



**DIFERENCIACIÓN Y OPERATORIEDAD DEL ELEMENTO MATERIAL  
PROBATORIO, LA EVIDENCIA FÍSICA RECONOCIBLE Y LA EVIDENCIA  
FÍSICA NO RECONOCIBLE**

**POR:**

**DAVID ESTEBAN ALZATE VILLEGAS**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**MEDELLÍN**

**2021**



**DIFERENCIACIÓN Y OPERATORIEDAD DEL ELEMENTO MATERIAL  
PROBATORIO, LA EVIDENCIA FÍSICA RECONOCIBLE Y LA EVIDENCIA  
FÍSICA NO RECONOCIBLE**

**POR:**

**DAVID ESTEBAN ALZATE VILLEGAS**

**ASESOR:**

**JOSÉ LUIS GONZÁLEZ JARAMILLO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**MEDELLÍN**

**2021**

# **DIFERENCIACIÓN Y OPERATORIEDAD DEL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO, LA EVIDENCIA FÍSICA RECONOCIBLE Y LA EVIDENCIA FÍSICA NO RECONOCIBLE**

**David Esteban Alzate Villegas**

## **Resumen**

A partir de la diferenciación que realiza la Corte Suprema de Justicia entre evidencia física reconocible y no reconocible, este artículo tiene como propósito cuestionar la diferencia entre estas y el elemento material probatorio en el sistema penal colombiano, dada la falta de distinción conceptual. De esta manera se proponen algunas características que permitan aislar el elemento material probatorio y analizar las consecuencias de tal diferenciación a nivel procesal. En este orden, al ser la evidencia física reconocible aquella fácilmente diferenciable entre otras de su misma especie, no requiere generalmente ni de cadena de custodia ni de la intervención de un experto, contrario a lo que sucede con la evidencia física no reconocible, que no podría prescindir así de estos requisitos y, dependiendo de los errores que se cometan en su tratamiento, es posible solicitar su rechazo o el de la prueba pericial con que se pretende hacer reconocible. Por su parte, el elemento material probatorio, al compartir características con la evidencia física reconocible, puede prescindir también de la cadena de custodia, pero analizando sus características y las funciones que se logran cumplir con él en juicio, como refrescar memoria o impugnar credibilidad, es posible entenderlo como un concepto independiente.

**Palabras clave:** Cadena de custodia, elemento material probatorio, evidencia física reconocible, evidencia física no reconocible, prueba pericial, valoración judicial, rechazo de evidencia física.

## **Tabla de contenido**

- I. Introducción**
- II. Diferenciaciones previas**
- III. Evidencia física**
  - Caracterización general
  - Evidencia física reconocible y no reconocible
  - Relaciones y diferencias con la evidencia demostrativa
- IV. Elemento material probatorio: Caracterización mínima para su diferenciación**
  - Diferenciación general
  - Características que permiten una mayor diferenciación del elemento material probatorio.
- V. La cadena de custodia en relación con la evidencia física no reconocible**
  - Obligatoriedad de la cadena de custodia
- VI. Consecuencias procesales de la diferenciación y función en un sistema de valoración**
  - Una alternativa a la exclusión
- VII. Sobre la capacidad judicial de valoración de la prueba pericial en relación con la evidencia física no reconocible**
  - Una breve referencia extranjera sobre valoración judicial.
  - Conclusiones frente a la valoración
- VIII Conclusiones**
- IX Referencias bibliográficas**

## **I. Introducción**

Procura este trabajo, en principio, aclarar las diferencias, dentro del sistema penal colombiano, entre medio de prueba, por un lado, y evidencia física y elemento material probatorio, por el otro, entendiendo el primero como parte de la actividad procesal o en relación con el proceso judicial; y los segundos, en un sentido amplio, como elementos o cosas tangibles en vínculo con el acto delictivo, sus preparativos y/o consecuencias. Una vez elaboradas estas distinciones previas, busca ocuparse de las diferencias que existen entre evidencia física y elemento material probatorio, valiéndose de la separación que realiza la Corte Suprema de Justicia entre evidencia física reconocible y no reconocible como un primer paso para llegar a caracterizar aisladamente el elemento material probatorio.

En el comienzo, como se mencionó, se asumen los elementos materiales probatorios y la evidencia física, como cosas tangibles vinculadas con el hecho delictivo, pero esta primera característica general o rasgo común se atenúa para el elemento material probatorio en la medida en que se desarrollan sus características o funciones propias. Así, pues, el interés central es cuestionar, a la luz de la diferenciación de la Corte Suprema de Justicia entre evidencia reconocible y no reconocible (y a pesar de esta), la confusión producto de la falta de distinción entre conceptos que se mantiene tanto en la ley como en la jurisprudencia nacional al no separar el elemento material probatorio asignándole unas características propias, y plantear, por tanto, la necesidad de desarrollar e identificar, proponiendo algunas, características que aislen el elemento material probatorio de estos dos tipos de evidencia física con el fin de evitar confusiones o contradicciones respecto a lo que puede someterse al procedimiento de cadena de custodia e intervención de un experto o respecto a la función que cada uno cumple en juicio, a la vez que generar la posibilidad de trasladar debates que se desarrollan usualmente en el juicio oral, a una instancia anterior como la audiencia preparatoria, planteando un mayor control judicial sobre lo que se solicita decretar para su práctica en el juicio oral cuando se trata de evidencias físicas no reconocibles o del experto con que se pretende que esa evidencia se haga reconocible, sin dejar de analizar la capacidad

de valoración judicial en los eventos que se expondrán. Para alcanzar estos objetivos se referencia, a la largo del trabajo, tanto doctrina como jurisprudencia nacional e internacional, teniendo como base la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

## **II. Diferenciaciones previas**

Entre los medios de conocimiento que refiere el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, se encuentran los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física. Para comenzar, se intentará diferenciar, de un modo general, el concepto de medio de prueba de los conceptos de evidencia física y elemento material probatorio, para centrar luego la atención en los dos últimos. Se tiene, entonces, que entre los medios de conocimiento, esta vez entendidos como género, si se quiere, se encuentran los medios de prueba, la evidencia física y los elementos materiales probatorios, como especie.

Pero los medios de conocimiento son el género que comprende las especies de la prueba, los elementos materiales probatorios, la evidencia física o “cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico” (Artículo 382). (Marín, 2004, p.35)

Siguiendo este orden, el medio de prueba no podría identificarse plenamente con el concepto de evidencia física o elemento material probatorio en la medida en que, como se profundizará en los capítulos los posteriores, estos últimos se corresponden, en sentido amplio, con objetos tangibles en relación con la comisión del delito:

En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “*pruebas*”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros (Corte Constitucional C-591 de 2005).

Tanto los elementos materiales probatorios como la evidencia física guardan una relación con la comisión del delito y se identifican, como se mencionó, con objetos materiales y tangibles, de tal modo que los medios de prueba deben ser comprendidos separadamente, de lo contrario, se llegaría a errores o contradicciones como la identificación, por ejemplo, del testimonio, la prueba de inspección o de la prueba pericial con objetos tangibles; o como el predicar la posibilidad de someter estos medios de prueba a cadena de custodia.

Entre otras, podría acotarse como una diferencia el vínculo entre el medio de prueba y la actividad procesal, comprendiendo que “el medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso” (Montero, p.138, 2005). El elemento material probatorio y la evidencia física, por su parte, no tienen necesariamente una relación directa con el proceso sino con el acto delictivo.

Asumidos los elementos materiales probatorios y evidencia física como especie dentro del género de los medios de conocimiento, se advierte que el Código de Procedimiento Penal no distingue entre uno y otro y, más que una definición, en el artículo 275, ofrece un listado de objetos tangibles vinculados con el acto delictivo:

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. (Ley 906, 2004, art. 275)

Sin embargo, a partir de la sentencia SP12229 de 2016 y a la luz de la diferenciación que allí realiza entre evidencia física reconocible y evidencia física no reconocible (o única y no única), la Corte Suprema de Justicia permite entrever o vislumbrar la necesidad de desarrollar una distinción que aparte estos dos tipos de evidencia física del elemento material probatorio o, cuando menos, la necesidad de cuestionar la pacífica indistinción o concepción genérica que hasta el momento se presenta en el sistema penal colombiano con el fin de evitar confusiones o contradicciones respecto a lo que puede someterse al procedimiento de cadena de custodia e intervención de un experto o respecto a la función que cada uno cumple en juicio. A pesar de que la Corte Suprema, se reitera, no haya desarrollado esta separación del elemento material probatorio, el que sí haya diferenciado entre evidencia física reconocible y no reconocible, conlleva a generar posibilidades de caracterizar, de un modo independiente, el elemento material probatorio y evaluar su funcionalidad, también, aisladamente.

Hasta aquí se han separado los medios de conocimiento, comprendidos como género, de las correspondientes especies que son los medios de prueba, las evidencias físicas y elementos materiales probatorios. A su vez, los medios de prueba se diferencian de las evidencias físicas y elementos materiales en que no pueden ser identificados plenamente con objetos o cosas tangibles que se vinculan directamente con el acto delictivo sino que pueden ser entendidos en relación con la actividad procesal. En el tercer capítulo se caracterizará, de modo general, la evidencia física y, posteriormente, la evidencia física reconocible y no

reconocible para, en el cuarto capítulo, abordar los rasgos que podrían identificar el elemento material probatorio de forma independiente.

### **III Evidencia Física**

#### **Caracterización general**

Una primera caracterización autónoma de evidencia física, vincula aquellos elementos tangibles, hallados como rastro tras la actividad delictiva, creando una relación inescindible y directa entre la evidencia y el hecho delictivo, donde el uno depende del otro:

La evidencia física corresponde a aquellos objetos tangibles que se encuentran relacionados directamente con los hechos, esto es, herramientas o productos del delito que pueden ser presentados en juicio, los cuales han sido recolectados en los actos de indagación o investigación”. (Vargas, 2012, p.73)

La evidencia física guarda una relación directa con la producción del hecho o hechos investigados en el sentido de que, como afirman los autores, sirve para producirlos o porque es una consecuencia de los mismos:

Es cualquier elemento material, grande o pequeño, que permite objetivar una observación y que siendo de naturaleza diversa y distintos orígenes, guarda siempre una relación con los hechos investigados, porque sirvió para producirlos o porque es una consecuencia de los mismos; queda claro que se origina o se transfiere durante la comisión del hecho. (Mora y Sánchez, 2007, p. 81).

De tal manera que, podría decirse, la evidencia física es cualquier cosa tangible o rastro de esa cosa que haya servido para la producción del delito o que haya resultado de este y que se recoge en la etapa de indagación o investigación. También puede entenderse, de un modo amplio, como cualquier rastro material del delito, en consonancia con las características esbozadas. Frente a las posibles construcciones que la doctrina ha realizado al

señalar las características propias de la evidencia física y del elemento material probatorio, en Sentencia SP 29626, la Corte Suprema de Justicia afirmó lo siguiente:

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “elementos materiales probatorios” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y evidencia física”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 29626, 2008).

A pesar de que en la citada sentencia se pretende no hacer caso de la distinción, cuando se menciona, la misma se centra en la vocación probatoria que tendría siempre el elemento material probatorio frente a la evidencia física, que puede tener esa vocación o poseer un simple potencial investigativo. Esto querría decir que no en todos los casos la evidencia física reporta alguna vocación probatoria o, en otros términos, no siempre permitiría probar algo en sede de juicio, bien sea porque deba someterse, por ejemplo, a un procedimiento de autenticación e identificación riguroso antes de que se pueda predicar su vocación probatoria, o porque su uso no sobrepasa “el campo de las actividades

exclusivamente averiguatorias”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 29626, 2008).

### **Evidencia física reconocible y no reconocible**

La Corte Suprema de Justicia se ha encargado de señalar las diferencias que existen entre evidencia física reconocible y no reconocible. Ya se verá si al desarrollar estos dos conceptos se hace necesaria, o no, una diferenciación que sobrepase lo nominal con los elementos materiales probatorios y que reporte alguna operatoriedad.

Ahora bien, sucede que dicha evidencia física no tiene, en ocasiones, la capacidad de referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta, es decir, no tiene un mayor valor probatorio manifiesto, sino que debe ser sometida, para lograr este cometido, a otros procedimientos. Quiere esto decir que, con los testigos de acreditación, que van desde el primer funcionario que recogió la evidencia sometiéndola a cadena de custodia, hasta el último que la tuvo en sus manos en función exclusiva de mantenerla, no se logra, a veces, más que dar cuenta de las condiciones en que fue encontrada la evidencia física y de por quiénes ha pasado en su conservación, en otras palabras, de que la cadena no se ha roto y en qué condiciones se ha sobrellevado:

En el sistema acusatorio, la figura del testigo de acreditación cumple dos funciones básicas, (i) saber quién recolectó el elemento material probatorio o la evidencia física que se pretende ingresar el juicio, y (ii) dar fe de la forma como fue obtenido, con el fin de que la contraparte y el juez conozcan su origen y puedan evaluar su genuinidad y aptitud probatoria. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 7732, 2017).

Por su parte, el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, establece en su numeral 5, literal d, que los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, deberán descubrirse en acusación por parte de la Fiscalía junto con el respectivo testigo de acreditación.

En este sentido, si la evidencia física fue recogida y sometida a cadena de custodia y dentro de esta cadena ha pasado por varias manos, pueden llevarse como testigos de acreditación a todos los que participaron en ella, de modo que cada uno de estos acredite de dónde obtuvo la evidencia, en qué condiciones la recogió o recibió (ya embalada y rotulada, por ejemplo), y a quién se la entregó, como se dispone en los artículos 257, 258 y 259 del Código de Procedimiento Penal. Si lo que se pretende es que esa evidencia física suministre razones y motivos de convicción, en los términos del artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, sobre el hecho delictivo, sus circunstancias o consecuencias, puede ser necesaria la intervención de un experto:

En ocasiones, para la demostración de lo que un elemento físico es, se requiere la intervención de expertos. Verbigracia, si en la escena del crimen el investigador encuentra una sustancia roja, probablemente no podrá afirmar que es sangre, ni que es sangre humana, ni que es sangre del acusado. Para establecer estos aspectos puede ser necesario que uno o varios expertos lo verifiquen.

En ejemplos como el anterior, la parte tendrá que establecer con cuál testigo demostrará cada uno de los aspectos que hacen pertinente la evidencia. Así, por ejemplo, es posible que el investigador pueda afirmar que la sustancia fue hallada en el sitio de los hechos, pero no podrá afirmar que es sangre; el hematólogo podrá decir que es sangre, pero no podrá afirmar que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera” (SUBRAYADO FUERA DEL TEXTO). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

Es este el caso de la evidencia física no reconocible; como se observa en el ejemplo, no es posible siquiera identificar si la sustancia que se encuentra es sangre sin que antes haya sido sometida a la respectiva constatación que el hematólogo realiza. Sin duda, podría definirse tal sustancia como evidencia física, en concordancia con las caracterizaciones que se presentaron en el capítulo anterior, mas su valor probatorio, por el momento, se encuentra suspendido hasta que sea posible reconocer sus características particulares. Como ejemplos de cada clase de evidencia, la Corte Suprema, en misma sentencia, expone:

Este riesgo, de alta trascendencia para la determinación de los hechos en el proceso penal, es más notorio frente a cierto tipo de evidencias, principalmente aquellas que no son identificables a simple vista por sus características externas, como los fluidos corporales, las

drogas, etcétera. Y, en la misma lógica, es menor cuando se trata de evidencias identificables a simple vista por sus características físicas (por ejemplo, un revólver identificado con su número serial), o las que en principio son confundibles pero que son susceptibles de ser marcadas (por ejemplo, una botella producida en serie, pero en la que el investigador plasma su firma como una forma de identificación). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

Los fluidos corporales o las drogas son los ejemplos que la Corte Suprema ofrece para referir las evidencias que requieren de la intervención de un experto para que puedan, a su vez, brindar información que sustente la pretensión de las partes; mientras que para ejemplificar la evidencia física reconocible, en el caso del revólver, el número serial comportaría una característica que la haría identificable entre otras de su misma clase sin la necesidad de que un experto la intervenga para que se pueda dar cuenta de aquello que es según la teoría del caso de la parte que la presenta.

Así las cosas, en los términos de la referida sentencia, la evidencia física reconocible es aquella que por sus características externas es fácilmente identificable entre otras evidencias o elementos de su misma clase, mientras la evidencia física no reconocible es aquella que por sus características especiales, en principio, necesita de la intervención de un experto para la demostración de lo que ese elemento físico es. Otra de las características de la evidencia física no reconocible, tendría que ver con el mayor riesgo de que sea alterada o sustituida:

Como es obvio, uno de los riesgos que existe en el proceso que se inicia con el hallazgo de la evidencia y termina con su incorporación en el juicio oral, es que el elemento sea cambiado o alterado de alguna manera. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga: “cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en algunas de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia”. En el mismo sentido, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad “demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

La posibilidad de que la evidencia física sea alterada o sustituida, aumenta notoriamente cuando se trata de evidencia física no reconocible puesto que por sus características se puede confundir fácilmente con cosas, objetos, elementos similares o de su misma clase, o alterarse por la falta de aplicación o irregular implementación de los protocolos de cadena de custodia. También cierto tipo de evidencias que, en principio, podrían denominarse no reconocibles, son susceptibles de marcaciones o de identificación a partir de algún tipo de seña o marca diferencial, haciéndola reconocible a pesar de que existan muchas más de su misma clase. Como ejemplo de lo anterior:

[H]ay dos métodos principales de identificación. El testigo puede reconocer el cuchillo, generalmente porque tiene una característica fácilmente identificable, lo que satisface FRE 901 (b) (1). El identificador podría ser un diseño único o iniciales en el mango, como se muestra en el siguiente diagrama: 1) Un cuchillo marcado como elemento probatorio A tiene las iniciales «KRS» en su empuñadura 2) El oficial de policía testifica: «Puedo identificar el cuchillo marcado como Anexo A como el cuchillo que encontré en la escena del crimen porque reconozco las iniciales« KRS »en la empuñadura 3) El cuchillo marcado como Anexo A se encontró en la escena del crimen o el identificador podría ser una marca, número o etiqueta adherida al cuchillo cuando se descubrió”. Allen, R. J., Kuhns, R. B. & Swift, E., 2002, p. 214).

En el momento en que es hallada este tipo de evidencia física, como se indicó, puede ser marcada para su diferenciación, por ejemplo, con la adhesión de una etiqueta. En este caso, será carga del funcionario que inició la cadena de custodia acreditar las circunstancias, estado en que se halló y qué tratamiento posterior se le dio.

### **Relaciones y diferencias con la evidencia demostrativa**

No obstante, dentro de las posibilidades que permite la libertad probatoria, podría incluso darse el caso de que un testigo del hecho pueda dar cuenta de que la sustancia similar a la sangre que no fue recogida ni sometida a cadena de custodia pero se fotografió en la escena del crimen, por ejemplo, efectivamente se correspondía con la sangre de la víctima,

quien cayó tendida y fue vista por ese testigo mientras se desangraba en el lugar. No es este, exactamente, el caso que se pretende problematizar, pues si bien el testigo puede dar más o menos cuenta de que la sangre de la fotografía es la de la víctima, ya que él presenció el hecho (las lesiones), lo hace porque sabe exactamente dónde la víctima cayó y encuentra elementos de coincidencia entre el lugar de la fotografía y el del hecho presenciado, como los alrededores de la mancha o charco de sangre o del lugar de los hechos, que le permiten realizar dicha identificación. Estos casos podrían enmarcarse dentro de otro tipo de evidencia, dispuesta en el Código de Procedimiento Penal, artículo 423, como evidencia demostrativa, que indica que:

“la presentación de la evidencia demostrativa será admisible siempre que resulte pertinente y relevante para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto” (Ley 906, 2004, art. 423)

Se enmarcarían, de un modo más específico, en el tipo de evidencia demostrativa que sirve para el esclarecimiento de los hechos. La diferencia fundamental entre esta y la evidencia física, por lo menos no reconocible, es que, de presentársele al testigo la muestra de sangre, este no podría afirmar nada, ni siquiera si es sangre. Esta información, entonces, sólo puede ser determinada por un experto y es parte del problema probatorio que se ha pretendido desarrollar.

En resumen, la evidencia física reconocible es aquella que por sus características externas es fácilmente identificable entre otras evidencias o elementos de su misma clase, mientras la evidencia física no reconocible es aquella que por sus características especiales puede ser alterada o sustituida, se puede confundir con cosas similares o de su misma clase y necesitaría de la intervención de un experto y de la implementación de la cadena de custodia para la demostración de lo que ese elemento físico es según la teoría de la parte que lo incorpora. Empero, para dimensionar parte de los alcances, cargas y límites de ambos tipos de evidencias físicas, se hace necesario caracterizar, aunque sea mínimamente, el elemento material probatorio y desprenderlo

de la concepción genérica que, a pesar de las distinciones de evidencia física descritas, se mantiene en el sistema penal colombiano.

#### **IV Elemento material probatorio: caracterización mínima para su diferenciación**

##### **Diferenciación general**

Se hace necesario revisar hasta qué punto la diferenciación entre elemento material probatorio y evidencia física, como se había mencionado, es una cuestión apenas nominal o si debería operar atendiendo a los argumentos y caracterizaciones ya descritos.

En sentencia SP 29626, La Corte Suprema de Justicia, da por hecho que un sector de la doctrina realiza esta diferenciación, partiendo de que los elementos materiales probatorios tienen, como su nombre lo indica, siempre una vocación probatoria, mientras que esto no sucedería en todos los casos con la evidencia física. No obstante, advierte que tal diferenciación no puede ser operativa en razón de que: “lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 29626, 2008).

Si se tiene en cuenta la definición de evidencia física no reconocible aportada por la Corte Suprema en la sentencia SP 12229 de 2016, no es posible, como en la cita referenciada, asumir una posición en la que la razón para que no haya una diferenciación conceptual entre elemento material probatorio y evidencia física sea que esta última carece, en ocasiones, de aptitud demostrativa específica y por tanto no interesa al procedimiento penal, operativamente hablando, puesto que es este el caso de la evidencia física no reconocible, donde la capacidad de convicción de determinado elemento, en comparación con la evidencia reconocible o el elemento material probatorio, se encuentra suspendida por completo, hasta que la intervención de un experto en juicio pueda concretarla, y no hace esto que no interese al proceso penal sino que, al contrario, obliga a que se asuman determinadas cargas si se

quiere que esa evidencia, que para el caso que se estudia es no reconocible, suministre razones de convicción.

De lo anterior se desprende que, aunque entre el concepto de evidencia física reconocible y elemento material probatorio (tomando como referencia las caracterizaciones diferenciales que se han presentado) haya semejanzas y su uso sinónimo no revista un mayor problema ya que ambos tendrían una aptitud demostrativa “manifiesta”, no sucede igual con el concepto de evidencia física no reconocible, pues como se dijo, la capacidad demostrativa se encuentra suspendida hasta que un experto dé cuenta de ella. Siendo así, el elemento material probatorio o evidencia física reconocible se diferencia de la evidencia física no reconocible, en principio, porque no necesita ineludiblemente de la intervención de un experto para que la parte que lo aduce pueda dar cuenta de lo que es según su teoría del caso, ni necesita, tampoco, de la implementación de la cadena de custodia:

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP160-2017, 2017).

### **Características que permiten una mayor diferenciación del elemento material probatorio.**

Pero al considerar características que permitan diferenciar con mayor precisión entre evidencia física reconocible y elemento material probatorio, la elaboración y el uso de declaraciones previas, informes o entrevistas arrojarían algunas pistas, ya que, si bien podrían denominarse evidencia física reconocible, su tratamiento como elemento material probatorio parece más acertado a la luz de los ejemplos que la Corte utiliza para diferenciar la evidencia

física reconocible, pues en estos persiste un estrecho vínculo con la escena del crimen o el hecho delictivo, en la medida en que, como afirman Mora y Sánchez, sirvieron para producirlo o resultaron como consecuencia de ese hecho, como en el caso del revólver con número serial o el cuchillo con marcación. Este vínculo no sería directo tratándose de entrevistas, informes de investigadores o policías que, aun versando sobre el hecho delictivo o la escena del crimen, no sirvieron para producirlo ni fueron el resultado directo de este.

El informe de policía, por ejemplo, suscrito por quien lo elaboró para fines pertinentes al proceso, como elemento material probatorio, tiene una utilidad probatoria enmarcada en dos funciones previas y manifiestas, como lo son refrescar memoria e impugnar credibilidad; y con la autenticación que, en sede de juicio, declara el policial que lo suscribió, una vez surtido el interrogatorio del testigo, pueden esos dos fines alcanzarse. En este sentido, el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, reglas sobre el interrogatorio, en su literal d, permite que el juez autorice al testigo para consultar documentos que ayuden a su memoria, mientras que el artículo 403 del mismo código, numeral 4, permite la impugnación de la credibilidad del testigo con relación a manifestaciones anteriores, entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias. Este tipo de declaraciones pueden ser catalogadas como elementos materiales probatorios y, para que esa vocación probatoria manifiesta se materialice, se necesitaría de la presencia en juicio de los diferentes testigos que requirió para su elaboración.

El elemento material probatorio precisa entonces de un medio de prueba, generalmente el testimonio, para que permita impugnar credibilidad o refrescar memoria. Por su lado, de la evidencia física no reconocible, es predicable que necesita tanto de los testigos de acreditación para certificar la cadena de custodia, como de la intervención en juicio del perito para la identificación de la evidencia. En consecuencia, el elemento material probatorio prescinde con cierta facilidad de la cadena de custodia y del medio de prueba pericial, pero no del testimonio de quienes, por ejemplo, intervinieron en su elaboración o recolección.

Con base en lo anterior, frente al elemento material probatorio (que comparte características con la evidencia física reconocible), es posible concluir que se diferencia de la evidencia física no reconocible, en principio, porque no necesita de la intervención de un experto para que la parte que lo aduce pueda dar cuenta de lo que es según su teoría del caso, ni necesita, tampoco, de la implementación de la cadena de custodia. Sin embargo, teniendo en cuenta las posibilidades de la libertad probatoria, artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, requerirá del testimonio, cuando se pretende con él impugnar credibilidad o refrescar memoria. A diferencia de la evidencia física, como se ejemplificó, tampoco necesita tener una relación directa con el acto delictivo.

A continuación se analizará, teniendo presente que en el sistema penal colombiano rige la valoración judicial (para el caso de la evidencia física, artículo 273 del Código de Procedimiento Penal) y la libertad probatoria, artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, hasta qué punto es necesaria o prescindible la cadena de custodia, en relación con las diferenciaciones y caracterizaciones hasta aquí realizadas.

## **V. La cadena de custodia en relación con la evidencia física no reconocible**

Si la evidencia física no reconocible necesita de la intervención de un experto para que se pueda dar cuenta de qué es en sede de juicio, entonces esta evidencia debería llegar a ese experto a través de los protocolos de la cadena de custodia para asegurar su mismidad, de conformidad con los artículos 257 a 260 del Código de Procedimiento Penal. Puede ser entendida la cadena de custodia como:

El sistema de aseguramiento conformado por personas, normas, procedimientos, documentos, contenedores y lugares que aseguran que el material objeto de análisis es el mismo que se encontró y que llega al perito en el mismo “statu quo” que tenía en el lugar de los hechos investigados y que se devuelve igual, (sin más cambios que los indispensables para el análisis forense), a la autoridad solicitante o al juez, según el caso y el sistema penal

en que se mueva, junto con el informe pericial, una vez que el perito ha realizado su intervención. (Mora y Sánchez, 2007, p. 150).

¿Qué sucede entonces si la evidencia física no reconocible no fue sometida a cadena de custodia? Como hace mención la Corte Suprema de Justicia:

“(…) el artículo 277 ídem, que establece dos formas de autenticar los elementos: (i) a través del sometimiento a las reglas de cadena de custodia; y (ii) por cualquier medio de conocimiento, en virtud del principio de libertad probatoria”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

Que la evidencia física alcance a autenticarse sin acreditar la cadena de custodia, podría depender enteramente del tipo de evidencia que se procure presentar en juicio, pues al momento de proteger su autenticidad y mismidad, la evidencia física no reconocible parece exigir la implementación de protocolos que, a su vez, permitan dar cuenta de que ella es lo que la parte que la presenta afirma, ya que, como se expuso, esta evidencia tiene una mayor probabilidad de ser alterada o sustituida.

En el plano operativo, si una muestra de sangre o un fluido no es debidamente embalado y rotulado, es posible que el policía judicial que lo halló, y los peritos que lo examinaron, no puedan declarar en juicio que el elemento que se les pone de presente es el mismo que encontraron o recibieron para el análisis, o que está en las mismas condiciones (que no ha sido alterado). En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 12229, 2016)

### **Obligatoriedad de la cadena de custodia**

¿Se sigue de lo anterior, entonces, la obligación de someter a cadena de custodia todo aquello que sea susceptible de ser denominado evidencia física no reconocible? y, además, ¿cuáles son los criterios que permiten diferenciar casos menos simples que los que la Corte Suprema expone en dicha sentencia? Frente al primer interrogante, aunque la respuesta deba ajustarse a las particularidades de cada caso, cuando se trata de evidencia física no reconocible, puede interpretarse que se tiene la obligación de que esta sea sometida a los protocolos de cadena de custodia para acreditar la autenticidad y mismidad del elemento:

Lo anterior permite comprender la importancia de cumplir **en todos los casos la obligación** de someter los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia (artículos 205, 209, 254 y siguientes, 277, entre otros), **sin que por ello deba entenderse que cualquier error en este procedimiento necesariamente afecta la autenticidad del elemento físico.** (NEGRITA FUERA DEL TEXTO). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

Se colige que la evidencia física no reconocible debe ser sometida a cadena de custodia para la acreditación de su autenticidad, pero que en el cumplimiento de estos protocolos pueden generarse errores y que no todos afectarán posteriormente la acreditación y autenticación de lo que, según argumenta la parte, esa evidencia es. Cabe advertir que no se trata, en estos casos, de acreditar si la sustancia fue o no encontrada en el lugar de los hechos, o si, por ejemplo, la camisa que contenía la mancha era o no de quien la parte aduce, pues aunque son circunstancias y elementos que giran en torno a una evidencia física no reconocible (la sustancia en el lugar de los hechos que parece sangre y la mancha en la camisa), no se requiere de un experto para dar cuenta de estos tópicos; es decir, para lo que se requiere del experto en uso de su pericia y, a su vez, la rigurosidad en los protocolos de cadena de custodia y procedimientos técnicos de autenticación que ese experto aplica después, es para predicar, en el primer caso, que el fluido es sangre y que pertenece a determinada persona o, en el segundo caso, que la mancha que se halló en la camisa procede de una cosa en específico.

Frente al segundo interrogante, se concluye que no hay una serie de criterios preelaborados para la distinción de lo que es una evidencia física no reconocible; se parte de ejemplos básicos como las drogas o los fluidos corporales y un solo criterio general: la necesidad de intervención del experto cuando no es posible, por las características que comporta esa evidencia, diferenciarla de otras similares o acreditar que no ha sido alterada, cambiada o sustituida.

De cualquier modo, no es posible afirmar que no haya casos en que sea más o menos necesaria la implementación de la cadena de custodia o la intervención de un experto a pesar de que, a primera vista, se trate de una evidencia física reconocible. En el ejemplo del arma con número serial encontrada en el lugar de los hechos, aunque esta evidencia logre reconocerse como única por su número de serie, para referir tópicos como de quién eran las huellas halladas en ella con exactitud, requerirá de la intervención de un experto. Es decir que, para ciertos tópicos, su aptitud demostrativa queda en suspenso, mientras que, para otros, es manifiesta y, podría decirse, directa. De estas variables podrá depender que la evidencia física deba o no someterse a cadena de custodia y necesite o no la intervención de un experto. Continuando con el ejemplo, podría decirse que la evidencia física reconocible es el arma con número serial, pero que las huellas que contenía y por las que se debió recoger, embalar, rotular y seguir con el protocolo de cadena de custodia hasta llegar al perito, comportan la evidencia física no reconocible.

Como conclusiones de este capítulo, desde la sentencia SP12229-2016, es una obligación someter a los procedimientos de cadena de custodia la evidencia física no reconocible, sin que esto implique que cualquier tipo de errores en su implementación generen consecuencias diferentes a la reducción del valor probatorio que, en su actividad, el juez podría estimar. Es de resaltar que, a pesar de afirmar la existencia de dicha obligación, no se desarrolle una consecuencia para su incumplimiento absoluto en dicha sentencia.

El siguiente capítulo buscará dar cuenta de las posibles consecuencias procesales que, en el sistema penal colombiano, tendría el diferenciar la evidencia física reconocible y no reconocible del elemento material probatorio.

## **VI. Consecuencias procesales de la diferenciación y función en un sistema de valoración**

¿Cuáles son las consecuencias procesales a las que conlleva la identificación y uso de los conceptos autónomos de elemento material probatorio y evidencia física reconocible y no reconocible? La definición autónoma de cada uno de estos conceptos, todavía en un escenario de valoración como el que rige el sistema penal colombiano, acarrearía una consecuencia procesal básica: la asistencia, en todos los casos, del experto que hará que esa evidencia física no reconocible se haga reconocible o única, con la necesidad de que este sea dado a conocer para la contraparte en el momento procesal correspondiente. Esta actividad de reconocimiento se encuentra regulada en el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, que define que la identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte y que la misma se expondrá en el informe pericial.

La diferenciación mínima entre elemento material probatorio y evidencia física no reconocible, se haría forzosa en la medida en que toda evidencia física no reconocible debería ser aducida con su respectivo experto e informe o dictamen pericial más la acreditación de la cadena de custodia, mientras que tal exigencia no sería tal cuando la evidencia es reconocible o se trata de un elemento material probatorio.

No significa esto, de nuevo, que no pueda haber errores en la cadena de custodia de la evidencia física no reconocible para que se decrete su admisión; los errores, pues, incluso siendo determinantes en lo que atañe a la mismidad de la evidencia desde la audiencia preparatoria, se podrían asumir como parte de la actividad valorativa del juez, lo que para la Corte Suprema, de ningún modo, puede significar:

- (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal.(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 12229, 2016)

La Corte Suprema reitera que el problema continúa siendo de valoración y se apoya en sentencias como CSJ SP, 19 de febrero de 2009, Rad. 30598 y CSJ AP 7385, 16 de diciembre de 2015; en este orden de ideas, no sería posible argumentar la ilegalidad en la incorporación de la evidencia, en los términos del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, con el objeto de lograr su exclusión en la audiencia preparatoria por errores que sean o no trascendentes en la implementación de la cadena de custodia, ya que este, como se ha reiterado, es un problema que se resolverá en la valoración del juez en la sentencia:

«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. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25920, 2007)

Al cuestionar errores la cadena de custodia, entonces, no es posible solicitar la regla de exclusión ya que no puede ser entendida como un requisito de legalidad o a modo de

subregla legal, más allá de la obligación que se ha desarrollado sobre evidencia física no reconocible.

### **Una alternativa a la exclusión**

Lo que se sigue, en primer lugar, es cuestionar si existe una contradicción entre la obligación de cadena de custodia para la evidencia física no reconocible con su respectivo experto, y la imposibilidad de solicitar su exclusión por ilegalidad. En segundo lugar, evaluar si es posible una alternativa a esta imposibilidad, para pasar a cuestionar si el juez tiene o no la capacidad de valorar la evidencia física no reconocible que tuvo errores en la cadena de custodia o no fue sometida a esta.

Para la Corte Suprema, en la medida en que el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal dispone de otros medios probatorios para superar la ausencia de cadena de custodia o su error, no sería posible argumentar la ilegalidad de la evidencia por ausencia de cadena de custodia o por falencias en esta:

Y es que, si la norma procesal no hace distinciones o excepciones, y, por el contrario, crea una regla supletoria para la comprobación de la autenticidad del elemento, mal haría la Corte en restringir la verificación de la univocidad de una evidencia a la certeza del cumplimiento de la cadena de custodia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 2202- 2015, 2015)

La aparente contradicción radicaría en que, a pesar de establecer una obligación que pareciera ineludible tratándose por lo menos de evidencias físicas no reconocibles (que consiste en la implementación de la cadena de custodia más la comprobación por parte de un experto de lo que esa evidencia es en juicio), cuando esta obligación se incumple por la ausencia total de cadena de custodia o errores trascendentes que la tornan inoperante, no surge de ahí la ilegalidad de la evidencia que se intenta incorporar y por ende su exclusión,

sino que se habilitan otros medios probatorios para suplir esa ausencia o los errores en la cadena, conforme al artículo 277 del Código de Procedimiento Penal.

Ciertamente, tal como con insistencia lo ha sostenido la jurisprudencia, no basta acreditar una lesión a la cadena de custodia –por ausencia o defecto- respecto de algún elemento de prueba, pues en ese evento, únicamente se habrá probado que no operó la presunción de autenticidad que surge naturalmente del adecuado manejo de las evidencias (inciso 1º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004). No así, que no está satisfecho el principio de mismidad, pues, se insiste, la indemnidad de la pieza probatoria recaudada puede acreditarse por la parte que le interese, mediante otros instrumentos de prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 2202- 2015, 2015)

Asentada esta postura, pareciera diluirse la contradicción y, en ese sentido, en sentencia 25920 del 2007, la Corte apunta a que la ausencia o defecto de la cadena de custodia recae en la credibilidad o asignación del mérito probatorio, con base en el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, que establece los criterios de valoración, lo que permite, a su vez, generar una alternativa a la imposibilidad de exclusión por ilegalidad:

Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios. Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de ilegalidad, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección de la evidencia o la forma en que se produjo el elemento probatorio, o la autenticidad del mismo en cuanto de ella dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25920, 2007)

La posibilidad de no decretar el medio de prueba no se da por el incumplimiento legal en el seguimiento de los protocolos de cadena de custodia sino porque el juez, con base en lo presentado por las partes, considera que el medio de prueba no tiene ni tendrá la capacidad de llevar convicción sobre cualquiera de los hechos o circunstancias que se pretenden probar o hacer más probables, de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal. Este evento puede concretarse en los casos en que la evidencia física no reconocible muestre errores trascendentes en la cadena de custodia o no se haya implementado en absoluto, o cuando no se presente acompañada del experto necesario para hacerla reconocible en juicio. El artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, en su literal b, determina que toda prueba pertinente es admisible, salvo cuando presente probabilidad de generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio; bajo este supuesto podría argumentarse el no decreto de la prueba y sustentarse la alternativa a la imposibilidad de solicitar la exclusión por ilegalidad en la audiencia preparatoria:

El artículo 405 de la ley 906 de 2004 dispone que “la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”. Esta disposición debe armonizarse con lo establecido en el artículo 376 idem, en cuanto dispone que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto (...) exhiba escaso valor probatorio” o “sea injustamente dilatoria del procedimiento. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 1557- 2018, 2018)

En conclusión, sería posible solicitar el rechazo de la evidencia física no reconocible o del medio de prueba con que se pretende llevar a juicio, y, en estos casos, no será porque se haya transgredido un requisito legal sino porque el juez considera que lo que se pretende decretar carece de poder de convicción dado el alcance del error en la cadena de custodia o su completa ausencia. Tal solicitud, por supuesto, se llevaría a cabo en la audiencia preparatoria y permitiría aumentar el debate probatorio en etapas anteriores al juicio oral.

Una vez planteados los problemas en relación con el poder de convicción de la evidencia física no reconocible y las diferentes consecuencias procesales que podrían generarse, queda evaluar, precisamente, la actividad de valoración que el juez realiza, considerando variables como su formación académica y los criterios que lo deberían guiar en casos de evidencia física no reconocible o de la prueba pericial con que esta evidencia ingresaría a juicio.

## **VII. Sobre la capacidad judicial de valoración de la prueba pericial en relación con la evidencia física no reconocible**

Respecto a la cuestión de si el juez tiene o no la capacidad para valorar la evidencia física no reconocible que tuvo errores trascendentes en la cadena de custodia o no fue sometida a esta e intenta autenticarse a partir del dictamen del experto con su presencia en juicio, deben tomarse en cuenta algunas consideraciones. El juez, para ser tal y como director del proceso, es un profesional que se ha instruido en leyes, en el conocimiento del ordenamiento jurídico y cualquier valoración de índole técnico-científico en un campo ajeno al derecho, excede su capacidad y el objeto de su formación académica:

[...] en el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 32882 - 2012, 2012)

Dado que no tiene la formación científica y la capacidad de determinar hasta qué punto una evidencia física no reconocible fue afectada y/o alterada, tendría, su vez, la carga de descartar o restar valor probatorio a cualquier evidencia física no reconocible que revista alteración o afección originada en el error o ausencia de la cadena de custodia, pues ante la duda, no podría el juez llenar, a partir de la actividad valorativa, el vacío de información que esa evidencia física presenta y, mucho menos, llenar ese vacío para fundamentar una

sentencia condenatoria, pues la presunción de inocencia y su correlativo in dubio pro reo, artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, conllevarían al resultado contrario. No obstante, la Corte Suprema ha determinado que no cualquier error afecta la autenticidad del elemento físico, sin profundizar en las cargas específicas que este hecho transporta a la valoración del juez:

Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce. El Juez, sin abandonar la imparcialidad que lo caracteriza, como responsable de la dirección del proceso debe permanecer atento a la observancia de la cadena de custodia, la acreditación y la autenticidad de las evidencias y medios probatorios, sin que el silencio de las partes, o su aparente conformidad le impidan tomar la decisión que considere justa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25920, 2007)

De lo que sí se ha encargado la Corte, por lo demás, es de delimitar el objeto de la valoración en lo relativo ya no a la cadena de custodia y sus posibles errores sino a la prueba pericial que, en este caso, pretende hacer reconocible una evidencia física no reconocible, precisando que: “el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 070- 2019, 2019)

Por su parte, el artículo 420 de la ley 906 refiere los criterios que el juez debe tener en cuenta para la apreciación de la prueba pericial, definiendo la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos y artísticos en que se apoya, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas. Esto conlleva a que el experto deba atender, a su vez, a criterios que permitan y faciliten la actividad que el juez deberá llevar a cabo:

[D]el experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el juez: (i) identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; (ii) sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; (iii) comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; (iv) pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 1557- 2018, 2018)

La obligación que tiene el juez de valorar la prueba pericial, obedece, entre otras, a la necesidad de que haya un control de todos los medios de prueba, más allá de que este en particular exceda su formación académica, pues será una carga del perito y de la parte que lo presente acreditar ante el juez, en un lenguaje cotidiano, los diferentes criterios legales y que la Corte Suprema ha desarrollado, para que se alcance una decisión con base en la adecuada valoración y control de ese y los demás medios de prueba practicados en juicio oral . De no hacerlo o de aceptar sin someter a la sana crítica la contribución del perito por el hecho de ser un conocimiento ajeno a su formación el que se le pone de presente, incurriría el juez en un error sobre el que ya la Corte Suprema se ha pronunciado:

[...] todo bajo el entendido de que no debe aceptar como una verdad apodíctica las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: (i) la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (Art. 417); (ii) las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 2709- 2018, 2018)

Para la Corte Suprema existen criterios que le permiten al juez guiarse en la valoración de contenidos que por formación académica le son ajenos, y le es posible al juez ser crítico frente a ellos durante su práctica en juicio, incluso, participando directamente a partir de preguntas complementarias, según lo dispone el artículo 397 del Código de

Procedimiento Penal, con el fin de obtener un cabal entendimiento del caso. Igualmente, de forma excepcional, podrá el juez intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio para conseguir que el testigo responda la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa, según dispone el mismo artículo.

Las diferentes problemáticas que se han pretendido desarrollar en este capítulo en lo referente a la valoración judicial, han sido tratadas también en otros ordenamientos jurídicos, permitiendo la experiencia extranjera arrojar mayor claridad sobre aspectos que continúan siendo objeto de reflexión en nuestro ordenamiento. Con el siguiente aparte se pretende complementar, a través de una breve referencia, lo hasta aquí mencionado sobre la valoración judicial, recurriendo a un ordenamiento extranjero como el italiano para hallar posibles puntos en común en el tratamiento que se le da a la temática, jurisprudencialmente, en ambos países, y ampliar así las herramientas para el estudio del problema.

### **Una breve referencia extranjera sobre valoración judicial**

Se intentará profundizar esta cuestión a partir del caso de Amanda Knox, Sentencia 36080 de 2015, donde la Corte de Casación Italiana presenta algunas consideraciones que, si bien versan sobre la prueba científica, se hacen pertinentes para comprender el problema de la valoración judicial desde las limitaciones de un profesional del derecho. Sobre la capacidad del juez para valorar aspectos científicos, considera:

[S]in embargo, la consecuencia del reconocimiento inevitable de este estado de ignorancia legítima del juez y, por lo tanto, de su incapacidad para gobernar "autónomamente" la prueba científica, no puede, sin embargo, ser la confianza acrítica, que sería equivalente, incluso para un malinterpretado sentido del libre convencimiento a un concepto igualmente malinterpretado "perito de peritos": una renuncia sustancial a su propio rol, a través de la aceptación fideísta de la contribución pericial, a la cual delegar la solución del juicio y, por lo tanto, la responsabilidad de la decisión. (Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, 36080, 2015)

En este sentido, se plantea la necesidad de que el juez no renuncie a su rol, ni siquiera, ante la prueba científica, pues aunque es cierto que es un conocimiento para el cual no se preparó con especificidad, no puede llevar esta situación a que el juez crea y acepte de un modo “fideístico” la contribución científica, sin ser crítico frente a lo que presenta el perito, sea en lo atinente al contenido de la pericia o a las bases sobre las cuales esta se asienta, como su experiencia del perito, confiabilidad o imparcialidad.

Pero este es un primer evento, aquel en el cual una sola de las partes presenta la prueba científica o, para el caso que se estudia, pericial y que intenta hacer reconocible una evidencia no reconocible. Debe examinarse aquel evento en que ambas partes presentan al experto, pues la carga argumentativa aumenta y se incrementan las dificultades en la valoración del juez:

(...) el problema surge, drásticamente, cuando, frente a contribuciones científicas opuestas, ese mismo juez es llamado a realizar una toma de posición, ya que, en este caso, la paráfrasis es mucho más exigente, aún requiere una motivación pertinente y adecuada para explicar las razones por las cuales la perspectiva científica alternativa no es aceptable. (Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, 36080, 2015)

En el segundo evento, pues, es inevitable que el juez valore con mayor capacidad crítica. Ambas partes han presentado el medio de prueba y los argumentos son contrarios. El juez debe tomar postura y, para hacerlo, debe valorar ambas pruebas en los aspectos que tienen que ver con su contenido, contexto investigativo, entre otros. El juez, además de motivar por qué asume como aceptable una de las posturas o argumentos, debe, a su vez, dar cuenta también de por qué el otro no alcanza a convencerlo a la luz de los avances científicos y su fiabilidad. La necesidad de que el juez valore la prueba científica presentada se intensifica cuando se plantea la posibilidad de que no lo haga, con las consecuencias que se señalan:

La prueba científica no puede, de hecho, aspirar a una calificación incondicional de confiabilidad autorreferencial durante el juicio, debido a este hecho el juicio penal repudia

toda idea de prueba legal. Por otro lado, todos saben que no hay una sola ciencia, portadora de verdades absolutas e inmutables a lo largo del tiempo, sino muchas ciencias o pseudociencias entre las oficiales y las no validadas por la comunidad científica, como expresión de métodos de investigación no reconocidos universalmente. (Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, 36080, 2015)

Atendiendo a estas circunstancias, la garantía entonces recae en el control y la valoración judicial, pues la ausencia de este permitiría plantear la idea de que la ciencia se encuentra por encima del derecho, cuando, realmente, no es este el enfoque que se pretende explicar, porque tampoco la respuesta es que el derecho se encuentre por encima de la ciencia.

De tal manera, el resultado de una prueba científica puede considerarse confiable solo si es controlado por el juez, al menos con referencia a la confiabilidad subjetiva de la persona que lo apoya, a la naturaleza científica del método utilizado, al margen de error más o menos aceptable y al valor objetivo y fiabilidad del resultado alcanzado. (Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, 36080, 2015)

Sería una obligación del juez valorar rigurosamente, aunque sea sobre tópicos como la fiabilidad del perito, el margen de error que se permite o la aceptación del método utilizado por la comunidad científica, para llegar a una decisión que no adolezca de motivación o que haya dejado puntos por fuera del análisis o examen.

### **Conclusiones frente a la valoración**

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP 12229 de 2016, como se ha dicho, continúa planteando la resolución del problema desde la valoración (situación que conlleva a que el juez valore y motive aunque no tenga entera capacidad en dichos temas), pero ofrece razones para comprender la obligación de someter la evidencia física no reconocible al procedimiento de cadena de custodia y de que los protocolos se sigan con minuciosidad, más allá de la libertad probatoria que plantea el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, pues concluye la Corte Suprema de Justicia que no le es dable al juez: “excepcionar la

obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 12229, 2016).

Dicha carga constitucional y legal debe armonizarse, entonces, con la diferenciación de los conceptos elemento material probatorio, evidencia física reconocible y evidencia física no reconocible, recayendo solo sobre esta última, como se ha dicho, la obligación de someter la evidencia a cadena de custodia y hacerla reconocible a través de la intervención del experto en todos los casos; pero se sigue de esta obligación también una mayor rigurosidad en la observancia y valoración que debe hacer el juez sobre la evidencia física no reconocible y la cadena de custodia a que fue sometida, cuando se vislumbraron errores en ella pero no fueron determinantes para que se produjera su rechazo en la audiencia preparatoria bajo la alternativa que se ha propuesto. De este modo, al aumentarse la rigurosidad de la implementación de la cadena de custodia y de la intervención del experto cuando se trata de evidencia física no reconocible, también se reduce la capacidad que el juez tiene de otorgarle valor probatorio cuando se presentan estas deficiencias.

Sin embargo, se insiste en el punto central, pues siendo evidencia física no reconocible y siendo el caso de que la cadena de custodia, más allá del simple error, se haya roto, soslayado por entero o desatendido en alguno de sus protocolos de modo que ya no pudiera cumplir con su fin, al entreverse esto en la audiencia preparatoria, la evidencia física no reconocible o la solicitud para que esta llegue a juicio puede ser rechazada por no cumplir con los presupuestos mínimos para ofrecer y llevar razones de convicción al juez, no siendo posible asegurar que la intervención del experto ofrezca una probabilidad mínima aceptable de confiabilidad, lo que no reñiría con el escenario judicial valorativo, pues no se trata aquí de suprimir la valoración sino de transportar parte del debate que la alimenta a una etapa anterior. Con mayor razón puede operar el rechazo cuando la evidencia física no reconocible, aunque haya sido sometida a la cadena de custodia correctamente, no se acompaña del informe o dictamen del experto que da cuenta de qué es y/o, por ejemplo, a quién pertenece esa evidencia que la parte aduce.

## VIII. Conclusiones

En cuanto a la evidencia física reconocible, se diferencia de la no reconocible, desde una perspectiva procesal, al presentar características que hacen que en su tratamiento se puedan flexibilizar las exigencias de la cadena de custodia e incluso prescindir de ella. La evidencia física no reconocible es aquella que por sus características especiales necesita de la intervención de un experto para la demostración de lo que ese elemento físico es; además, este tipo de evidencia, puede ser fácilmente alterada o manipulada. Por su lado, la evidencia reconocible, comparte características con los elementos materiales probatorios y, de algún modo, no resulta tangible una diferenciación procesal determinante entre estos, más allá de las señaladas con los informes de policía o, por ejemplo, declaraciones anteriores al juicio, que tendrían como vocación manifiesta facilitar el interrogatorio cruzado al refrescar memoria o impugnar credibilidad:

Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP606-2017, 2017)

Respecto a la posibilidad de impugnar credibilidad:

[c]ontrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como prueba (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como

mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP12229-2016, 2016)

Aunque no haya una diferencia concluyente entre elemento material probatorio y evidencia física reconocible, al considerar características que permitan diferenciarlos con mayor precisión, la elaboración y el uso de declaraciones previas, informes o entrevistas, pueden arrojar algunas pistas, ya que, si bien son susceptibles de denominarse evidencias físicas reconocibles, su tratamiento como elementos materiales probatorios parece más acertado a la luz de los ejemplos que la Corte Suprema de Justicia utiliza para diferenciar la evidencia física reconocible, pues en estos ejemplos persiste un estrecho vínculo con la escena del crimen o el hecho delictivo, en la medida en que, como afirman Mora y Sánchez, sirvieron para producirlo o resultaron como consecuencia de ese hecho, como sucede en el caso del revólver con número serial o el cuchillo con marcación, ambas evidencias reconocibles. Este vínculo no sería directo en el caso de entrevistas, informes de investigadores o policías, ya que aun tratando sobre el hecho delictivo o la escena del crimen, no sirvieron para producirlo ni fueron el resultado inmediato de este, por lo que sería viable denominarlos elementos materiales probatorios.

Pese a lo anterior, no parece posible reducir la caracterización del elemento material probatorio a estas descripciones o pensar su funcionalidad limitándola a refrescar memoria e impugnar credibilidad; sin embargo, son funciones cuya atribución a los elementos materiales probatorios resulta menos conflictiva que a la evidencia física. Lo que de ningún modo es posible comprender como sinónimo con los otros dos conceptos, entonces, es la evidencia no reconocible, que por la necesidad de presentar cadena de custodia y la intervención del experto que la hará reconocible, se diferencia procesalmente de la evidencia física reconocible y de los elementos materiales probatorios. Estos dos últimos necesitarían por lo menos de un medio de prueba para aportar razones de convicción al juez para decidir; generalmente de testimonios, pero no así de la cadena de custodia o la intervención del experto.

En lo que tiene que ver con su decreto en la audiencia preparatoria, los defectos en la cadena de custodia o su ausencia, tratándose de evidencia física no reconocible, no pueden ser controlados a partir de la figura de la exclusión por ilegalidad. Se debe atacar el poder de convicción de la evidencia física no reconocible, demostrando que por los defectos en la cadena, su ausencia o la del perito, probablemente genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio, con base en el artículo 376, literal b, del Código de Procedimiento Penal, de modo que la solicitud de rechazo resulte procedente.

### **IX Referencias bibliográficas**

- Allen, R. J., Kuhns, R. B. & Swift, E, & (2002). Evidence: Text, Cases and Problems (Aspen Casebooks).
- Bruno (2015). Sentencia 36080-2015 Corte Suprema di Cassazioni, Quinta Sezione Penale [traducido al español de Ariel Wilfredo López Saavedra].
- Código de procedimiento penal [Código]. (2018) 6ta ed. Legis
- Corte Constitucional, (9 de junio de 2005), Sentencia C-591 de 2005. [MP.Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (21 de febrero de 2007) Sentencia SP 25920 - 2007. [MP.Javier Zapata Ortíz]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (15 de octubre de 2008) Sentencia SP 29626 - 2008. [MP.Jose Leonidas Bustos Martinez]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (27 de junio de 2012) Sentencia SP 32882 - 2012. [MP.Javier Zapata Ortíz]
- Corte Suprema di Cassazione, Quinta Sezione Penale, (27 de marzo de 2015) Sentencia 36080-2015 [MP Paolo Antonio Bruno.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (29 de abril de 2015) Sentencia AP 2202 - 2015. [MP. Eyder Patiño Cabrera]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (31 de agosto de 2016) Sentencia SP 12229 - 2016. [MP. Patricia Salazar Cuellar]

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) Sentencia SP160-2017. [MP Patricia Salazar Cuéllar]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de enero de 2017) Sentencia SP606-2017. [MP Patricia Salazar Cuéllar]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (1 de junio de 2017) Sentencia SP 7732 - 2017. [MP. Luis Antonio Hernández Barbosa]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (11 de julio de 2018) Sentencia SP 2709 - 2018. [MP. Patricia Salazar Cuellar]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (9 de mayo de 2018) Sentencia SP 1557 - 2018. [MP. Patricia Salazar Cuellar]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (23 de enero de 2019) Sentencia SP070 – 2019. [MP. Patricia Salazar Cuellar]
- Marín Vásquez, R. A. (2004). Sistema acusatorio y prueba. Temas procesales. Edición especial. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal.
- Montero, J.A. (2005) La prueba en el proceso civil. Thomson-Civitas.
- Mora Izquierdo, R., & Sánchez Prada, M. D. (2007). La evidencia física y la cadena de custodia en el sistema acusatorio. Editores gráficos Colombia
- Vargas, A. M. C. (2012). Caracterización del Concepto de Evidencia Demostrativa y su uso en el Juicio Oral. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 6(1), 69-95.