muestras corporales, el imputado se niegue a permitir su práctica, bien sea (i) alegando circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada; o (ii) invocando circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. En el primer caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. El segundo caso, puede presentarse,

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.
PARÁGRAFO. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.”

³ **Ley 906 de 2004, Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física.** Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: ¡ a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; ¡ b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; ¡ c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; ¡ d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; ¡ e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; ¡ f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; ¡ g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; ¡ h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

⁴ Sentencia C-822 de 2005

por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la obtención de muestras se efectúe una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales la obtención de muestras se podrá practicar, o la niegue.

En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado siempre debe ser la primera opción para la obtención de muestras corporales que le incumben. No obstante, cuando ello no se logre, la norma prevé expresamente que se acuda al juez de control de garantías para que, en una audiencia de revisión de legalidad, considere de nuevo la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales ésta puede ser llevada a cabo.”⁵

En este asunto, el fiscal pidió autorización a juez de garantías para la toma de muestra de voces, pero los procesados se negaron a permitirlo alegando circunstancias que no fueron conocidas por el togado al momento de emitir la decisión, razón por la cual, el ente acusador tenía la posibilidad de acudir nuevamente ante el juez a informar dicha situación a fin de que se definiesen las condiciones bajo las cuales se haría su obtención o se negara definitivamente su práctica, sin embargo, en su libertad probatoria optó por no hacerlo, desistiendo de ese acto investigativo; por ende, no estaba obligado a realizar control posterior pues no obtuvo esa toma de muestras.

Ahora, es claro que el control de legalidad previo y posterior ante el juez de garantías es sobre la toma de muestras, dada esa posible afectación de derechos fundamentales, pero no frente al cotejo de voces, por tanto, la decisión de la *a quo* resulta desacertada, pues partiendo de que ese acto investigativo no debe ser sometido a esos controles, el problema se centraba en determinar si la voz tomada de una audiencia pública podía ser usada para realizar de ese cotejo.

En ese sentido, los registros de audio de las audiencias están catalogados como documentos públicos que se encuentran amparados por la presunción de autenticidad⁶, y no se trata de una fuente probatoria obtenida con violación a derechos fundamentales, en tanto concierne a una información de carácter público que es la que “... puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la

⁵ Ídem.

⁶ CSJ SP7732-2017, Rad. 46728

*familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno*⁷,⁸, y en esa medida, a juicio de esta Sala resulta válida su utilización para la realización del cotejo de voz.

En consecuencia, la prueba solicitada, en cuanto a los cotejos de voces, no merece reparo alguno pues como se anotó ese acto investigativo no requiere de un control previo o posterior para su legalización, y la fuente usada no fue obtenida con violación a derechos fundamentales, al tratarse de una información de carácter público, por tanto, se revocará la decisión y en su lugar será decretada.

5.2. Pruebas pedidas y negadas a la defensa de Jonathan Alexander Sequeda.

-Testimonio de acreditación de Juan David Pineda Pulgarín, quien trabajó en la Unidad investigativa de la Policía Nacional por más de 20 años desempeñándose como jefe de esa unidad, hablará del servicio de los policías de vigilancia en comisión siendo esta actividad la realizada por el citado acusado en el año 2018 e incorporara los elementos recolectados en desarrollo de su labor; la prueba fue negada al considerar la juez que ésta no era la persona idónea para dar ese tipo de explicación al no hacer parte de la policía, tornándose sus manifestaciones de índole personal más no institucional.

-Oficio 024 del 15 de septiembre de 2020 del grupo de Balística Forense de la Dirección Regional Bogotá, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, solicitado por Juan David Pulgarín y que según el peticionario permitirá tener comprensión sobre las características de los cartuchos que fueron incautados en la vivienda de su prohijado, los requerimientos o exigencias desde el punto de vista de la materialidad, dinámica y física, y la necesidad de que un cartucho tenga que estar acompañado de un arma de fuego, lo que le servirá para sustentar una ausencia de antijuridicidad material.

Al respecto, ha de indicarse que, de acuerdo con el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*, y al tratarse de un testigo experto o técnico *“sólo puede atestar sobre los hechos percibidos de manera personal y dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de sus conocimientos especializados”*⁹, y en este caso, si bien es cierto Juan David Pineda Pulgarín como

⁷ Sentencias T-729 de 2002 y C-692 de 2003.

⁸ Sentencia C336 de 2007

⁹ CSJ. Sala Penal. Rad. 45711 del 22 de abril de 2015

experto acudiría a juicio a fin de pronunciarse de acuerdo a su experiencia y conocimiento sobre el tema del servicio de los policías de vigilancia en comisión, también lo es que no percibió directamente los hechos objeto de investigación, y en consecuencia, su decreto como prueba resulta improcedente, pues así ostente una especial cualificación profesional no pierde por esa razón la condición de testigo. Cabe indicar, además, que no fue pedido como perito, ni su comparecencia a juicio se explica que sea en punto a oficiar como experto sobre base alguna de opinión pericial.

Cabe agregar que, como lo indicó la juez a quo, el citado Oficio o comunicación tiene carácter general e informativo, por demás asequible al público, pues se limita a poner en conocimiento ese aspecto técnico científico de las municiones o armas de fuego, pero no constituye un peritaje, por ende, al no tratarse de una prueba pericial inocuo resulta que la juez de instancia con base en ello se pronuncie acerca de la antijuridicidad de la conducta.

En esos términos, se confirmará la decisión apelada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión de la juez de instancia, que decretó la incorporación como prueba documental de cargo, de un DVD color Blanco con sellos de la Policía Nacional NUNC, hora de producción, con 50 actividades de línea celular interceptada —3117702855 emisor Antonio Rincón— ID: 3308519.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la decisión objeto de apelación emitida, y en su lugar se decreta como prueba de la fiscalía, la actividad pericial de cotejo de voces de los procesados con la interceptación de comunicaciones realizada por las peritas acústico-forenses Adriana María Corredor y Johana Milena Vásquez Tamara.

TERCERO: CONFIRMAR la decisión objeto de apelación emitida respecto al testimonio de Juan David Pineda Pulgarín y el Oficio 024 del 15 de septiembre de

2020 del grupo de Balística Forense de la Dirección Regional Bogotá, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

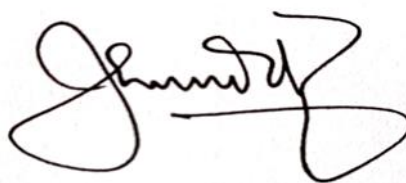
CUARTO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO