

**AUDIENCIA PREPARATORIA** - Determinación de la pertinencia de una evidencia física según la teoría del caso –relación con la autenticación de los elementos–

<b>Número de radicado</b>	:	43916
<b>Número de providencia</b>	:	SP12229-2016
<b>Fecha</b>	:	31/08/2016
<b>Tipo de providencia</b>	:	SENTENCIA
<b>Clase de actuación</b>	:	CASACIÓN

El artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula la pertinencia. Precisa que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado”*. Agrega que el medio de conocimiento *“también es pertinente cuándo sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito”*.

En lo concerniente a las evidencias físicas, esta norma tiene una estrecha relación con lo estatuido en el artículo 277 ídem, que establece dos formas de autenticar estos 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.

Y se dice que entre estas normas existe una relación indisoluble, porque la pertinencia de una evidencia física depende de lo que la misma **es**, según la teoría del caso de la parte, y la autenticación no es otra cosa que demostrar que una cosa es lo que la parte propone<sup>1</sup> (CSJ AP5885, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras). Así, bien puede afirmarse que autenticar una evidencia física no es otra cosa que demostrar los factores que la hacen pertinente. A continuación se desarrollarán estos conceptos.

La determinación de lo que una evidencia **es**, depende básicamente de dos aspectos: (i) lo que ontológicamente es, como elemento físico, y (ii) la teoría que la parte ha construido en torno a ella.

Por ejemplo, si se pregona que la evidencia física X corresponde a una huella dactilar del acusado, hallada en el lugar donde se perpetró el homicidio, y con ello se pretende demostrar su presencia en ese lugar, su pertinencia no depende exclusivamente de que se trate de una huella, ni de que

---

<sup>1</sup> Bajo el entendido de que estos factores deben ser **enunciados** en la audiencia preparatoria (cuando se explica la pertinencia) y **probados** en el juicio oral.

corresponda a una huella del acusado, sino, además, de que se demuestre que la huella estaba en el lugar de los hechos.

A la luz de la anterior hipótesis factual, si únicamente se demuestra que es una huella dactilar, el elemento no tendrá ninguna relación con los hechos, como tampoco la tendrá si únicamente se demuestra que es una huella del acusado.

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.

Como es obvio, uno de los riesgos que existen 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”*.

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).

No se requiere de mayores esfuerzos intelectivos para comprender que el proceso de embalaje y rotulación del elemento y, en general, el protocolo de cadena de custodia, es mucho más relevante cuando se trata de evidencias confundibles o alterables, que frente a aquellas que son identificables a simple vista por sus características externas, o las que son susceptibles de ser marcadas y han sido sometidas a este procedimiento como forma de identificación.

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<sup>2</sup> y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia.

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.

De otro lado, es posible que varios elementos físicos estén integrados, como cuando un fluido se encuentra en una determinada prenda de vestir, o una muestra de sangre está en una navaja o cuchillo.

En estos eventos, la parte debe tener suficiente claridad sobre las evidencias físicas con que cuenta y la manera como estas se articulan en orden a establecer su pertinencia. Por ejemplo, ante la hipótesis de que en la camisa del acusado se halló sangre de la víctima (de lo que pueden hacerse inferencias relevantes para la solución del caso), la pertinencia está determinada por la articulación de todos estos factores. La sangre no es pertinente por ser sangre, ni por ser sangre de la víctima; la camisa no es pertinente sólo por ser camisa o por pertenecer al acusado; la pertinencia está determinada por la conjugación de todos estos factores: (i) es sangre humana, (ii) esa sangre corresponde a la víctima; (iii) fue hallada en una camisa; y (iv) esa camisa pertenece al acusado.

---

<sup>2</sup> El artículo 250 de la Constitución Política dispone que es deber de la Fiscalía: “Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”.

En la planeación de su teoría del caso la parte tendrá que constatar que puede probar todos estos factores, y sólo podrá hacerlo con testigos que tengan conocimiento “*personal y directo*” de los hechos que pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004<sup>3</sup>.

Cuando se deben realizar cotejos para establecer lo que el objeto **es**, el elemento de contraste debe ser tratado con el mismo cuidado para que en el juicio oral pueda demostrarse su “*mismidad*”. Ello sucede, por ejemplo, con las muestras tomadas del imputado para realizar cotejos de ADN, las muestras de pisadas, etcétera.

En el plano epistémico, no cabe duda que este tipo de elementos deben ser preservados adecuadamente para evitar que sean cambiados o alterados. En el ámbito legal, este deber no admite discusión, bien por las reglas generales sobre cadena de custodia, ora porque el ordenamiento jurídico lo dispone expresamente. Verbigracia, el artículo 249 ídem, frente a la obtención de muestras caligráficas ordena que

*Obtenidas las muestras y **bajo rigurosa custodia**<sup>4</sup>, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes...*

Estos procedimientos no deben ser mirados como formalismos carentes de contenido, sino como presupuestos básicos de la estructuración y demostración de las teorías que las partes pretenden hacer valer ante el juez. En términos simples, si la Fiscalía pretende que el fallador realice determinadas inferencias a partir del hecho de que en la camisa del acusado fue hallada sangre de la víctima, debe demostrar cada uno de los elementos estructurales de ese aserto: (i) en una camisa se halló sangre, (ii) esa sangre corresponde a la víctima, (iii) la camisa pertenece al acusado, etcétera. Si alguno de estos aspectos no es demostrado, es posible que la fuerza inferencial del “*hecho indicador*” disminuya o desaparezca.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es demostrar la existencia de un determinado objeto, y otra muy distinta que el mismo sea utilizado como prueba.

En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la Fiscalía no haya podido incautar ese elemento.

---

<sup>3</sup> Art. 402. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

<sup>4</sup> Negrillas fuera del texto original.

En el mismo sentido, puede demostrarse la existencia de un arma de fuego, y su idoneidad para disparar, así no se pueda incautar el artefacto, como cuando los testigos se refieren a su utilización para causarle lesiones a la víctima, los proyectiles son recuperados y a través de dictámenes se establece su calibre, el daño que causaron en el cuerpo, etcétera.

## **1.2 Sentido y alcance de la autenticación de las evidencias físicas**

De lo expuesto en el apartado anterior fácilmente se deduce que la autenticación de las evidencias físicas no es otra cosa que **probar** que una cosa **es** lo que la parte plantea según su teoría del caso, tal y como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

El carácter probatorio de la autenticación está consagrado expresamente en la Ley 906 de 2004. Así, el artículo 277 establece que “*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 la presente*”; y el artículo 426 precisa que “*la autenticidad e identificación del documento **se probará** por métodos como los siguientes...*”.

Frente a estos aspectos prevalece el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Ello se hace palmario en la redacción de los artículos 277 (no regula los medios probatorios que deben utilizarse para autenticar evidencias no sometidas a cadena de custodia) y 426 (enuncia algunas formas de autenticación de los documentos), y, principalmente, en lo establecido en el artículo 373 en el sentido de que “*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*”.

Según se indicó en el anterior apartado, la parte corre con la carga de identificar y demostrar los diferentes aspectos que hacen pertinente la evidencia.

Para tales efectos, debe identificar los testigos que tienen conocimiento “*personal y directo*” (Art. 402) de cada uno de esos aspectos. Según los ejemplos utilizados en el numeral anterior, el investigador puede atestiguar que la huella dactilar se halló en la escena del crimen y que las impresiones dactilares fueron tomadas del acusado para efectos del cotejo, y el perito en dactiloscopia podrá dar fe de que corresponden a la misma persona.

Si en el juicio oral sólo declara el perito en dactiloscopia, lo único que se habrá acreditado es que dos huellas dactilares corresponden a una misma

persona, pero el experto no podrá dar fe, por ejemplo, de que una de ellas fue hallada en la escena del crimen, simple y llanamente porque ello no le consta.

En el mismo sentido, si un policial le halla al acusado un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si sólo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que las partes estipulen uno, varios o todos los aspectos que determinan la pertinencia de una evidencia física. Por ejemplo, puede estipularse que el arma es idónea para disparar, que le fue hallada al procesado, o ambas cosas; que la muestra examinada corresponde a sangre del acusado, que fue encontrada en la camisa de éste; que las huellas dactilares estudiadas corresponden al acusado, que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera».

#### **NORMATIVIDAD APLICADA:**

Ley 906 de 2004, arts. 205, 209, 216, 254, 277, 375 y 402

#### **JURISPRUDENCIA RELACIONADA:**

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 23 abr. 2008, rad. 29416; CSJ AP, 21 oct. 2009, rad. 32193; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34867; CSJ AP640-2014, CSJ AP2202-2015, CSJ AP5785-2015, y CSJ SP160-2017.