

TÍTULO DEL TRABAJO

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS IRREGULARIDADES
EN LA CADENA DE CUSTODIA**

AUTORES

**GLADYS ZULUAGA GIRALDO: C.C. 43'470.374
JUAN GUILLERMO CARDONA OSORIO: C.C. 71'659.699
FABIO ANDRÉS ZULUAGA GIRALDO: C.C. 71'386.281**

TÍTULO OTORGADO

ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL

ASESOR DEL TRABAJO

DOCTORA MONICA BUSTAMANTE

ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO

MEDELLIN

2010

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|----------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUCCION. | 4 |
| PROBLEMA JURÍDICO | 6 |
| POLOS DE RESPUESTA | 8 |
| ESCENARIOS CONSTITUCIONALES | 8 |
| EXPLICACIÓN METODOLÓGICA | 9 |
| 1. El punto arquimédico de apoyo | 9 |
| 2. El lapso estudiado | 9 |
| 3. El Patrón Fáctico Similar | 10 |
| 4. NICHO CITACIONAL | 10 |
| 4.1 Tesis uno (incidencia en la valoración) | 10 |
| 4.2 Tesis dos (incidencia en la legalidad) | 11 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 5. La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia | 11 |
| 5.1 Sentencia fundante | 11 |
| 5.2 Sentencias importantes | 11 |
| 5.2.1 Análisis argumentativo de la sentencia hito tesis uno de la incidencia en la valoración probatoria | 11 |
| 5.2.2. Análisis argumentativo en la sentencia hito en la tesis dos sobre la incidencia en la legalidad de los medios de prueba | 14 |
| 5.2.3. Retorno a la tesis uno sobre la incidencia en la valoración de los medios de prueba | 17 |
| 5.2.4. Retorno a la tesis dos sobre la incidencia en la legalidad de los medios de prueba | 19 |
| 5.3. Sentencias confirmadoras de línea | 21 |
| 5.4. Sentencias no importantes | 22 |
| 6. FORMATO DE ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL | 23 |
| 7. Justificación de la ubicación de las decisiones en el gráfico de la línea. Análisis de la importancia de cada una de las decisiones. | 24 |
| 8. CONCLUSIONES | 25 |

Las últimas reformas en materia de derecho procesal penal se han inclinado paulatinamente, por moldear un proceso más justo, por interpretar en sus líneas, de manera más decidida cada vez, los avances logrados con el nuevo modelo constitucional y de estado social de derecho, a más de los dictados en esta materia a nivel internacional. Incluso, en contravía de las claras contrarreformas, que inspiradas en las olas antiterroristas de los imperios que pretenden hacer de sus luchas, las de toda la orbe, van penetrando indiscutiblemente el sistema penal.

Uno de los aspectos que ha resultado innovador en su aplicación, con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento tendencialmente acusatorio, es el relativo a la cadena de custodia, pues que como regulación existe desde la legislación precedente. Con relación a la recolección y aducción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, se ha procurado introducir reglas que permitan garantizar que los elementos hallados en los diversos actos de investigación o que lleguen a las autoridades judiciales por cualquier otro medio, sean los mismos presentados al juez para facilitarle el adecuado conocimiento de los hechos, requisito indispensable para una decisión justa. Para estos propósitos se ha regulado la cadena de custodia, cada vez de manera más precisa.

Sin embargo, el entendimiento de las reglas de cadena de custodia ha sido variado, no sólo desde la perspectiva de las diferentes normas procesales vigentes en la última década, sino además bajo los planteamientos jurisprudenciales emitidos al respecto. De manera especial, los pronunciamientos que ha emitido la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Ley 906 de 2004 han sido diversos frente a situaciones fácticas análogas, lo que ha generado desconcierto en los diferentes operadores jurídicos. El estudio se torna complejo, bien por la diversidad de pronunciamientos que sobre el tema ha emitido la Corte Suprema de Justicia, y que tiene una incidencia dramática en la formulación de las causales de casación, ora porque el estudio abarca dos legislaciones diametralmente diferentes, como lo son la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.

Es nuestra pretensión que el estudio de la presente línea jurisprudencial aporte claridad y comprensión sobre las interpretaciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia a las fallas en la cadena de custodia, con relación a las consecuencias que de dicho yerro se derivan y permita elegir con mayor conocimiento de causa la tesis que resulte más razonable. Aunque resulta innegable que incluso a hoy se trata de una línea caótica, que no muestra una tendencia unificada vigente, así le hayan precedido divergentes posiciones.

El parte es angustioso, si se quiere, desde el punto de vista de unificación de la jurisprudencia para la consolidación de la garantía de la igualdad y el principio de la seguridad jurídica, pues que no se advierte en la corporación una posición unívoca con relación a los efectos que, ante la advertida irregularidad sobre la cadena de custodia, se pueden predicar con relación a la admisibilidad o autenticidad del elemento material probatorio o evidencia física, pues que como se verá unos magistrados recurrentemente entienden este un problema de valoración probatorio, y otros, cuantitativamente menos, lo entienden como asunto de legalidad de la prueba.

Pero no cabe duda que resulta este tema de bastante actualidad y este rastreo jurisprudencial un punto de partida bien interesante, para acometer una investigación del tema, que comprenda un estudio serio de la doctrina vigente, para lograr adoptar una tesis, que supere el criterio de autoridad dado por la alta Corporación, y que sea el resultado de un análisis razonado y profundo. No nos cabe duda que con este esbozo empezamos a auscultar terrenos aptos para explorar en niveles académicos superiores al actual.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS IRREGULARIDADES
EN LA CADENA DE CUSTODIA**

**SALA PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

POR

**GLADYS ZULUAGA GIRALDO: C.C. 43'470.374
JUAN GUILLERMO CARDONA OSORIO: C.C. 71'659.699
FABIO ANDRÉS ZULUAGA GIRALDO: C.C. 71'386.281**

CADENA DE CUSTODIA

EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CADENA DE CUSTODIA

Las últimas reformas en materia de derecho procesal penal se han inclinado paulatinamente, por moldear un proceso más justo, por interpretar en sus líneas, de manera más decidida cada vez, los avances logrados con el nuevo modelo constitucional y de estado social de derecho, a más de los dictados en esta materia a nivel internacional. Incluso, en contravía de las claras contrarreformas, que inspiradas en las olas antiterroristas de los imperios que pretenden hacer de sus luchas, las de toda la orbe, van penetrando indiscutiblemente el sistema penal.

Uno de los aspectos que ha resultado innovador en su aplicación, con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento tendencialmente acusatorio, es el relativo a la cadena de custodia, pues que como regulación existe desde la legislación precedente. Con relación a la recolección y aducción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, se ha procurado introducir reglas que permitan garantizar que los elementos hallados en los diversos actos de investigación o que lleguen a las autoridades judiciales por cualquier otro medio, sean los mismos presentados al juez para facilitarle el adecuado conocimiento de los hechos, requisito indispensable para una decisión justa. Para estos propósitos se ha regulado la cadena de custodia, cada vez de manera más precisa.

Sin embargo, el entendimiento de las reglas de cadena de custodia ha sido variado, no sólo desde la perspectiva de las diferentes normas procesales vigentes en la última década, sino además bajo los planteamientos jurisprudenciales emitidos al respecto. De manera especial, los pronunciamientos que ha emitido la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Ley 906 de 2004 han sido diversos frente a situaciones fácticas análogas, lo que ha generado desconcierto en los diferentes operadores jurídicos. El estudio se torna complejo, bien por la diversidad de pronunciamientos que sobre el tema ha emitido la Corte Suprema de Justicia, y que tiene una incidencia dramática en la formulación de las causales de casación, ora porque el estudio abarca dos legislaciones diametralmente diferentes, como lo son la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.

Es nuestra pretensión que el estudio de la presente línea jurisprudencial aporte claridad y comprensión sobre las interpretaciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia a las fallas en la cadena de custodia, con relación a las consecuencias que de dicho error se derivan y permita elegir con mayor conocimiento de causa la tesis que resulte más razonable. Aunque resulta innegable que incluso a hoy se trata de una línea caótica, que no muestra una tendencia unificada vigente, así le hayan precedido divergentes posiciones.

El parte es angustioso, si se quiere, desde el punto de vista de unificación de la jurisprudencia para la consolidación de la garantía de la igualdad y el principio de la seguridad jurídica, pues que no se advierte en la corporación una posición unívoca con relación a los efectos que, ante la advertida irregularidad sobre la cadena de custodia, se pueden predicar con relación a la admisibilidad o autenticidad del elemento material probatorio o evidencia física, pues que como se verá unos magistrados recurrentemente entienden este un problema de valoración probatorio, y otros, cuantitativamente menos, lo entienden como asunto de legalidad de la prueba.

Pero no cabe duda que resulta este tema de bastante actualidad y este rastreo jurisprudencial un punto de partida bien interesante, para acometer una investigación del tema, que comprenda un estudio serio de la doctrina vigente, para lograr adoptar una tesis, que supere el criterio de autoridad dado por la alta Corporación, y que sea el resultado de un análisis razonado y profundo. No nos cabe duda que con este esbozo empezamos a auscultar terrenos aptos para explorar en niveles académicos superiores al actual.

PROBLEMA JURÍDICO

¿En el proceso penal, las irregularidades presentadas en la cadena de custodia, inciden en la legalidad de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, por ende pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión, o inciden en la autenticidad del elemento material probatorio y por ende, en la valoración de dichos elementos?

Se trata de precisar, de la mano del máximo tribunal de casación en lo penal, si las discusiones en torno a la cadena de custodia deben surtirse desde la perspectiva de la legalidad, para dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión durante las etapas preliminares o en la audiencia preparatoria, o si es un aspecto que solo adquiere relevancia al momento de la valoración de los medios de conocimiento sometidos a dichos protocolos, al momento de emitir la sentencia que pone fin al litigio.

La definición de este aspecto no es baladí. Ello, naturalmente, tiene serias implicaciones en aspectos tales como:

- (i) El ingreso o no de una evidencia al acervo probatorio, para que pueda ser valorada por el juez, en conjunto con los otros medios de conocimiento, coadyuvando a las resultas finales del proceso.
- (ii) Si se acepta que se trata de un problema de legalidad, las evidencias físicas sometidas a cadena de custodia podrían ser excluidas en las audiencias preliminares o en la audiencia preparatoria; si se concluye que es un problema de valoración, el peso probatorio será decidido por el juez al momento de dictar sentencia.
- (iii) Si se concluye que se trata de un problema de legalidad, legitimaría ello, una serie de decisiones intermedias por parte del juez, bien en audiencia preliminar o en audiencia preparatoria (juez de control de garantías y juez de conocimiento, respectivamente) y la posibilidad de que se interpongan los recursos de reposición y apelación; si se opta porque se trata de un problema de valoración, el tema será resuelto por el juez al momento de dictar sentencia, sin concebir decisiones o recursos intermedios.

- (iv) sí se le ubica en sede de exclusión, el cargo de casación corresponde al de error de derecho por falso juicio de legalidad y sí se contrae a un problema de valoración se debe configurar el cargo como error de hecho por falso juicio de raciocinio.

POLOS DE RESPUESTA

La Corte Suprema de Justicia ha asumido dos posiciones antagónicas frente a este problema jurídico, que bien pueden resumirse así:

(i) Tesis de la incidencia en la autenticidad del elemento material probatorio o evidencia física (valoración)

La cadena de custodia no tiene incidencia en la legalidad de las evidencias físicas, se trata de una forma de autenticación y por ello incide en la valoración de estos medios de conocimiento.

(ii) Tesis de incidencia en la legalidad del elemento material probatorio o evidencia física (exclusión)

La cadena de custodia hace parte del debido proceso, por lo que su violación acarrea la ilegalidad del elemento material probatorio o la evidencia física y puede dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión.

ESCENARIOS CONSTITUCIONALES QUE CONVOCA EL TEMA

El escenario constitucional en el que se ubica el problema jurídico a plantear es el de la garantía fundamental del debido proceso, en su componente de la ilicitud de la prueba, y el análisis de la sana crítica en sede de valoración probatoria.

Preliminarmente, luego de un rastreo jurisprudencial que permitió la base de datos lexbase.com y la pagina web de la rama judicial, se presenta el siguiente esquema tratando de ubicar las diferentes sentencias encontradas dentro del interregno de oscilación entre las dos tesis referidas.

EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA LÍNEA:

1. El punto arquimédico de apoyo:

En el rastreo jurisprudencial que se efectúa, se hallaron varias providencias que apenas tocaban tangencialmente el tema¹, por lo que la última sentencia que refiere el tema de manera directa y como una ratio decidendi, que se encontró en el rastreo fue la Sentencia 33691 del 14 de abril de 2010, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, providencia que a su vez cita la sentencia 29416 del 23 de abril de 2008, ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, providencias que se ubican en la tesis de la legalidad antes referida.

Valga aclarar que luego de lectura de varias providencias pudimos advertir que no son estas sentencias con citas múltiples, apenas escasamente cuando se recurre a la citación de precedentes, se hace sólo uno.

Dentro de la referencia en punto a la tesis contraria, la de la valoración, se halló la sentencia número 30598 del 19 de febrero de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemus, como la más reciente, donde la Corte Suprema de Justicia trata el tema directamente, y expresa con claridad los argumentos para optar por una de las dos tesis que ha sostenido en la última década. No obstante consagrara apenas una cita sobre la posición de la Corporación respecto del tema que se trata. Por el sistema de citación que adoptan las sentencias en uno u otro caso no nos permitieron las providencias referidas hacer una verdadera ingeniería de reversa.

2. El lapso estudiado.

¹ Sentencia 26646 del 7 de abril de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero; Sentencia 32339 del 12 de mayo de 2010 M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia 32545 del 12 de mayo de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia 33277 del 12 de mayo de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Se estudiaron los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los últimos nueve años. Se tuvo en cuenta este período con el fin de cobijar los dos últimos ordenamientos jurídicos en materia procesal penal, esto es, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la búsqueda sólo arrojó resultados positivos a partir del 2003, fecha del primer pronunciamiento rastreado. Y en todo caso, los principales pronunciamientos datan del 2007 en adelante y el lapso temporal que abarca el estudio supera los cinco años.

3. El patrón fáctico similar.

Acorde con el problema jurídico planteado, se revisó que todas las sentencias tuvieran que ver con casos de fallas en el proceso de cadena de custodia de evidencias físicas, independientemente del tipo de evidencia de que se trate o de la clase de falla de dichos protocolos, por lo menos en dichos términos planteadas por los censores. En ese sentido, la primera sentencia (18708 del 13 de julio de 2003) trata de la incuria de una funcionaria en la custodia de unas evidencias físicas; en la sentencia 21483 se analizan varias violaciones en la cadena de custodia en un caso de estupefacientes, en la sentencia 28282 se analizan los errores en la cadena de custodia de unos proyectiles, en la sentencia 28195 se discutió sobre la custodia de una evidencia relacionada con drogas alucinógenas. En la descripción de las sentencias hitos se explica el patrón fáctico, aunque cabe reiterar que tiene que ver con lo mismo: fallas en la cadena de custodia y su incidencia en la legalidad o la valoración.

4. Nicho citacional

4.1. Tesis uno (incidencia en la valoración)

- Sentencia 18.708 del 13 de julio de 2003, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
- Casación 25.920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 28.282 del 12 de septiembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 26.207 del 28 de noviembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 23.863 del 3 de abril de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 25.917 del 12 de agosto de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 28.195 del 8 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

- Casación 30.598 del 19 de febrero de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Casación 31.898 del 5 de agosto de 2009, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

4.2. Tesis dos (incidencia en la legalidad)

- Casación 21.483 del 6 de abril de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla.
- Casación 29.416 del 23 de abril de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Casación 32.193 del 21 de octubre de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Casación 32.354 del 21 de octubre de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 33.691 del 14 de abril de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

5. La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia

5.1. Sentencia fundante.

No se pudo establecer cuál es la sentencia fundante. Y ello, asumimos, según lo plantea “El Derecho de los Jueces”, a que en la Corte Suprema de Justicia, especialmente hasta hace algunos años, no existía una verdadera cultura del precedente. Cabe advertir que esa tendencia ha variado significativamente en los últimos tiempos, especialmente desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, pues cada vez se observa un mejor manejo por parte de la Corte de sus propios precedentes y asumimos también que con las predicas insistentes en dicho sentido de la Corte Constitucional.

5.2. Sentencias importantes.

Se presentarán en este apartado las que se consideran las más importantes en cada una de las tesis planteada, que pueden las primeras, ser consideradas verdaderas sentencias hito, en tanto comportan el pronunciamiento regla, detectado como el más importante, dentro de la tesis que se pretende exponer.

5.2.1. Análisis argumentativo de la sentencia hito en la tesis uno de la incidencia en la valoración probatoria

La primera sentencia hito es la 25920 del 21 de febrero de 2007, donde la Corte Suprema de Justicia aborda de manera directa el problema jurídico objeto de análisis, y toma partido de manera clara por la primera tesis atrás expresada, esto es, que las fallas en el procedimiento de cadena de custodia sólo inciden en la autenticidad y por ende en la valoración, mas no tienen relación con la legalidad de las evidencias y en consecuencia no dan lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política y 23 y 455 de la Ley 906 de 2004.

Conforme se indicará más adelante, la sentencia 25920 sirvió de base a otros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el problema jurídico objeto de análisis y, por tanto, aparece ampliamente citada en las mismas. Esta sentencia es trascendental por constituir el primer pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, en el contexto de un ordenamiento jurídico (la Ley 906 de 2004), en el que se consagra una mayor regulación de las reglas de evidencia y donde se aborda con mayor precisión la cláusula de exclusión y el problema de la autenticidad de las evidencias físicas. En el respectivo formato se presenta la argumentación realizada por la Corte en esta sentencia.

Se ubica en el gráfico en el extremo izquierdo, pues respalda plenamente la primera tesis, esto es, que las fallas en la cadena de custodia no afectan la legalidad y por ende no dan lugar a la exclusión.

Descripción de los hechos

En un caso de tentativa de homicidio, la defensa formula un cargo de falso juicio de legalidad, por considerar que algunas evidencias aportadas por la Fiscalía General de la Nación (una historia clínica y varios videos) no habían sido autenticadas en debida forma y por ende no podían hacer parte del acervo probatorio. La defensa aduce que las fallas en la cadena de custodia y en general el tema de la autenticidad constituye un requisito de legalidad, por lo que su desconocimiento acarrea la ilegalidad y la consecuente aplicación de la cláusula de exclusión.

Problema jurídico:

Las fallas en la cadena de custodia, y en el proceso de autenticación en general, afectan la legalidad de la evidencia, o sólo inciden en su valoración?.

Tesis

“La *cadena de custodia*, la *acreditación* y la *autenticación* de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. En cambio, los comprobados defectos de la *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad* de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilarse la crítica la parte contra la cual se aduce”.

Argumento central

Premisas Normativas:

El artículo 273 del Código de Procedimiento Penal dispone que la autenticidad es uno de los criterios de valoración de las evidencias físicas.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal dispone que “la *legalidad* del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”.

Los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal disponen que el Juez *excluirá* la práctica o aducción de medios de prueba *ilícitos* o *ilegales*, en atención a lo dispuesto por los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Premisa Fáctica:

En el caso concreto los videos y la historia clínica fueron obtenidos y utilizados conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley.

Conclusión:

No hay lugar a la exclusión de los videos y la historia clínica aportados como prueba por la Fiscalía General de la Nación.

Sub-argumentos

Premisa tácita: El ordenamiento jurídico consagra mecanismos diferentes a la exclusión cuando la parte no puede demostrar la autenticidad de una evidencia.

El ordenamiento jurídico consagra mecanismos para que en la dialéctica del juicio una parte se oponga a que una evidencia sea inadmitida (no excluida) por falta de autenticidad.

La valoración es el momento en que el juez le asigna a cada medio de conocimiento un determinado valor, y para hacer una apreciación conjunta de todas las pruebas.

Los videos fueron sometidos a cadena de custodia por los funcionarios de Policía Judicial.

Los videos públicos se presumen auténticos. La información que suministra la prensa se presume auténtica. Las historia clínicas son confiables porque su información incluso es utilizada para tomar decisiones vitales en el campo médico.

5.2.2. Análisis argumentativo en la sentencia hito en la tesis dos sobre la incidencia en la legalidad de los medios de prueba

La segunda decisión que puede catalogarse como hito fue emitida el 8 de abril de 2008, bajo el radicado 29416, donde la Corte modifica las conclusiones plasmadas en la sentencia 25920 del 21 de febrero de 2008 y concluye que el procedimiento de cadena de custodia hace parte del debido proceso, por lo que los defectos de

la misma pueden afectar la legalidad de la evidencia y por ende pueden dar lugar a la exclusión. Se concluye en este proveído que no se trata de un simple problema de autenticidad.

La trascendencia de este pronunciamiento es evidente, porque la Corte aborda con profundidad lo atinente a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de las fallas de cadena de custodia, y luego de construir una completa argumentación, concluye que las fallas en dichos procedimientos pueden tener las consecuencias atrás anotadas.

Desde esta perspectiva, este pronunciamiento marca una pauta en materia probatoria, cuya incidencia en la resolución de los casos es innegable, pues unas son las consecuencias de la exclusión de una evidencia (jurídica y material), lo que conlleva la imposibilidad de que el juez considere el medio probatorio, y otras muy diferentes la de diferir un asunto al tema de la valoración, pues allí puede tener mucho peso la valoración en conjunto de los medios probatorios, siendo posible que una evidencia, así haya tenido problemas en la cadena de custodia, incida en la decisión final.

Se ubica en el gráfico en el extremo derecho, pues respalda plenamente la segunda tesis, esto es, que las fallas en la cadena de custodia inciden en la legalidad de las evidencias físicas y por ende pueden dar lugar a la cláusula de exclusión.

Descripción de los hechos

En un caso de hurto calificado por la violencia y porte ilegal de armas de fuego, se alegan las siguientes fallas en la cadena de custodia del arma: el arma no fue embalada ni rotulada en el lugar de los hechos; fue descrita de manera diferente en el rótulo de cadena de custodia y en el formulario, el número externo del arma no corresponde al número consignado en el formato de cadena de custodia. A partir de ello, la defensa esboza como petición principal que se case la sentencia por falso juicio de legalidad, pues las fallas en la cadena de custodia afectan la legalidad de la evidencia y por deben dar lugar a la cláusula de exclusión. Además, se pide unificar la jurisprudencia sobre cadena de custodia.

Problema jurídico:

Las fallas en la cadena de custodia afectan la legalidad de la evidencia, o sólo inciden en su valoración?

Tesis

Las violaciones a la cadena de custodia pueden dar lugar a la modalidad del error de derecho por falso juicio de legalidad, impugnaciones que correlativamente en últimas incidirán en la ausencia de legalidad de las evidencias físicas traducidas en indicios materiales y, por ende, en la exclusión de los mismos.

Argumento central**Premisas Normativas:**

La cadena de custodia está regulada en los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004.

La cadena de custodia ha sido objeto de algunos desarrollos legales, los que se encuentran en el Código Penal (Ley 599 de 2000, art. 100 referido al comiso), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículos 254 a 266) y en las Resoluciones 1890 de 2000, 2869 de 2003, 06394 de 2004 y 02770 de 2005, emanadas de la Fiscalía General la Nación, las cuales tienen origen y fundamento legal de acuerdo al párrafo del artículo 254 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal dispone que la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política y la Ley.

Premisa Fáctica:

En este caso el demandante no demostró la ilegalidad en el proceso de cadena de custodia.

Conclusión:

Aunque las fallas en la cadena de custodia inciden en la legalidad y pueden dar lugar a la exclusión de la evidencia, no hay lugar a este tipo de decisiones porque no se demostró la ilegalidad alegada.

Sub-argumentos

Las normas sobre cadena de custodia hacen parte del debido derecho probatorio.

No basta con alegar que hubo una violación al debido proceso, es necesario demostrarla, para que sea procedente la casación.

El defensor alegó varias violaciones a la cadena de custodia, pero no demostró la ilegalidad de dicho procedimiento.

5.2.3. Retorno a la tesis uno sobre la incidencia en la valoración de los medios de prueba

El tercer pronunciamiento relevante, a punto de poder ser considerado como una sentencia hito, es la sentencia 30598, del 19 de febrero de 2009, Magistrada ponente doctora María del Rosario González de Lemos, donde la Corte reestructura su argumentación para concluir que las fallas en la cadena de custodia no afectan el debido proceso, y por tanto no pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión.

En este proveído la Corte expresa nuevas razones para concluir que las fallas en la cadena de custodia sólo inciden en la valoración de las evidencias físicas. Esta sentencia es muy importante, porque en ella la Corte Suprema de Justicia, no sólo cambia la posición planteada en la decisión 29416 de abril de 2008 y retoma la tesis esbozada en la sentencia 25920 de febrero de 2007, sino que reformula su argumentación para mostrar como la tesis planteada en la 25920 es más razonable que la indicada en la decisión 29416.

Se ubica en el gráfico en el extremo izquierdo, pues respalda plenamente la primera tesis, esto es, que las fallas en la cadena de custodia no afectan la legalidad y por ende no dan lugar a la exclusión.

Descripción de los hechos

En un caso de homicidio, se cometieron dos errores en los soportes de la cadena de custodia, pues no se registró el nombre del procesado, aunque sí el número SPOA, y se cometió un error en el número de la cédula de ciudadanía de la persona que embolsó la evidencia.

El Tribunal de Distrito, en segunda instancia, consideró que dichas fallas afectaban la legalidad de la evidencia y por ende no podía ser valorada. La Fiscalía interpone el recurso de casación por considerar que el Tribunal se equivocó al ordenar la exclusión de la evidencia por los citados errores en la cadena de custodia.

Problema jurídico:

Las fallas en la cadena de custodia afectan la legalidad de la evidencia, o sólo inciden en su valoración?

Tesis

“Los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada *cadena de custodia* no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo”.

Argumento central

Premisas Normativas:

El artículo 273 de la Ley 906 de 2004 establece como criterios de valoración:

“La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe”.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal dispone que la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física depende de que en la

diligencia en la cual se recoge o obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política y la Ley.

Premisa Fáctica:

Los procedimientos en la obtención de la evidencia se ajustaron a los postulados constitucionales y legales.

Aunque no se anotó el nombre del implicado, en los protocolos se aprecia con claridad el número SPOA y esto permite identificar plenamente el caso.

El error en la cédula del agente que procesó la evidencia fue adecuadamente explicado por los testigos.

Conclusión:

No había lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión porque no se afectó la legalidad de las evidencias, pues los errores en la cadena de custodia, además de intrascendentes, no inciden en la legalidad y por ende no permiten dar aplicación al artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que regula la exclusión de evidencias.

Sub-argumentos

La teología de la cadena de custodia no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades.

La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del *principio de mismidad*.

Las anotaciones hechas por las personas que manipularon la evidencia dejan en claro que no se alteró el principio de mismidad.

5.2.4. Retorno a la tesis dos sobre la incidencia en la legalidad de los medios de prueba

En providencia 32354 del 21 de octubre de 2009, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, torna la sala a la tesis de la legalidad como elemento de afectación en las irregularidades de cadena de custodia.

Descripción de los hechos

En un caso de porte de estupefacientes, pregona la defensa, la violación indirecta de la ley sustancial motivada en un error de hecho por falso juicio de existencia, porque *“no se aplicó en forma debida el sistema de cadena de custodia”*. Para el censor, la cadena de custodia se perdió desde la incautación de la droga estupefaciente al no haber claridad acerca de cuáles fueron los paquetes y cantidad de sustancia hallada, pues de manera general se anotó 1582 gramos y luego se indicó un peso bruto de 440 gramos. La diligencia de pesaje se cumplió en un establecimiento abierto al público, no se individualizaron los paquetes con la descripción de su envoltura y peso, ni aparece la firma del representante del Ministerio Público además, en la evidencia N° 1 aparecen realizadas las tomas fotográficas de dos paquetes el 18 de enero de 2008, cuando los hechos datan del 18 de febrero, de lo cual surge duda que tales imágenes correspondan efectivamente a la sustancia incautada.

Problema jurídico:

Las fallas en la cadena de custodia afectan la legalidad de la evidencia, o sólo inciden en su valoración?

Tesis

“las irregularidades-las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia-tienen como vía expedita de impugnación, el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción.

Argumento principal

Premisa normativa

Los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004 aborda lo referente a la cadena de custodia.

La Fiscalía General de la Nación en virtud del párrafo del artículo 254 de citado estatuto ha desarrollado lo concerniente a la preservación de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios con el claro objetivo de asegurar su legalidad y autenticidad.

Premisa fáctica

Se alega en casación la incursión por parte de los funcionarios de la investigación, irregularidades de consideración en la cadena de custodia. En este caso, las quejas del demandante apuntan a eventuales falencias en la cadena de custodia al indicar que desde la incautación de la droga estupefaciente no se individualizaron los paquetes hallados ni por su envoltura y peso, no hay formatos de la misma, ni se sabe el funcionario responsable.

Conclusión

Precisamente, el establecimiento de tales normativas hace viable plantear en sede casacional la violación indirecta de la ley sustancial debido a error de derecho por falso juicio de legalidad lo cual a la postre conllevará la exclusión de las evidencias físicas dada su ilegalidad y la imposibilidad, por ende, de utilizarlas para edificar pruebas indiciarias.

5.3. Sentencias confirmadoras de línea

Se ubican en este ítem para la tesis uno, referida a que las irregularidades en la cadena de custodia tienen incidencia en la autenticidad del medio material probatorio y por ende serán apreciadas por el juez al momento de emitir sentencia dentro del proceso de valoración probatoria, como confirmadoras de las línea, las siguientes:

- Casación 18.708 del 13 de julio de 2003, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
- Casación 28.282 del 12 de septiembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 26.207 del 28 de noviembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 23.863 del 3 de abril de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 25.917 del 12 de agosto de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 28.195 del 8 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Casación 31.898 del 5 de agosto de 2009, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Y con relación a la tesis dos, referida a la incidencia de la irregularidad en la cadena de custodia donde de la legalidad de la prueba, las siguientes:

- Casación 21.483 del 6 de abril de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla.
- Casación 32.193 del 21 de octubre de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Casación 33.691 del 14 de abril de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

5.4. Sentencias no importantes

Las referidas anteriormente como que apenas tocan el tema a manera tangencial, sin que el problema jurídico de la sentencia esté referido a las irregularidades en la cadena de custodia exactamente, sólo que tratan de exponer los vicios que pueden constituir en un momento dado causales para aplicar la regla de exclusión probatoria y enuncian entre ellos, algunas irregularidades en el proceso de cadena de custodia, y otra con relación a la valoración. Pero asumimos que no es el tratamiento que en estos pronunciamientos se da al tema, parte ratio decidendi alguna, que permita considerarlo reglas.

- Casación 26646 del 7 de abril de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero;
- Casación 32339 del 12 de mayo de 2010 M.P. Yesid Ramírez Bastidas;
- Casación 32545 del 12 de mayo de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas;
- Casación 33277 del 12 de mayo de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

6. FORMATO DE ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: ¿Las irregularidades en la cadena de custodia inciden en la legalidad de las evidencias físicas y por ende pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión, o sólo inciden en la valoración de dichos elementos probatorios?

| TESIS 1 | Distribución espacial de las sentencias según la tesis que sustenta | TESIS 2 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Las irregularidades que puedan presentarse en la cadena de custodia no inciden en la legalidad de las evidencias físicas y por tanto no dan lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión; sólo tienen injerencia en la valoración de dichos elementos probatorios.</p> | <p>X CSJ. Sent. 18708 13/05/2003 M.P. Arboleda Ripoll</p> | <p>Las irregularidades en la cadena de custodia sí inciden en la legalidad de las evidencias físicas y por ende pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión.</p> |
| | <p>X CSJ 21483 06/04/05 M.P. Solarte Portilla</p> | |
| | <p>X CSJ 25920 21/02/07 M.P. Zapata Ortiz</p> | |
| | <p>X CSJ 28282 12/09/07 M.P. Zapata Ortiz</p> | |
| | <p>X CSJ 26207 28/11/07 M.P. Zapata Ortiz</p> | |
| | <p>X CSJ 23863 03/04/08 M.P. Socha Salamanca</p> | |
| | <p>X CSJ 29416 23/04/08 M.P. Ramírez Bastidas</p> | |
| | <p>X CSJ Sent. 25917 12/08/2008 M.P. Socha Salamanca</p> | |
| | <p>X CSJ 28195 08/10/08 M.P. Socha Salamanca</p> | |
| | <p>X CSJ 30598 19/02/09 M.P. González de Lemos</p> | |
| <p>X CSJ 33691 14/04/10 M.P. Espinosa Pérez</p> | | |
| <p>X CSJ 31898 05/08/09 M.P. Quintero Milanés</p> | | |
| <p>X CSJ 32193 21/10/09 M.P. Ramírez Bastidas</p> | | |
| <p>X CSJ 32354 21/10/09 M.P. Socha Salamanca</p> | | |

**7. Justificación de la ubicación de las decisiones en el gráfico de la línea.
Análisis de la importancia de cada una de las decisiones.**

Las explicaciones sobre la ubicación de las sentencias hito en la gráfica de la sentencia fueron presentadas al analizar cada uno de dichos pronunciamientos. Resta entonces por explicar la ubicación de las demás sentencias en el gráfico.

La primera sentencia (18708 de 2003) está ubicada a la izquierda de la gráfica, pero no en el extremo, porque en ella la Corte señala que las fallas en la cadena de custodia inciden en la autenticidad –y por ende en la valoración-, pero no se ocupa de desentrañar el problema jurídico analizado, esto es, si dichos errores conllevan problemas de legalidad y pueden dar lugar a la exclusión de evidencia. Esta sentencia es importante porque materializa los primeros acercamientos de la Corte a una problemática que aún resultaba novedosa.

La segunda sentencia (21483) está ubicada más a la derecha de la gráfica, pero sin llegar al extremo, porque en ella la Corte da por sentado que los problemas de cadena de custodia pueden servir de sustento al reproche de falso juicio de legalidad, pero no aborda de manera concreta el problema planteado. Esta sentencia es importante porque al decidir sobre la causal de casación (falso juicio de legalidad), la Corte, aunque no expone una argumentación suficiente sobre el tema, toma partido porque las fallas en la cadena de custodia inciden en la legalidad y, consecuentemente, podrían dar lugar a la exclusión.

La sentencia 25917 está a la izquierda de la línea, pero no en el extremo, porque la Corte parte de que los problemas sobre la cadena de custodia inciden en la valoración, pero no analiza con profundidad la posibilidad de que afecte la legalidad de las evidencias. Lo mismo sucede con la sentencia 26863. Es importante como acercamiento preliminar el tema, así no contenga las características de una sentencia hito.

Las sentencias 28282, 26207 y 28195 están ubicadas al extremo izquierdo, porque ratifican la sentencia 25920 y toman los argumentos planteados en ésta para sostener que las irregularidades en la cadena de custodia conllevan problemas de valoración pero no de legalidad y en consecuencia no dan lugar a la cláusula de exclusión. Estas sentencias son importantes como confirmadoras de línea.

8. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse los polos de respuestas dados por la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia al problema jurídico planteado, nos aportan una línea jurisprudencial aún hoy caótica, porque no perfila una posición unívoca vigente. Puede advertirse que en un mismo período de tiempo se mantienen ambas tesis, incluso se encuentra un mismo ponente que ha sostenido ambas tesis.

Nuestra inclinación, en un acercamiento tan somero como el que implica este estudio, va por considerar la tesis uno, como la más acorde con el derecho viviente, con la que mejor se compadece con los postulados de prevalencia del derecho sustancial, pero que no puede conducirnos al extremo de desprezar la regla de exclusión, que ciertamente es una conquista trascendental dentro de un proceso penal liberal y democrático.

Estimamos, salvo mejor opinión, que considerar las irregularidades comprobadas en la cadena de custodia como elementos de valoración, permite precisamente la ponderación de dichas irregularidades, al punto que de considerarse trascendentales, infirmarían la mismidad del elemento material probatorio o la evidencia física y conducirían necesariamente desecharlas en su valor probatorio.

Pese a la ambivalencia en las tesis que aún denota la Sala de Casación Penal, el experimento de acometer el rastreo frente al tema fue de suma valía, pues, como dijimos antes, nos permitirá asumir en el futuro cercano un proyecto investigativo serio sobre el tema, que abarque el estudio doctrinal sobre la materia, para consolidar una tesis razonable y congruente con los postulados del derecho procesal contemporáneo.