

**CADENA DE CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO A LA LUZ DE LA LEY 906, ¿FICCIÓN O
REALIDAD?**

**CHAIN OF CUSTODY IN THE COLOMBIAN LEGAL LAW 906,
¿FICTION OR REALITY?**

**LA CHAÎNE DE GARDE DANS L'ORDONNANCE JURIDIQUE
COLOMBIENNE DE LA LOI 906, UNE FICTION OU UNE
RÉALITÉ?**

*Lemus-Soler Diana Julieth**

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2014

Fecha de aprobación: 17 de octubre de 2014

Pág. 121 a 135

RESUMEN

Dentro del marco probatorio preestablecido en el ordenamiento jurídico Colombiano y a la luz de la Ley 906 del 2004, se enmarca un procedimiento proteccionista y garantista –o por lo menos es lo que se puede interpretar de la norma– como lo es la Cadena de Custodia, entendido como un sistema documentado, que se aplica a los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física, por las personas responsables del manejo de los mismos, lo cual permitirá garantizar la autenticidad de los elementos objeto de este procedimiento; situación que evidencia que efectivamente es importante, ya que brinda a las personas que están siendo parte de un proceso de tipo penal, cierta seguridad y tranquilidad, pues tendrán la firme convicción de que efectivamente se desarrolló un adecuado procedimiento, en donde el juez y según su sana crítica podrá sopesar y valorar el material probatorio allegado oportuna y legalmente.

* Universidad Santo Tomás Tunja, Tunja-Boyacá, Colombia, correo: diana.lemus@ustatunja.edu.co.

En el desarrollo de la Investigación se tendrá en cuenta el planteamiento y posición que ha tomado la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Penal, frente al procedimiento de Cadena de Custodia, a los efectos y consecuencias que se presentan ante el adecuado o inadecuado manejo de este procedimiento, estableciendo, claro está, las características y elementos constitutivos del mismo, dejando entrever la situación que verdaderamente se está viviendo; determinando si efectivamente la Cadena de Custodia es una **“ficción o una realidad”** dentro de nuestro ordenamiento jurídico Colombiano.

PALABRAS CLAVE

Cadena de Custodia, Debido proceso, Elemento Material Probatorio (EMP), Evidencia Física (EF), Código de Procedimiento Penal, Valoración de la prueba.

ABSTRACT

Probative framework within the preset in the Colombian legal system and in the light of the Law 906 of 2004, is framed in a protectionist procedure and provide guarantees -or at least is what can be interpreted in the standard - as it is the Chain of Custody, understood as a documented system, which applies to the material and physical evidence, by the people responsible for the management of the same, which will allow you to guarantee the authenticity of the items subject to this procedure; situation as evidence that it is indeed important, because it gives people who are being part of a process of the criminal type, some security and peace of mind, thus, they will have the firm conviction that effectively Development is a suitable procedure, where the judge and according to their healthy criticism may be weighed and evaluated the relative evidentiary material timely and legally.

In the development of the research will be taken into account the approach and position that has taken the Supreme Court of Justice, in its Criminal Cassation Chamber, in front of the procedure of Chain of Custody, to the effects and consequences that are presented to the proper or improper handling of this procedure, establishing, of course, the features and elements of the same, telegraphing the situation truly is living; determining whether or not the Chain of Custody is a «fiction or reality» within our Colombian legal system.

KEY WORDS

Chain of Custody, due process, evidentiary material element (EMP), Physical Evidence (EF), Code of Criminal Procedure, assessment of the evidence.

RÉSUMÉ

Dans le cadre probante préétabli à l'ordre juridique colombien et à la lumière de la loi 906 de 2004, s'inscrit une procédure protectionniste et protectrice – ou au moins est ce qui peut interpréter de la norme – comme la chaîne de garde, entendu comme un système documenté, qui s'applique aux éléments matériels probants et preuves matérielles, par les personnes responsables de la gestion des mêmes, ce qui permettra d'assurer l'authenticité des éléments faisant l'objet de cette procédure; situation qui montre qu'il est important, car elle offre aux personnes qui font actuellement partie d'un processus de type pénale, une certaine sécurité et la tranquillité, puisqu'ils devront la ferme conviction que EFFECTIVEMENT s'est déroulée un approprié procédure, où le juge et selon leur saine critique peut peser et évaluer le matériel probante proche opportune et légalement.

Dans le développement de la recherche sera prise en compte l'approche et position qui a pris la Cour suprême de justice, dans sa cour de cassation pénale, face à la procédure de chaîne de garde, les effets

et les conséquences qui se présentent devant le approprié ou gestion inadéquate de cette procédure en créant, bien sûr, les caractéristiques et les éléments constitutifs du même, laissant entrevoir la situation qui est vraiment est vivenciando; déterminant si effectivement la chaîne de garde est une «fiction ou une réalité» à l'intérieur de notre système juridique colombien.

MOTS CLÉS

Chaîne de garde, une procédure régulière, élément matériel Probante (EMP), preuve physique (EF), Code de procédure pénale, évaluation de la preuve.

INTRODUCCIÓN

Al ser la Cadena de Custodia un sistema documentado, que se aplica a los Elementos Materiales Probatorios –EMP– y Evidencia Física -EF- con el fin de garantizar y demostrar las condiciones de *identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad y registro*, se hace necesario determinar si estos principios, procedimientos y fundamentos, los cuales serán calificados por el operador jurídico Juez, se han cumplido a cabalidad o, si por el contrario han sido vulnerados, situación que evidentemente trasladaría al elemento recolectado consecuencias contundentes, criterio que para unos toma fuerza vinculante y para otros no.

Frente a esta situación, se ha creado incertidumbre en lo que respecta en si el procedimiento de Cadena de Custodia, su relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano y por supuesto su aplicación. De ahí la necesidad de analizar jurisprudencialmente si el operador jurídico, le está brindando o no la real importancia que esta amerita. El manejo de este tema es de gran relevancia en la actualidad, ya que al haberse establecido este sistema, debe garantizarse su adecuado manejo y debida aplicación, o por lo menos debería

ser así, puesto que está de por medio la culpabilidad o inocencia de una persona que se encuentre inmersa en un proceso de tipo penal.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, dentro de sus tantas jurisprudencias, ha promulgado la sentencia bajo radicado número 30598 del 19 de febrero del año 2009 y la sentencia bajo número de proceso 35173, sala de casación penal -las cuales han sido elegidas para su respectivo análisis-, en estas el operador jurídico, deja evidenciar su postura frente a los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física, y por ende la valoración que el operador jurídico Juez, ostenta frente a estos en Audiencia de Juicio Oral.

Finalmente, podría decirse que, aunque esta materia es de gran importancia, doctrinariamente poco se ha hablado de la misma, por tal razón se realiza un análisis a una de las fuentes formales del derecho, como lo es la jurisprudencia.

JUSTIFICACIÓN

Con la llegada del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, se han suscitado varios cuestionamientos respecto de la actividad probatoria y la valoración que se le hace al elemento material probatorio y evidencia física por parte del operador jurídico, en cuanto a la implementación y manejo de un sistema más estandarizado como lo es el de la Cadena de Custodia, siendo relevante señalar, que el elemento material probatorio y la evidencia física, contribuyen indudablemente a la finalidad del proceso penal, el cual, es llegar a demostrar a través de la protección del material probatorio, la existencia de hechos ocurridos dentro de una conducta que está siendo objeto de investigación y que por tanto el adecuado manejo de estos elementos aportará y generará convicción en el juez, buscando así superar la duda razonable y establecer

que se preservó y conservó la identidad de los mismos.

Es por ello que frente a esta situación se realizó un análisis reflexivo y posteriormente una crítica tanto al protocolo como a los procedimientos de cadena de custodia preestablecidos, igualmente a lo pertinente en cuanto a la realidad jurídico-procesal de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo como antecedente que este procedimiento fue normativizado en aras de garantizar las condiciones y características primigenias de los elementos materiales probatorios y evidencia física, y en consecuencia la preservación de la “capacidad demostrativa”, es decir, que el material probatorio no pierda la esencia de ostentar determinado hecho, ante el operador jurídico juez de conocimiento.

Con el desarrollo de esta investigación se busca determinar si los administradores de justicia están requiriendo la debida aplicación de este procedimiento si es consecuente la valoración que se le está otorgando al mismo, establecer los puntos de vista de la Corte Suprema en su sala Penal, e igualmente se podrán establecer las pautas que debe ostentar un elemento material probatorio y evidencia física, como elementos integrantes dentro de un proceso de tipo penal, y que inicialmente tienen su fundamento en la investigación de tipo criminal, presentando así, un referente jurídico-social, pero sobretodo social, ya que en últimas, la sociedad es quien de manera directa o indirecta se beneficiará o afectará con las decisiones que tome el operador jurídico juez de conocimiento, y finalmente poder concluir si la cadena de custodia es una realidad o una ficción.

La trascendencia de este tema en concreto ha fijado las pautas para esta investigación, por tanto se hizo una revisión desde

diferentes puntos básicos, como son la doctrina sobre el tema en concreto pasando por autores como Ricardo Mora Izquierdo, María Dolores Prada, entre otros; la jurisprudencia como en el desarrollo del proceso número 29.877 de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, el Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia, el Manual de Policía Judicial y Policía Judicial en la práctica, la Constitución Política de Colombia y la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal –C.P.P.-.

OBJETIVOS

- **OBJETIVO GENERAL:** Analizar jurisprudencialmente el criterio valorativo y la importancia que el operador jurídico Juez de Conocimiento, le está dando al procedimiento de Cadena de Custodia a la luz de la Ley 906 del 2004 y por ende si se está requiriendo su rigurosa aplicación.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Analizar y establecer la importancia del procedimiento de Cadena de Custodia, dentro del marco investigativo y por ende dentro del marco probatorio.
2. Analizar y comparar los fallos jurisprudenciales que hablen sobre el tema en concreto, estableciendo las consecuencias jurídicas que acarrea el inadecuado manejo del procedimiento de Cadena de Custodia.

METODOLOGÍA

Se realiza la investigación a través de un método Analítico-Descriptivo. Descriptivo ya que se evidencian los antecedentes y parámetros bajo los cuales se implementó el procedimiento de Cadena de Custodia, tanto en los manuales establecidos por la

Fiscalía General de la Nación, como en el Código de Procedimiento Penal y Analítica en cuanto se orienta a revisar diversas sentencias sobre este tema y se analizan los puntos de vista establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al tema se refiere, realizando finalmente una reflexión sobre los hallazgos obtenidos planteando mi punto de vista personal.

1. CONCEPTO DE CADENA DE CUSTODIA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En Colombia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses¹, dio origen en diciembre de 1993, al primer manual de Cadena de Custodia, estableciendo allí, un procedimiento para el manejo idóneo de los elementos materiales de prueba, desde su ingreso al Instituto hasta el envío del dictamen a la autoridad competente.

Posteriormente, en el artículo 288 de la Ley 600 de 2000² (Código de Procedimiento Penal), se estableció el concepto de Cadena de Custodia en el cual se fijó su objetivo principal, destacando aspectos como: a que se le debe aplicar cadena de custodia, con qué fin, quiénes son responsables de la aplicación, dónde inicia y dónde termina, y quizás lo más importante, le impuso al Fiscal General de la Nación, diseñar e implementar un sistema de cadena de custo-

dia de acuerdo a los avances científicos y técnicos.

Es así como mediante “Resolución 1890 de Noviembre 5 de 2002”³, la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en la Ley 600 de 2000, reglamenta un sistema que cobra vigencia el 1 de enero de 2004, en el cual ordena la aplicación de un proceso para el manejo de los elementos materiales probatorios (EMP) y evidencias físicas (E.F), que contempla procedimientos con actividades que van desde el aseguramiento de la escena hasta la disposición final de los mismos.

Con base en lo anterior y mediante “Resolución 0-2869 de diciembre 29 de 2003”⁴, la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de la “Policía Judicial”⁵ en Colombia, estandariza todos los procedimientos en un primer Manual de Cadena de Custodia, en el que unifica rótulos, formatos y recomienda algunas prácticas para el debido manejo de la recolección y embalaje de los mismos, así mismo establece la necesidad de adecuación de los Almacenes de Evidencia, de acuerdo a especificaciones técnicas para la custodia del material probatorio.

En ese orden y dentro del marco de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación reglamenta el Sistema de Cadena de Custodia para el Sistema Penal Oral Acusatorio SPOA⁶, mediante resolución 06394

1 “Somos una organización de referencia técnico-científica que dirige y controla el sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses en Colombia. Prestamos el servicio forense a la comunidad y a la administración de Justicia sustentados en la investigación científica y la idoneidad del talento humano en un marco de calidad, imparcialidad, competitividad y respeto por la dignidad humana.” Recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co> quienes somos.

2 Ver Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del 2000, Art. 288: Cadena de Custodia.

3 Ver Resolución 1890 de 2012.

4 Ver Resolución 0-2869 de 2003.

5 La jurisprudencia constitucional considera la Policía Judicial “como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes”, siendo “una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República)”. Corte Constitucional, Sentencia 789 del 2006, 20 de septiembre de 2006, M.P.: Pinilla Pinilla, Nilson.

6 Es aquel sistema de persecución penal en el cual se encuentran separadas las funciones de Investigación, Acusación y Resolución de un hecho ilícito, asegurando con aquello la imparcialidad, independencia, igualdad y legalidad del actuar punitivo del estado.

de diciembre 22 de 2004, en donde ajusta los procedimientos a la nueva actividad procesal.⁷

La Cadena de Custodia es un sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía. Esa la razón por la que debe aplicarse la técnica adecuada desde el momento en que la policía judicial, o en su defecto un miembro de la Policía Nacional, entra en contacto con el hallazgo del que pueda inferirse la existencia de una conducta punible, sus autores o partícipes, para preservar su autenticidad durante todo el proceso.

De manera que la policía judicial, o en su ausencia la Policía Nacional, deberá identificar, fijar, recolectar, embalar técnicamente y rotular los elementos materiales probatorios o evidencia física, conforme con lo establecido en el manual de cadena de custodia, los enviará al almacén o bodega de evidencias o al laboratorio respectivo cuando se requieran exámenes técnico-científicos sobre ellos, de donde se remitirán al lugar dispuesto para su custodia, preservación y conservación.

Finalmente y frente al antecedente histórico, se puede decir que la cadena de custodia ha pasado de estar simplemente enunciada en un documento, a tener un papel de real importancia en el ordenamiento jurídico y en el derecho probatorio como tal, dando lugar a la aplicabilidad de protocolos y procedimientos estandarizados y avalados normativamente.⁸

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL REFERENTE AL CRITERIO VALORATIVO DADO POR PARTE DEL OPERADOR JURÍDICO JUEZ, FRENTE AL MANEJO DE CADENA DE CUSTODIA

Frente al análisis realizado a la sentencia bajo radicado número 30598 del 19 de febrero del año 2009 de la Corte Suprema de Justicia, se destaca el argumento dado por parte del Magistrado en punto a la valoración que hace el juez de conocimiento en cuanto al procedimiento de Cadena de Custodia, anotando lo siguiente:

“Impera recordar que 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, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aún en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida, ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo.”

No en vano, el artículo 273 de la Ley 906 de 2004, establece como criterios de valoración: “La valoración de los elementos

⁷ Copyright (2008). Cadena de Custodia. Todos los Derechos Reservados. Recuperado de <http://cadenadecustodia.com/historia.html>.

⁸ Universidad Santo Tomas de Aquino, Tunja. Facultad de Derecho Lemus Soler, Diana Julieth. Monitora Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. dianalemus333@hotmail.com.

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”.

“De igual forma, es claro que tampoco la ruptura en la cadena de custodia supone necesariamente la inadmisión del elemento material probatorio, asunto diverso es que el juez pueda inadmitir la prueba, no por considerarla ilegal, pues como quedó visto no lo es, sino por carecer de fuerza demostrativa en cuanto atañe al *thema probandum* del diligenciamiento, al advertir falencias en su recolección, su producción o su autenticidad.”⁹

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*, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

“No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología 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, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.”¹⁰

Si la parte interesada demuestra ante el operador jurídico Juez, “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.”¹¹

De lo anterior se puede deducir que el operador jurídico, considera que llegado el caso de demostrarse la ruptura en la Cadena de Custodia, no necesariamente esta situación implicaría la exclusión de la prueba, pues, el juez la valorará y determinará su capacidad probatoria, lo cual en mi concepto deja en entredicho la importancia de este procedimiento.¹²

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 30598, 19 de Febrero de 2009, M.P.: González de Lemos, María del Rosario.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 30598, 19 de Febrero de 2009, M.P.: González de Lemos, María del Rosario.

11 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto de Segunda Instancia, 20 de Noviembre de 2008, M.P.: Poveda Perdomo, Alberto.

12 Universidad Santo Tomás de Aquino, Tunja. Facultad de Derecho Lemus Soler, Diana Julieth. Monitora Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. dianalemus333@hotmail.com.

2.1 PROCESO NÚMERO 29.877 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL¹³

En el proceso 29.877 del 18 de mayo del 2011, seguido contra el representante WILSON ALFONSO BORJA DÍAZ, se investigan los supuestos nexos con la guerrilla de las FARC, puesto que su nombre aparece en varios documentos de Word, en los archivos de los computadores hallados en la operación que dio de baja al señor LUIS EDGAR DEVIA SILVA alias RAÚL REYES en el vecino país de Ecuador el 1 de marzo de 2008.

La Corte Suprema de Justicia, indica que la relación entre países se basa en el respeto de su soberanía y formas de gobierno, estableciendo que con el vecino país de Ecuador se suscribieron tratados y convenios con el fin de colaborar mutuamente en la lucha contra las formas de delincuencia y que en determinado caso, establecían el cómo debía ser dicha colaboración, como es el usar los canales diplomáticos, y al requerir la práctica de pruebas judiciales en el extranjero, el Fiscal General de la Nación autorizaría al personal que realizaría dichas diligencias, mostrando el máximo de respeto sobre la información que debía ser publicada, teniendo previo consentimiento del país vecino.

Después la Corte, de manera somera, explica la consecuencia de la obtención de una prueba ilegal y una prueba ilícita, y que para el caso particular las pruebas obtenidas en el vecino país de Ecuador, en una operación que no contó con autorización de las autoridades de dicho país, que fue recolectada por personal que no tenía funciones para ello (funciones de Policía Judicial) y que después analizaron y copiaron sin dejar acta alguna, revestía

el carácter de ilegal por haber sido una prueba recolectada en el extranjero sin ningún cumplimiento de los acuerdos internacionales y que por tanto su consecuencia era la **exclusión** de dicha información.

Aunado a esto, no encontraron información que vinculara directa y claramente al señor WILSON ALFONSO BORJA DÍAZ con la guerrilla de las FARC, declarando así la Corte un AUTO INHIBITORIO a favor del procesado.

Esta sentencia no enfatiza sobre los procedimientos de cadena de custodia, del procedimiento para la recolección de elementos materiales de prueba, de las funciones atribuidas a la Policía Judicial, y que esta actividad no es exclusiva, ya que cualquier particular puede recolectar elementos y allegarlos al proceso. Se queda corta la sentencia en dilucidar si el procedimiento efectuado por el Comando de Operaciones Especiales “COPESES” de la Policía Nacional de Colombia y la Armada Colombiana respecto a la recolección de elementos encontrados en la “Operación Fénix” fue el adecuado, y además manifiesta que al no autorizarse a estos comandos a recolectar la evidencia se tendrán como ilegales e ilícitas, cabe resaltar este apartado de la sentencia que en su tenor reza:

“35. El principio de legalidad de la prueba es consustancial con las garantías judiciales, entendidas como el conjunto de procedimientos dispuestos por la ley con el propósito de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, en la resolución de conflictos o controversias puestas a consideración puestas a consideración del poder jurisdiccional del Estado.¹⁴ Es parte del derecho al debido proceso

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 18 de mayo de 2011.

¹⁴ Artículos 28-35 de la Constitución Política; artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 8º y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

legal, porque solo a través de medios de prueba puede justificarse una imputación punible, con potencialidad para determinar la restricción de la libertad, o en todo caso para separar lo justo de lo injusto. De donde se sigue que el medio o instrumento de prueba solo es válido si es practicado de modo lícito, con respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales, libertades y garantías del justiciable, y con apego a las reglas establecidas en las normas que regulan su recaudo¹⁵”

“36. La jurisprudencia de la Corte tiene sentado pacíficamente y desde antaño, que “La prueba ilegal se genera cuando su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior”, y que en esta eventualidad, contrario a cuando se trata de prueba ilícita, “corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad, insustancial por sí sola no autoriza la exclusión”¹⁶

2.2 PROCESO NÚMERO 35173 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL¹⁷

“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.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio. 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 estos a los que tendrá que enlazar la crítica, la parte contra la cual se aduce.

La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los 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

¹⁵ Precísase en esta parte, que bajo el método de la Ley 906 de 2004, el 10 de abril de 2008 tuvo lugar audiencia de control de garantías ante el juzgado 60 de esa especialidad con sede en Bogotá, donde se declaró ajustado a derecho el “registro” que sobre los elementos hallados en el Ecuador fueron realizados por expertos en informática forense; según ese acto, se supo que el 2 de marzo de 2008, un día después del recaudo, los citados elementos de conocimiento fueron puestos a disposición de un Fiscal de Puerto Asís quien dispuso su registro; en esa sede no se debatió lo referente con la legalidad de esos elementos sobre la base de la incursión en territorio extranjero de donde se trajeron; ahí se debatió insistentemente sobre su autenticidad y la cadena de custodia.

¹⁶ Sobre esta materia la jurisprudencia de esta sala es copiosa; baste citar la decisión del 2 de marzo de 2008.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Radicación No. 35173, 09 de Marzo de 2011, M.P.: González de Lemos, María del Rosario.

aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe”.

Frente a esta manifestación jurídica, se puede inferir que legalmente se ha establecido que la cadena de custodia se considera un criterio de valoración del material probatorio, entre otros complementarios; pero personalmente, considero que la inaplicabilidad o ineficiente manejo de la cadena de custodia, como lo he venido manifestando afectaría el material probatorio y por tanto la valoración que realice el juez.¹⁸

3. IMPORTANCIA DE LA CADENA DE CUSTODIA

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido un procedimiento el cual ha sido validado jurídicamente y del cual se tiene que las reglas destinadas a la preservación de la evidencia física tienen una indiscutible estirpe legal, pues ellas están establecidas en los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004, amén de que la Fiscalía General de la Nación en virtud del parágrafo del artículo 254 del citado estatuto, ha reglamentado aspectos relacionados con dicha materia, en aras de asegurar la legalidad -es decir que el material probatorio sea introducido al proceso de tipo penal acorde a la normatividad preestablecida- y autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física -lo cual se refiere a que el material presentado es el que realmente se ha propuesto -.

“La importancia radica en que este sistema de Cadena de Custodia permite demostrar la Autenticidad -como ya se mencionó- de los elementos materiales probatorios y evi-

dencia física, recolectados dentro de una etapa de indagación e investigación de tipo penal. La evidencia tiene la propiedad de convertirse en Elemento Material Probatorio y posteriormente en Prueba, esto en la práctica de las mismas dentro de la Audiencia de Juicio Oral.¹⁹

Según sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, la importancia de “la cadena de custodia aparece en la necesidad de impedir que se vicie la evidencia mediante acciones que modifiquen su contenido -como falsedad, simulación-, significado o valor original.”²⁰

Entre tanto, “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.”²¹

18 Universidad Santo Tomás de Aquino, Tunja. Facultad de Derecho Lemus Soler, Diana Julieth. Monitora Centro de Investigaciones Socio-jurídicas.. dianalemus333@hotmail.com.

19 Universidad Santo Tomás de Aquino, Tunja, Lemus Soler, Diana Julieth. Monitora Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas. Facultad de Derecho. dianalemus333@hotmail.com

20 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto de Segunda Instancia, 20 de Noviembre de 2008, M.P.: Poveda Perdomo, Alberto.

21 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto de Segunda Instancia, 20 de Noviembre de 2008, M.P.: Poveda Perdomo, Alberto.

4. CONSECUENCIAS POR EL NO MANEJO O MANEJO INADECUADO DEL PROCEDIMIENTO DE CADENA DE CUSTODIA

En la sentencia bajo Radicación No. 35173, 09 de Marzo de 2011, M.P.: María del Rosario González de Lemos, deja entrever una vez más que los errores en cadena de custodia y según postura de la Corte Suprema se trata de un asunto de legalidad y no de admisibilidad o de valoración por parte del operador jurídico Juez, es por ello que si en Audiencia de Juicio Oral se demuestra el incumplimiento de este, el Juez según su criterio valorativo podrá excluir la prueba del proceso o declararla nula, esto si efectivamente se demuestra que evidentemente el elemento cumple con el principio de mismidad.

“En esa medida cuando se ha contrariado la legalidad de los imperativos de la Ley 906 de 2004 en sus artículos 254 a 266, o ante el evento probado de haberse infringido los dictados de las resoluciones de la Fiscalía General de la Nación relativas al manual de cadena de custodia, o cuando la misma se ha llevado a cabo de manera irregular y en forma contraria a sus disposiciones y se ha practicado sin esas formalidades, insístase legales, se debe colegir que esas falencias son susceptibles de censura en casación penal por la vía de la causal tercera del artículo 181 ejusdem, por 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.”²²

La ausencia de formalidades en el acopio de los medios de prueba (incluido el rompimiento o desconocimiento de la cadena de custodia), que puede generar su inexistencia y que equivale a la “*nulidad de pleno derecho*”, tratada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en modo alguno lleva a la invalidación del trámite, salvo en eventos excepcionales, como la inexistencia de una indagatoria que, por ser presupuesto para las fases siguientes, sí genera la nulidad.

La Corte Suprema en su sala Penal arguyo que el “alto tribunal también recordó la diferencia conceptual entre las pruebas ilegales y las ilícitas, con el fin de señalar sus diferentes consecuencias probatorias y procesales. Así, mientras las *pruebas ilícitas* son las obtenidas con violación de las garantías fundamentales, las ilegales son las practicadas sin las formalidades exigidas por la ley.

Según la Corte, “el error en la recolección del elemento material debe ser grave y afectar la estructura del proceso, para que pueda declararse su ilicitud o su ilegalidad. De lo contrario, las pruebas siguen siendo lícitas o legales. Si los yerros formales cometidos en la cadena de custodia no afectaron el derecho a la defensa o la imparcialidad del juez, no se puede considerar ilegal la prueba, puntualizó la corporación.”²³

5. ANÁLISIS DOCTRINAL REFERENTE A LA IMPORTANCIA DEL ADECUADO MANEJO DE LA CADENA DE CUSTODIA

En cuanto al fundamento jurídico de la evidencia física y la cadena de custodia, es

²² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto de Segunda Instancia, 20 de Noviembre de 2008, M.P.: Poveda Perdomo, Alberto.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 37943, Febrero 15 del 2012, M.P.: Espinosa, Sigifredo.

necesario remontarnos a la Constitución Política de Colombia de 1991.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dice: “*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*”²⁴

En un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, lo anterior podría entenderse como la posibilidad que tiene el procesado para presentar sus pruebas y controvertir las de la contraparte, claro está que estos elementos deben haber sido legalmente obtenidos los cuales cumplan con los principios básicos de las pruebas judiciales.

Dentro del esquema del procedimiento penal acusatorio adoptado por la “modificación constitucional contenida en el acto legislativo 03 de 2002, especialmente en los cambios realizados al artículo 250”²⁵, en lo referente a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, en el numeral 1, se mencionó la obligación de: Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren...la “conservación de la prueba”...e igualmente en el numeral 3 se mencionó: “Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”...

Si bien es cierto de esta manera se elevó a rango constitucional el asunto del aseguramiento de la evidencia física y la conservación de la prueba, lo cual resalta la gran importancia del tema, y de igual

manera se eleva la cadena de custodia a rango constitucional siendo para estos autores una exageración, puesto que manifiestan que lo realmente trascendental es la “**autenticidad**” de la evidencia, y que tiene en la cadena de custodia una de las cinco maneras tradicionales de efectuarse; es así como se debe tener en cuenta que para la verificación del cumplimiento del principio de mismidad, es necesario emplear, cuando menos, una de las cinco maneras de acreditar la autenticidad de la evidencia física, las cuales son de aceptación universal.

La elección de la manera como se prueba la autenticidad de un elemento, depende de la naturaleza del mismo, de las circunstancias de su recolección y de su aducción en el juicio. Con base en ello se elige el medio más sencillo, que resulte suficiente para demostrar que se trata de evidencia auténtica y libre de contaminación.

Estas cinco formas de autenticación de la evidencia física son:

- 1. Auto autenticación:** consiste en el hecho que algunas evidencias físicas tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas.
- 2. La marcación:** es el acto de señalar la evidencia física con un signo distintivo, propio y exclusivo del investigador que la levanta y recolecta de la escena o del perito que la manipula dentro del laboratorio.
- 3. El testimonio:** es la declaración juramentada de una persona quien reconoce una evidencia como auténtica

²⁴ Constitución Política de Colombia, Art. 29: Debido Proceso.

²⁵ Ver Acto Legislativo 03 de 2002.

y manifiesta los motivos de este reconocimiento.

4. La peritación: es la declaración juramentada de un perito quien reconoce una evidencia como auténtica y manifiesta los motivos de este reconocimiento, después de haber ejercido sobre ella su actividad pericial.

5. La Cadena de Custodia: esta manera de acreditar la autenticidad de la evidencia física se utiliza ante todo, para el material fungible o aquel que por su naturaleza no permite marcaciones sobre el mismo, ni permite que un testigo la reconozca como única.

Teniendo como base el concepto de cadena de custodia y estas formas de autenticar en elemento o evidencia física, es importante señalar que no se pueden confundir estos dos conceptos puesto que el legislador los distingue claramente, cuando reza en el artículo 277 de la ley 906 del 2004: "**Autenticidad**": Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

La demostración de la "autenticidad"²⁶ de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.

Después de evidenciar los postulados establecidos por la Corte Suprema de Justicia y el operador jurídico, se puede evidenciar que no se le otorga una

aplicabilidad estricta al procedimiento de Cadena de Custodia, pues, el juez al realizar la valoración sobre los elementos materiales probatorios, determinará su admisibilidad o inadmisibilidad dentro del proceso, y no necesariamente se presentará la exclusión del elemento por aplicación inadecuada de la cadena de custodia.

Este artículo deja claro que es la "autenticidad" lo que se debe probar dentro de un proceso penal y ello se realiza a través de cualquiera de los medios ya mencionados. Visualizadas así las cosas, se podría decir que la cadena de custodia es el sistema de seguridad que garantiza que los elementos y que la evidencia física recolectada dentro del lugar de los hechos, es la misma que se ha presentado ante el operador jurídico y que se encuentran en las mismas condiciones, y que es por ende el mismo elemento.

CONCLUSIONES

A partir del origen del primer Manual de Cadena de Custodia por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el año de 1993, se evidenció la importancia de brindarle un adecuado manejo y de seguir un procedimiento estandarizado sobre los E.M.P. y E.F, con el fin de salvaguardar y garantizar su mismidad y autenticidad.

De acuerdo a lo anterior se establece un concepto de Cadena de Custodia en la Ley 600 del 2000, se fijan objetivos pero no procedimientos para su ejecución y aplicación, quedando este sistema como letra muerta sobre papel. La Fiscalía General de la Nación con base en lo anterior formula un sistema que se hace efectivo en el año 2004,

26 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal Colombiano, Artículo 277: Autenticidad: Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente. (Subrayado fuera de texto original).

en donde se establece darle aplicación al procedimiento adecuado para el manejo de E.M.P y E.F., con lo cual se brindara mayor seguridad a las partes que se vean inmersas en procedimiento de tipo penal.

Entonces, se dice, que la Cadena de Custodia es un sistema documentado y de seguridad que se aplica sobre los elementos materiales probatorios y la evidencia física, y que busca garantizar que estos elementos (E.M.P. y E.F.) que han sido objeto de identificación, fijación, recolección, embalaje y rotulado, al ser presentados en Audiencia de Juicio Oral sean los mismos que se encontraron en el lugar de los hechos.

Frente a este procedimiento la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, ha dicho que *“el error en la recolección del elemento material debe ser grave y afectar la estructura del proceso, para que pueda declararse su ilicitud o su ilegalidad –y por tanto ser excluido del proceso-. De lo contrario, las pruebas siguen siendo lícitas o legales. Si los yerros formales cometidos en la cadena de custodia no afectaron el derecho a la defensa o la imparcialidad del juez, no se puede considerar ilegal la prueba, puntualizó la corporación.”*²⁷

Considero que si la norma ha establecido un procedimiento que busca garantizar confianza a las partes intervinientes en un proceso, pero sobre todo garantizar seguridad al acusado, en punto de los elementos y evidencias que van a ser usados dentro de un proceso de tipo penal, debería dársele la importancia que se le ha otorgado –aparentemente-, puesto que si evidentemente no se va a tener en cuenta para que tener en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento que si bien es cierto y en mi concepto es relevante, no va a ser tenido en cuenta y no se le va a otorgar la importan-

cia que amerita, complemento mi posición aduciendo, que si no se tiene en cuenta este procedimiento estandarizado, para que seguir desgastando al aparato judicial con un procedimiento inerte, al cual no se le ha permitido cumplir con los objetivos, parámetros, principios y fundamentos para los cuales fue reglamentado o establecido.

Así las cosas, se puede referenciar que en el ordenamiento Jurídico Colombiano la Cadena de Custodia no es más que una mera ficción, en el entendido de que no se le está brindando la importancia que realmente merece –como ya se mencionó– dentro del proceso de tipo penal, ya que vale la pena decir que el cumplimiento de cada etapa de este sistema, otorga seguridad a los intervinientes del proceso, y si se llegara a evidenciar falencias en alguno de sus pasos o etapas se incurrirá en una contravía frente al debido proceso, teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 29 de la Carta Magna, el cual va en concordancia con el Código de Procedimiento Penal, a mi modo de ver se hace necesario e indispensable reconsiderar la importancia y el manejo que se le está otorgando a este procedimiento dentro de la rama del Derecho Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Colombia, Consejo Nacional de Policía Judicial (2005), Manual Único de Policía Judicial.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 35173, 9 de Marzo de 2011, M.P.: González de Lemos, María del Rosario.

Jeramon, (2012) Procedimiento penal Colombiano. Recuperado de <http://procedimientopenalcolombiano>.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 37943, Febrero 15 del 2012, M.P: Espinosa, Sigifredo.

blogspot.com/2009/12/art254-aplicacion-de-la-cadena-de.html.

Bonesforum (2009, Julio 15). Recuperado de <http://bonesforum.blogspot.com/2009/07/cadena-de-custodia.html>

Colombia, Fiscalía General de la Nación, Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia.

Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del 2000, Art. 288: Cadena de Custodia.

Resolución 1890 de 2012.

Resolución 0-2869 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia 789 del 2006, 20 de Septiembre de 2006, M.P.: Pinilla Pinilla, Nilson.

Copyright (2008). Cadena de Custodia. Todos los Derechos Reservados. Recuperado de <http://cadenadecustodia.com/historia.html>.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 30598, 19 de Febrero de 2009, M.P.: González de Lemos, María del Rosario.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto de Segunda Instancia, 20 de Noviembre de 2008, M.P.: Poveda Perdomo, Alberto.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 37943, Febrero 15 del 2012, M.P.: Espinosa, Sigifredo.