



SALA PENAL

Radicado: 05266-60-00-203-2009-03744
Acusados: Camilo José Pérez Parrado
Alex Fernando Flórez
José Luis Moncada Ruíz
Delito: Desaparición forzada, Concierto para delinquir y Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de auto interlocutorio
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 011

Medellín, ocho de febrero de dos mil doce

1. VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 13 de diciembre de 2011, en audiencia de juicio oral, respecto de la denegación de la exclusión de un elemento material probatorio.

2. ANTECEDENTES

2.1. La solicitud de exclusión

2.1.1. El 12 de diciembre de 2011, en el desarrollo del juicio oral, la fiscalía pretendió incorporar un DVD con el testimonio del Intendente de Policía *Juan Gabriel Herrera Naranjo*, en el que se encuentran las grabaciones que hizo este testigo en una reunión en la que estaban los acusados. Ante esta solicitud, los defensores de los procesados se opusieron y solicitaron la exclusión del elemento material probatorio,

exponiendo su inconformidad por cuanto en su criterio con su incorporación se vulnera la garantía fundamental a la intimidad de las personas que fueron objeto de la grabación sin su consentimiento, pues de este modo se dejaba de establecer que renunciaran al derecho a la no autoincriminación. En apoyo se cita la sentencia T 233 de 2007 y la SU 159 de 2002.

Así mismo, se aduce que quien hizo la grabación no tenía autorización judicial para efectuarla; no ostentaba siquiera la calidad de agente encubierto, ni cumple funciones de policía judicial, solo estaría habilitado para grabar si fuera una víctima, pero es un testigo; además, si existieron elementos de control y autorización para hacer la grabación, no fueron objeto de descubrimiento probatorio, igualmente se estimó irregular la cadena de custodia, en cuanto a la recolección del elemento.

2.1.2. La fiscalía entiende que el testigo estaba potencialmente en riesgo de perder la vida si hablaba del suceso, circunstancia que lo ubica dentro de la calidad de víctima. Cita a favor de su causa sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citando al testigo que tenía que defenderse de lo que fueran a hacer en su contra los procesados. Alega que el testigo estaba velando por su seguridad, como un ciudadano que recauda un elemento material probatorio y no como autoridad policiva. En fin sostiene que no se violó ningún derecho fundamental. En cuanto a los reparos sobre la cadena de custodia entiende, conforme a la jurisprudencia del máximo organismo de la jurisdicción ordinaria que se trata de un asunto de valoración, con todo, señala que el testigo dice que es la misma grabación que realizó.

Por su parte, el ministerio público asevera que la discusión de la legalidad no fue diferida en la audiencia preparatoria, sino que pese a los reparos y solicitud de inadmisión se accedió a su práctica sin que la

decisión fuera impugnada. De fondo, entiende que la grabación fue legal, por cuanto el testigo presenta prueba de un hecho del que participaba, al tiempo que no encuentra fundamento en los reparos sobre la cadena de custodia.

2.2. El auto impugnado

El funcionario judicial de conocimiento hizo referencia a una decisión pasada de este tribunal sobre la publicidad e incorporación del elemento material probatorio cuya exclusión se pretende; así mismo, estableció que en la audiencia preparatoria no se difirió decisión sobre la legalidad de la prueba sino que se estimó que en ese momento no era posible calificar de ilegales dichos medios de convicción; pero no está definido su incorporación incluyendo el DVD TDK en cuestión.

De otro lado, consideró que en este caso el proceder del testigo *Juan Gabriel Herrera* no fue irregular, como lo alegan los defensores, en cuanto a la vulneración de garantías fundamentales frente a la producción del elemento material probatorio que se pretende incorporar, puesto que, según lo afirmado por el mismo testigo, el soporte que tuvo para realizar la grabación se basó en las circunstancias de apremio y presión debido a las consecuencias que acarrea el hecho de que se supiera cuál era la persona que venía suministrando la información. Al respecto, cita la sentencia del 1 de julio de 2009 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 31073, M. P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, relativa a la ilegalidad de las pruebas cuando son recaudadas con violación de los derechos fundamentales.

Precisa, la providencia apelada, que quien hizo la grabación no era sólo un testigo de los hechos, sino también una eventual víctima y en la grabación se deja por sentado la agresión contra la integridad de que

sería víctima el informante. Para sustentar lo anterior, cita la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 14 de noviembre de 2001, radicado No. 15.354, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, referente a la procedencia de las grabaciones magnetofónicas cuando la persona que la graba es víctima de un delito, pues lo prohibido es grabar a terceros.

Por tanto, concluyó que no existía ilegalidad alguna en la producción del elemento probatorio cuestionado y por consiguiente estimó procedente su incorporación, pues no es prueba ilícita. Por último, respecto a las falencias en la cadena de custodia a que aluden los defensores, cita la sentencia del 15 de julio de 2011 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 31.843, M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, y alude al artículo 273 de la Ley 906 de 2004, que se refieren a la valoración de los elementos materiales probatorios o evidencia física cuando existen defectos en la cadena de custodia, que apuntan a su credibilidad y no ilegalidad. No obstante, entendió que quedó demostrado que el encargado de producir la prueba fue *Juan Gabriel Herrera* entregándola al mayor *Wolfrando Arbeláez*, quien se encargó de la rotulación y embalaje del elemento. Entonces, determinó que por esta vía tampoco se excluirá el elemento material probatorio, causa por lo cual dispuso su incorporación.

2.3. La sustentación de la apelación

2.3.1. El defensor de *Camilo José Pérez Parrado* se queja porque el juez edifica su decisión desde la óptica del testigo, el fiscal y el procurador, que constituyen arenas movedizas por cuanto el primero, al momento de ponérsele de presente el DVD, no lo reconoce, por lo que el fiscal debe hacer unos esfuerzos para sentar las bases probatorias con el fin de que el testigo lo reconozca lo que efectivamente hace, pero luego dice que la letra que aparece en el DVD es de su hermana, además,

afirma que borró las grabaciones del portátil y de la grabadora por seguridad, lo que estima el defensor le resta legalidad a dicho elemento. Señala que no es la potencialidad de víctima lo que legitima al testigo para realizar la grabación con vulneración de derechos fundamentales. Echa de menos que se efectuara el procedimiento que establece la Ley 906 de 2004 cuando se trata de víctimas, lo que no ocurrió en este caso porque para hablar de víctimas se requiere que haya sufrido un daño directo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 132 del C. P. P. Asimismo, critica las intervenciones de la procuraduría y la fiscalía para señalar que el juez no debió basar la providencia en las mismas. Señala que si la justificación para realizar la grabación era que el testigo se pudiera defender de lo que hicieran los procesados y se sentía coaccionado o que alguno de sus derechos estaban limitados, debió acudir desde ese momento a denunciar esos hechos.

Estima que, contrario a lo expuesto por el juez, sí existió una grave vulneración de las garantías fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación. Se queja por cuanto las sentencias citadas por el juez en ningún momento desarrollan el concepto de eventual o potencial víctima sino que se refieren a la calidad víctima como tal, condición que no está acreditada en cabeza del testigo *Juan Gabriel Herrera Naranjo*, quien en este caso era un tercero y estaba invadiendo la intimidad de los procesados.

Pese a aceptar que en principio los problemas de la cadena de custodia son de valoración, estima que en este caso por la magnitud de las irregularidades se atenta contra la legalidad en la producción del elemento, como son los tachones y enmendaduras no se encuentra una firma, ni fecha ni hora de recibo, además que el testigo dice que fue su hermana quien le colaboró en este procedimiento, pues además de atentar contra el poder suasorio lo hace contra la legalidad. Se duele que no se haya valorado la ilegalidad sino la ilicitud. Advierte que el

testigo no tuvo autorización del juez de control de garantías para realizar la grabación en debida forma, por lo que el elemento no puede adquirir la categoría de prueba.

En síntesis, solicita que se revoque el auto impugnado y en su lugar se ordene la exclusión del elemento material probatorio en cuestión.

2.3.2. El defensor de *José Luis Moncada Ruíz* reitera lo dicho por su colega en el sentido de que las grabaciones fueron efectuadas sin consentimiento de sus intervinientes y sin previa autorización del juez de control de garantías que pudo haber sido obtenida, teniendo en cuenta que existió un tiempo suficiente entre la primera y segunda grabación. Señala que el supuesto fáctico de la sentencia 15354 citada por el juez es diferente al que ahora se debate, pues en aquel caso se trataba de una interceptación telefónica y en este se alude a una conversación entre presentes, a más que las consideraciones de la jurisprudencia son las propias de un sistema inquisitivo. Aduce que el testigo no estaba autorizado para obrar como agente encubierto o hacer seguimiento de personas, lo que hubiere exigido el control previo por parte de otras autoridades.

Plantea como cuestión a dilucidar si es válido que se intercepte comunicaciones cuando se pretende encubrir un delito ya pasado; y si es admisible que se haga subrepticamente poniendo como principal la verdad sobre los derechos. Por tanto, entiende que se viola el derecho a la no autoincriminación pues si se hubiera advertido de que se estaba grabando los partícipes de la reunión no hubieran hablado de esa forma. Sostiene que también se viola el derecho a la intimidad pues se estaba en un ámbito privado de un hogar y no se autorizó que se divulgara a terceros lo allí hablado.

Estima que el juez no respondió la censura de la defensa de que quien hizo la grabación no está autorizado para hacerla. Indica que, de conformidad con el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, debe excluirse la práctica o aducción de los medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el código. Dice que en caso de ser excluido el elemento, de todas formas queda un efecto de articulación pues al haberse escuchado el medio ilícito se causa un daño, por ello era importante excluir el elemento desde la audiencia preparatoria; estima que el Tribunal Superior de Medellín se equivocó cuando en la anterior decisión le dio publicidad al elemento material probatorio porque se está vulnerando el derecho a la no autoincriminación.

Sostiene que, con relación a la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 22 de julio de 2011, radicado No. 36611, el juez dice algo que no es cierto, ya que da por sentado que la Corte se decidió por el principio de raciocinio y no por el de legalidad en relación con la cadena de custodia. Señala que esa sentencia versa sobre la preclusión de los actos procesales y en la misma se le critica al demandante el no haber solicitado en la audiencia preparatoria que se ingresaran unos expedientes en contra de un fiscal que era procesado por prevaricato. Cita en cambio la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 9 de marzo de 2011, radicado No. 35173, en la que si se entra a definir lo referente a la cadena de custodia y sintetiza las posiciones encontradas en esa corporación, en cuanto a si los defectos en la cadena de custodia se consideran un falso juicio de legalidad o si es de raciocinio, y la Corte se inclina por el primero.

Sostiene que en este caso existe una interrupción en la cadena de custodia porque una de las personas que intervienen en la misma no firma, además que falta a la claridad y transparencia con la que debe obrar la fiscalía en no colocar con letra legible el objeto con el que se

retiraba el elemento material probatorio. Cuestiona también que quien hizo la grabación tenga la calidad de víctima.

Con base en lo anterior, solicita que se revoque la decisión del *a quo* y se disponga la exclusión del elemento material probatorio impidiendo su incorporación porque viola garantías fundamentales y procedimientos legales consagrados en lo referente a la vigilancia en seguimiento en personas y la actuación como agente encubierto.

2.3. La opinión de los no recurrentes

2.3.1. El fiscal solicita que se confirme la decisión de primera instancia, para lo cual señala que se debe hacer una valoración en conjunto del testimonio de *Juan Gabriel Herrera Naranjo* y la intervención de la defensa en las objeciones presentadas en el testimonio, dentro de las que resalta la solicitud de la defensa acerca de que el testigo no se pronunciara más sobre las bases probatorias que eran requeridas por la fiscalía porque ello ya había sido objeto de manifestación durante su intervención. Señala que si bien *Juan Gabriel* no reconocía el elemento como un CD, ello se debió a que estaba dentro de una cubierta que no le permitía ver el interior de la misma. Señala que la marcación del elemento le permite al testigo identificarlo como aquel que recopiló, lo cual sucedió en este caso, pues *Juan Gabriel*, al observar la letra de su hermana, reconoció que ese fue el CD que grabó. Indica que el testigo es víctima, no de este proceso, sino de la situación que se presentó con posterioridad, como se observa en las conversaciones en las que se da cuenta del encubrimiento de un delito y que el declarante manifestó que en una conversación previa se señaló que al “sapo” había que matarlo. Sostiene que *Juan Gabriel* no es un tercero en las conversaciones porque participa en las mismas y le asiste el derecho a grabar sus propias conversaciones ya que sus interlocutores interactúan con él, citando al respecto jurisprudencia española.

En cuanto a la cadena de custodia dice que si bien hace falta una firma, de todas formas se tiene conocimiento de quien es esa persona que no firmó, además, señala que lo más importante es que el testigo da cuenta del contenido que no ha sido afectado y que no ha tenido ninguna modificación a como lo obtuvo, por lo que los errores en la cadena de custodia son simples irregularidades que no afectan el contenido del CD. Indica que en las conversaciones no se hace alusión a asuntos íntimos o personales de los procesados, sino que se refieren a tratar de encubrir la comisión de un delito, por lo que no hay vulneración del derecho a la intimidad. Precisa que no se trata de un asunto de interceptaciones sino de grabación de propias conversaciones.

2.3.2. La representante del Ministerio Público estima que el CD que se pretende incorporar es legal, toda vez que fue obtenido sin violación de las garantías fundamentales al haber sido grabado por una persona que no sólo participó en los hechos delictivos sino también en las conversaciones posteriores, lo cual se desprende de la declaración rendida por *Juan Gabriel Herrera Naranjo*. Sostiene que no era necesario solicitar la legalización del elemento ante un juez de control de garantías como si se tratase de una interceptación telefónica, ya que la grabación se realizó por una persona que participó dentro de la conversación y así fue reconocido por el testigo quien la recopiló, autenticándose de esa forma el elemento material probatorio; para sustentar lo anterior cita la sentencia del 17 de septiembre de 2008 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 30.214, M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

De otro lado, considera que la falta de una firma es un aspecto apenas formal y se cumplieron los fines de la cadena de custodia. En síntesis, solicita que se confirme el auto impugnado.

3. CONSIDERACIONES

Conforme a la discusión propuesta en la impugnación sobre lo decidido en primera instancia, le corresponde al Tribunal resolver si debe aplicarse la cláusula de exclusión sobre el elemento material probatorio que pretende ser incorporado, un DVD que contiene las grabaciones efectuadas por el testigo *Juan Gabriel Herrera Naranjo* de unas conversaciones realizadas en una reunión en la que supuestamente participaron los procesados con otras personas, conversaciones tendientes a que no se revelara la eventual responsabilidad en los hechos que le son atribuidos a los acusados, y que uno de los defensores califica como de encubrimiento de los delitos, en tanto esta grabación no fue conocida por los interlocutores y por ende no autorizada, lo que demarcaría que se afectara i) los derechos de no autoincriminación y ii) la intimidad, al tiempo que no se hizo con autorización judicial ni fue sometida al control de los jueces de garantía. Adicionalmente se discute, entendemos que de modo subsidiario a la alegación de ilicitud de la prueba, que sería ilegal por no cumplirse estrictamente con la cadena de custodia.

Por imperativo constitucional es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, fórmula amplia y oficiosa en la que una de sus concreciones se encuentra en el artículo 23 del Código Procesal Acusatorio en el que se dispone que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. El modo imperativo de estas disposiciones obligan a entender que la verdad sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad de los acusados, base material de la adjudicación del derecho penal, sólo puede obtenerse con el respeto del debido proceso, que implica, cuando menos, la no vulneración de las garantías fundamentales de los procesados.

Por este marco normativo, sucintamente señalado, la resolución de la pretensión principal de la apelación depende de si realmente en la situación se afectan los derechos de no autoincriminación e intimidad de los acusados. Pasaremos al examen de estos aspectos, no sin antes advertir que como se trata de una labor que se hace en el interregno del acopio probatorio, debe hacerse con cautela para no adelantar conceptos que deben ser examinados de modo definitivo en otra sede, lo que a su vez lleva a que se entienda que la evaluación que se hace para resolver las cuestiones planteadas sean provisorias y de suyo, si éstas variaran podría cambiar la decisión de admisión del medio de prueba.

El derecho a la no autoincriminación está consagrado junto al de la íntima solidaridad en el artículo 33 de la Constitución Política bajo la siguiente fórmula: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

Si bien las expresiones constitucionales sobre derechos básicos deben ser entendidas en un sentido amplio, para favorecer su fin protector, lo cierto es que la garantía a la no autoincriminación se contrae a inhibir a las autoridades investigativas o judiciales y aún a los particulares, según sea el caso, a forzar manifestaciones que incriminan a quien las hace. Incluso, por fuerza de la ampliación en su determinación podrían algunas situaciones que no se encierran en esa fórmula considerarse que equivalen a ellas y por ende, entenderse como lesivas de este derecho. Así ocurre, por ejemplo, cuando la persona está en custodia de las autoridades y no se le advierte que sus expresiones pueden ser consideradas en su contra.

Sin embargo, la situación del presente caso dista en exceso de la que con precisión protege el texto constitucional como de algunas equivalentes, puesto que lo dicho a eventuales coparticipes de delitos, o

en reuniones que tiene por fin evadir la acción de la justicia, así como de la preparación de delitos, se hace corriendo riesgos de que se presente delaciones, sin que por ello pueda considerarse que se afecta el derecho a la no autoincriminación. Atendiendo a que el testigo actuaba como un particular no resulta exigible que advirtiera de sus propósitos de grabar el audio de la reunión, lo que además de hacerla inútil hacía que corriera peligro su integridad y vida. Dicho de otro modo, la protección constitucional no ampara lo que se dice pública y voluntariamente, así sea dentro de un ámbito reducido, por lo cual si subsiste algún problema con el elemento material probatorio, consiste en si existía legitimación para grabar la conversación sin autorización judicial o de los contertulios, asunto que tiene que ver propiamente con el derecho a la intimidad.

Al respecto conviene tener en cuenta que en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que quien graba su propia conversación está autorizado a hacerlo. Así en la sentencia del 21 de enero de 2003, se dijo:

Ahora, no es exacto que las grabaciones magnetofónicas aportadas sean ilegales, dado que la Sala viene reiterando que no es necesaria autorización judicial para grabar y permitir conocer las propias conversaciones, proceder que puede observar cualquiera de los interlocutores aun sin contar con la autorización del otro, con mayor razón si su objetivo es descubrir la comisión de un delito. Esta interpretación indudablemente es coherente con la regulación del derecho a la intimidad prevista en el artículo 15 Superior, precepto que prohíbe es las grabaciones hechas por personas extrañas a la comunicación. En otras palabras, si quien graba no hace parte de la conversación la prueba es ilícita, pero si es uno de los interlocutores la prueba es lícita y puede ser valorada junto con las demás; con mayor razón si como en este caso el interlocutor al notar que era grabado no se opuso a ello.

En las siguientes decisiones la Sala se ha pronunciado en este sentido: Radicado No. 1634, del 16 de marzo de 1.988, con ponencia del Mg. Dr. LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA; radicado No. 7926, del 18 de mayo de 1.994, con ponencia del Mg. Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS; radicado No. 9579, del 22 de octubre de 1.996, con ponencia del Mg. Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL; radicado No. 10.656, del 22 de

marzo de 2.000, con ponencia del Mg. Dr. JORGE CORDOBA POVEDA; radicado No. 13.255, del 23 de noviembre de 2.000, con ponencia del Mg. Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO; radicado No. 15.623, del 17 de mayo de 2.001, con ponencia del Mg. Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE; y radicado No. 15.119, del 15 de agosto de 2.001, con ponencia del Mg. Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

Estos argumentos son los que han llevado a la Sala a disentir del criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia de tutela T-03 del 21 de enero de 1.997, en donde declaró nula de pleno derecho una grabación magnetofónica hecha por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro, con el argumento que el derecho fundamental de la intimidad impide que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en prueba judiciales. Por ser esta una decisión que tiene fuerza vinculante interpartes no obliga a la Sala¹.

Entonces, lo primero a destacar es que quien realizó la grabación lo hizo como partícipe de la reunión, lo cual conforme a la visión doctrinaria citada lo autorizaba a hacerla. Pero la Sala no pretende apoyarse nada más en esta razón, sino en el contexto en que se efectuó, lo que hacía que los partícipes en la reunión carecieran del derecho a que se les respetara la intimidad. En efecto, puede entenderse que el testigo con la grabación se separaba del propósito de encubrimiento, según términos de la propia defensa, conducta punible que se subsume para los partícipes pero que de no ser tal está penada.

La defensa discute si el testigo es víctima, ante lo cual replica el fiscal que no lo es de las infracciones perseguidas; pero sí del suceso posterior en que se amenazaba la integridad y vida del delator. Esto porque se tiene claro que en la jurisprudencia un afectado con el delito puede resistirse frente al delincuente, por lo cual puede grabar sus expresiones y en general su actuación. Pero más allá de si se puede ubicar como víctima al testigo —el hecho de que se reconozca como lo último no le quita la posibilidad de ser afectado con otros delitos— lo

¹ Sentencia del 21 de enero de 2003, radicado 15.100, MM. PP. Doctores Edgar Lombana Trujillo y Álvaro Orlando Pérez Pinzón

cierto es que podría estimarse que si *Juan Gabriel Herrera Naranjo* no hacía nada para tomar distancia de sus restantes compañeros, se evidenciaba que seguía compartiendo el propósito criminal al mantener vínculos de solidaridad con los mismos. Entonces, no sólo la víctima se puede resistir frente al delincuente que afecta sus bienes jurídicos, sino también los coparticipes que no pretendan continuar una actividad delictiva.

Por consiguiente, las acciones del testigo tendían a asegurar su situación de independencia frente a los propósitos que eventualmente otros compartían, circunstancia que lo legitimaba para actuar en la forma como lo hizo. Dicho en otros términos, la supuesta solidaridad delictiva no es un bien a proteger y si en esa protección se involucra la intimidad, este derecho básico cede ante la necesidad de quien decide romper los lazos de solidaridad y de esta forma se defiende de verse eventualmente involucrado en actividades delictivas.

Es precisamente esta finalidad la que impide que la sentencia T 233 de 2007 y la SU 159 de 2002 sean precedentes aplicables al caso. Nótese además que dadas las circunstancias, supuestamente el testigo no podía separarse de la dinámica que iban tomando las cosas; pues pondría en peligro su vida, mientras que la grabación que hacía demarcaba su ánimo de colaboración con la justicia y más que ello la separación con los fines que se prohijaban en la reunión.

Enfrentados los dos valores, estima la Sala que prima la del testigo de separarse del delito y dejar una evidencia de ello. Por lo demás, quiere enfatizar la Sala que el Sr. *Juan Gabriel Herrera Naranjo* actuaba como un particular, por lo cual difícilmente le correspondía procurar la autorización de un juez de garantías o someterse a su control.

Por último, en relación con la eventual afectación de la cadena de custodia y si ello es un asunto de valoración de la prueba o de su legalidad, aspecto frente al cual se ha presentado oscilación jurisprudencial, como correctamente ubica la defensa, es de decir que la Sala estima que esta controversia tiene su razón de ser porque puede asumirse esas dos perspectivas válidamente según los aspectos relevantes del asunto que se estimen.

Las posiciones enfrentadas fueron resumidas así por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia del 9 de marzo de 2011, con ponencia de la Dra. María del Rosario González de Lemos:

Antes de examinar el caso específico, es preciso anotar que en punto a la forma como debe atacarse por vía de casación el quebranto en la cadena de custodia, la Corte ha expresado posiciones encontradas, pues mientras en unas ocasiones ha señalado que dicha anomalía se demanda por el sendero del error de hecho derivado del falso raciocinio, en otras oportunidades ha dicho que la ruta correcta para el efecto es acudir al error de derecho por falso juicio de legalidad.

Así, el primero de esos criterios se ha sostenido en decisiones tales como las emitidas el 21 de febrero de 2007², el 19 de febrero de 2009³ y el 5 de agosto de 2009⁴. En la primera de esas decisiones, que sirvió de fundamento a las otras, se señaló lo siguiente:

“La cadena de custodia, reglamentada en los artículo 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física.

La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es.

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

² Radicación 25920.

³ Radicación 30598.

⁴ Radicación 31898.

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

Por su parte, la segunda postura se ha prolijado en las providencias del 23 de abril de 2008⁵ y 14 de abril de 2010⁶. En la primera de ellas, reiterada en la más reciente, se expresó lo siguiente:

“Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades -las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia- tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción.

“Los ataques que en casación penal se efectúan por menoscabo de los postulados de la sana crítica referidos a la valoración de los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, parten de la base de la licitud o legalidad de aquellos con los que se han efectuado inferencias carentes de credibilidad por desconocimiento de máximas de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia.

“En su contrario, las impugnaciones que tienen relación con las ilicitudes o ilegalidades predicadas de los medios de convicción en

⁵ Radicado No. 29416.

⁶ Radicación 33691.

general, como es de procedencia casacional, deben transitar por el error de derecho por falso juicio de legalidad y no se pueden trasladar a los falsos juicios de raciocinio en orden a derruir su credibilidad, inducciones, deducciones o aspectos conclusivos pues ello resulta inapropiado y contradictorio.

“Cuando no se trate de ilegalidades o de ilicitudes referidas al procedimiento de la cadena de custodia de elementos materiales y evidencia física, sino de cuestionar la equivocada apreciación y valoración pericial o de los juzgadores que se ha dado a aquellos con los cuales se han construido indebidas inferencias lógicas y de conclusión, es claro que se debe acudir a la vía del error de hecho por falso raciocinio, sendero de impugnación en el que encuentran cabida todos los menoscabos y afectaciones de trascendencia que se hubiesen dado a los postulados de la sana crítica por desconocimiento de máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia”⁷.

Pues bien, lo que percibe el Tribunal es que ambas situaciones pueden presentarse puesto que la autenticidad del medio no necesariamente se establece con la cadena de custodia, por eso dependerá del caso concreto que pueda reputarse su ausencia como un asunto de legalidad o las carencias de autenticidad como un asunto de la valoración probatoria.

Pero en concreto mirados los reparos sobre la cadena de custodia no aprecia la Sala la ilegalidad invocada, pues apenas cubre aspectos meramente formales e ignora que el testigo reconoce el medio como la grabación que hace. De todos modos, no establecida su ilegalidad, será materia reservada a otra sede en la que se establezca si el elemento material probatorio se puede considerar como autentico y por qué vía, además si se presentan falencias en la cadena de custodia al punto de hacer inefectivo el medio de prueba. Pero por ahora se reputará legal su incorporación, causa por la cual se confirma la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

⁷ Auto del 9 de marzo de 2011, radicado 35.173, M. P. Dra. María del Rosario González de Lemos

RESUELVE

Confirmar la providencia recurrida.

Contra esta decisión, que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no procede recurso alguno, pues agota el objeto de la impugnación.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA