



Bogotá D.C., 25 de febrero de 2015

Honorable Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Sala Plena
E. S. D.

Referencia: Expediente D-10451.
Acción de inconstitucionalidad contra
el inciso segundo del artículo 277 de la
Ley 906 de 2004.

Demandante: Luz Amparo Vera
López

M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Respetados Magistrados y Magistradas,

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.738.338, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 9° del Decreto 016 de 2014, "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*"¹, respetuosamente me permito intervenir en el

¹ Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación. Decreto-Ley 016 de 2014, "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*".

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) Nú. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591
www.fiscalia.gov.co



presente proceso con el fin de solicitar a esa Corporación la declaratoria de **EXEQUIBILIDAD** del aparte demandado.

Para tal efecto, esta intervención se estructurará de la siguiente manera: i) en primer lugar, analizará si el aparte final del artículo 29 de la Constitución Política cobija el tema relativo a la cadena de custodia; en seguida, ii) se analizará si la cadena de custodia es el único método para garantizar la autenticidad de una evidencia; a partir de lo cual, iii) se presentarán las conclusiones que muestran que la disposición parcialmente acusada se ajusta a la Constitución.

I. EL OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

1. La norma demandada

A continuación se transcribe la disposición y se subraya el contenido normativo objeto de cuestionamiento.

“Ley 906 de 2004

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

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.”

2



2. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación

De acuerdo con los planteamientos de la demanda la norma acusada vulnera el preámbulo y los artículos 29 y 250 numeral 3° del Texto Superior.

Para sustentar tal afirmación, la accionante señala que el contenido normativo objeto de demanda implica una grave afectación a la pureza de la prueba, ya que permite que elementos materiales probatorios o evidencias físicas que no han estado sometidos a la cadena de custodia, sean valorados en juicio.

Las consecuencias de lo anterior no serían menores, pues, a su juicio, la disposición afecta la legalidad de la prueba, configurándose el supuesto establecido en el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Por otra parte, indica la ciudadana Vera López, que la inconstitucionalidad de la disposición radica igualmente en que esta autoriza a la Fiscalía General de la Nación a no garantizar rigurosamente la cadena de custodia, situación que, en su opinión, ha ocurrido en numerosas oportunidades.

3. Problema jurídico

Los argumentos anteriormente expuestos plantean a la Corte Constitucional la necesidad de resolver los siguientes problemas jurídicos:

3

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 -- EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



1. ¿Es la cadena de custodia la única garantía para preservar la autenticidad de la prueba?

2. ¿El contenido normativo impugnado que permite demostrar por otros medios la autenticidad de elementos probatorios y evidencias físicas no sometidos a cadena de custodia afecta la legalidad de los mismos?

II. ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE EXEQUIBILIDAD DE LA NORMA DEMANDADA

1. ¿Es la cadena de custodia un tema cobijado por el apartado final del artículo 29 Superior?

Todo parece indicar que la demandante parte de un inadecuado supuesto, según el cual la cadena de custodia es una forma de obtención de una evidencia.

Esto se constata al confrontar el artículo 29 Constitucional con la regulación explícita del tema en el Código de Procedimiento Penal. Nótese que el artículo 29 determina una nulidad de pleno derecho respecto de las pruebas *obtenidas* con violación al debido proceso y, más concretamente, a los derechos fundamentales².

² Dice la sentencia SU-159/02 sobre el inciso final del artículo 29: "Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado."

La obtención usualmente está referida a la forma en que, siguiendo el lenguaje natural de las palabras del DRAE, se alcanza, consigue y logra algo que se merece, solicita o pretende. Por ello, prácticamente todas las hipótesis analizadas por la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la forma en que una evidencia se incorpora a la investigación, es decir, cuáles fueron los actos de investigación que se realizaron por las partes y, especialmente, por la Fiscalía General de la Nación, para *hacerse* a ese elemento material probatorio.

Si el acto de investigación, por ejemplo, un allanamiento o una interceptación telefónica fue violatorio de alguna garantía fundamental, el hallazgo en la vivienda o la comunicación recogida debe ser necesariamente excluido. Por la misma línea, si las palabras del testigo fueron obtenidas a través de tortura, la evidencia o información así recopilada (por medio de entrevistas o declaraciones) también será declarada nula³.

Como se ve, el constituyente jamás se ocupó y, por el contrario, prefirió encomendarle al legislador temas puntales como la forma en que se presentarán en juicio, si es necesario testigo de acreditación, si se han de cumplir ciertos formalismos o, para lo que aquí interesa, si deben existir reglas de preservación.

El errado concepto del que parte la demandante consiste en equiparar las formas de *obtención* (registro, allanamiento, búsqueda selectiva sobre bases de datos, inspección corporal, entre muchos otros), con los métodos para preservar y garantizar la autenticidad de una evidencia.

Olvida tal vez la promotora de esta acción que el propósito de la cadena de custodia es garantizar que una evidencia es aquello que

³ Sin perjuicio de la nulidad respectiva, Cfr. Sentencia C-591/05.



se dice que es y, durante su almacenamiento, no se han variado sus características, desde aquél momento en que – ahí sí – se obtuvo, hasta cuando sea presentada en juicio⁴.

Con la misma lógica, en Colombia la cadena de custodia se refiere exclusivamente a un tema de autenticidad (art. 277 del C.P.P.), que podrá valorar el juez en la sentencia (art. 273 ib.) y encaminada a demostrar la inalterabilidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 254).

Más claro ha sido el tema en la Corte Suprema de Justicia, que ya en forma pacífica ha reconocido que:

“La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

Por vía de ilustración, serán ilegales las evidencias y elementos probatorios obtenidos por medio de registro personal y tomar de muestras que involucren al imputado, cuando estas diligencias se practican sin autorización del funcionario competente.

(...)

En síntesis, la regla de exclusión aplica contra los medios probatorios ilícitos o ilegales; y no sobre medios probatorios

⁴ Sobre el tema puede verse EEUU c. Howard-Arias. 679 F.2d 636,366 (4º Circuito), donde se dijo: The "chain of custody" rule is but a variation of the principle that real evidence must be authenticated prior to its admission into evidence (...) The purpose of this threshold requirement is to establish that the item to be introduced, *i.e.*, marijuana, is what it purports to be, *i.e.*, marijuana seized from the "Don Frank." Therefore, the ultimate question is whether the authentication testimony was sufficiently complete so as to convince the court that it is improbable that the original item had been exchanged with another or otherwise tampered with. “



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

respecto de los cuales se discuta la cadena de custodia, la acreditación o la autenticidad”⁵.

Lo dicho por la Corte se ve reflejado, además, en los artículo 276 y 23 del Código de Procedimiento Penal.

Tan claro es lo dicho hasta ahora que, cuando en los actos de investigación orientados a obtener evidencias, se afecten derechos fundamentales, debe acudirse ante un juez de control de garantías para su autorización previa o, por lo menos, para un control posterior⁶. Pero jamás se ha acudido ante un juez de garantías para que examine la forma en que una cadena de custodia se está llevando.

En síntesis, la cadena de custodia es un método que permite garantizar que una evidencia presentada en juicio es auténtica.

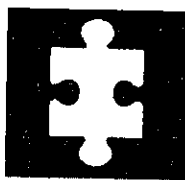
2. ¿La cadena de custodia es el único método para garantizar la autenticidad de una evidencia?

En este sentido, la accionante argumenta que se quebranta el artículo 250 Constitucional, numeral 3º, en el entendido de que la Fiscalía tiene el deber de asegurar las evidencias, garantizando la cadena de custodia hasta tanto se pueda ejercer su contradicción. Por lo cual, la norma demandada generaría una desconexión entre esa obligación y la opción que tiene una parte de acreditar la inalterabilidad de una evidencia a través de otros medios, afirma la actora.

Sobre el particular, sería suficiente con afirmar que lo plasmado en el texto superior es un parámetro deontológico o, si se quiere —

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, rad. 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz. Subrayado nuestro.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-336/07.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

utilizando el lenguaje de Alexy – un mandato de optimización. Las consecuencias por el incumplimiento de ese mandato no fueron previstas por el constituyente derivado en el acto legislativo 3 de 2002, sino que se entregaron para que el legislador, dentro de su libertad de configuración normativa, estableciera si, por ejemplo, se trataría de un presupuesto del decreto de pruebas (en audiencia preparatoria), de admisibilidad (durante el juicio oral) o, como finalmente ocurrió, de valoración de la evidencia (durante la sentencia).

Así se observa que el artículo 273 de la ley 906 de 2004 señala, como uno de los criterios de valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su sometimiento al sistema de cadena de custodia.

Esto no resulta extraño en otros modelos de enjuiciamiento penal de los cuales, evidentemente, Colombia tomó un claro insumo. En las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, por ejemplo, se afirma en la regla 901 (B), se presentan como ejemplos de autenticación o identificación de la evidencia los siguientes:

1. Testimonio por testigo con conocimiento.
2. Autenticidad mediante evidencia de la letra.
3. Identificación de voz.
4. Conversaciones telefónicas
5. Escritos antiguos o compilación de datos.
6. Escritos de contestación.
7. Contenido de escritos
8. Autenticación mediante admisión.
9. Testamento.
10. Características distintivas
11. Cadena de custodia
12. Proceso o sistema
13. Récord electrónico

8

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01, BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 - EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



14. Correo electrónico
15. Métodos provistos por ley o reglamento

Como se ve, la cadena de custodia es sólo uno de los métodos de autenticación de una evidencia. Es por ello, como ha sostenido la jurisprudencia norteamericana, que “una ruptura en la cadena de custodia no conducirá necesariamente a la exclusión de la evidencia”⁷, pues es posible que la autenticación por testimonio sea lo “suficientemente completa como para convencer a la corte que es improbable que el ítem original ha sido intercambiado con otro o, de cualquier forma, manipulado”⁸.

Lo anterior está relacionado con lo que es objeto de mandato constitucional en nuestra Carta: la cláusula de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de las garantías constitucionales. Esto es bien reconocido por la Corte Constitucional, en la decisión que se considera hito en la materia. Nos referimos a la sentencia SU-159 de 2002. Allí se precisó que:

“En cambio, en los Estados Unidos el método de aplicación de la regla de exclusión no es discrecional del juez en el caso concreto. Los jueces deben respetar las reglas y excepciones en materia de exclusión de evidencias ilícitas sentadas por la Corte Suprema de Justicia –como máxima autoridad judicial en la interpretación de la Constitución– y aplicarlas rigurosamente al caso concreto.”

Debe reconocerse que en nuestro medio, donde hemos bebido hasta los criterios correctores en materia de prueba derivada de la ilícita⁹,

⁷ EEUU c. Sharon Grant. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos. Segundo Circuito No. 1495. Traducción libre.

⁸ Ib. Hay una larga tradición en la jurisprudencia norteamericana. Se dice que esta tiene origen, incluso desde el caso EEUU c. Week, de 1914.

⁹ Por ejemplo, los criterios de fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado que aparecen en el artículo 455 de nuestro código de procedimiento penal, no son



no podemos darle alcances desproporcionados a un postulado deontológicamente construido para conservar adecuadamente una evidencia.

Precisamente ese camino fue abierto por el legislador para permitir que la evidencia se pueda autenticar de diferentes maneras, bien a través de un testimonio, ora por virtud de los avances que la tecnología ofrezca¹⁰.

Finalmente, y aunque debemos reconocer que el concepto de *debido proceso* es, como se ha reconocido en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹, un concepto dinámico, no podría llegarse a afirmar que exista un derecho fundamental a la cadena de custodia, cuando es éste sólo uno de los métodos que la lógica enseña sirven para preservar una evidencia.

3. La cadena de custodia es solo una de las garantías dirigidas a preservar la autenticidad de la prueba y no la legalidad de los elementos probatorios

La cadena de custodia como se ha visto hasta este punto es solo un medio de los disponibles por la ley procesal penal colombiana, orientado a regular no la legalidad en la obtención del elemento material probatorio sino a la valoración de este en el proceso. En efecto, mientras la norma demandada se refiere a que los elementos materiales de prueba son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia, en el caso de la norma constitucional

más que el resultado de una construcción jurisprudencial de origen angloamericano, basada en la 4ª enmienda de ese país.

¹⁰ Por ejemplo, en materia de evidencia digital, la autenticidad de esa clase de medios de conocimiento puede surtirse a través del *hash* o número identificativo de cada archivo que reposa en los diferentes dispositivos de almacenamiento electrónico. O también con el número de IMEI que permite identificar como única cada terminal de telefonía móvil.

¹¹ Voto razonado del juez García Ramírez en el caso Tibi c. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004.

10

Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 -- EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



se trata del estatus de una prueba, es decir, se refiere a la legalidad o ilegalidad de un elemento material probatorio.

Así pues, bien puede afirmarse que una cosa es una prueba que no es auténtica y otra que es una prueba ilegal o ilícita. Esta distinción ha sido considerada por la Corte Suprema de Justicia al preguntarse si las posibles irregularidades en la cadena de custodia afectan la legalidad del elemento material probatorio y dan lugar, por tanto a la regla de exclusión, o si solamente afectan la valoración de dichas pruebas. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- al respecto lo siguiente:

“2.3.3 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.

2.3.4 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.

2.3.5 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

11



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 enfilarse 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.”

2.3.6 Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es

12



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”.¹²

Tomando en cuenta lo anterior, puede afirmarse que, en efecto, la regulación de la cadena de custodia que hace la norma acusada se relaciona exclusivamente con la autenticidad de la prueba y no con la legalidad. Esta diferencia regulativa implica una distinción de efectos sobre el proceso, puesto que las fallas que puedan ocurrir en el cuidado adecuado de los elementos materiales probatorios no afecta de nulidad la prueba –o eventualmente el proceso– sino su credibilidad como evidencia de un hecho determinado.

III. CONCLUSIONES

1. El artículo 29 inciso final de la Constitución Política se refiere a la *obtención* de las pruebas, no a su forma de preservación, pues esa tarea fue entregada al legislador.

¹² Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, (MP. Javier Zapata Ortiz), Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp., 25920. Esta misma posición ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias: Sentencia 18708, de 13 de julio de 2003 (MP. Fernando E. Arboleda Ripoll); sentencias 28282 de 12 de septiembre de 2007 y sentencia 26.207 de 28 de noviembre de 2007 (MP. Javier Zapata Ortiz); sentencia 23863 de 03 de abril de 2008 (MP. Julio Enrique Socha Salamanca).



2. La preservación, denominada en la Ley 906 de 2004, autenticidad, se puede garantizar de diversas formas, pues, tal como se ve en otras legislaciones, la cadena de custodia es sólo una de esas vías. Lo que el legislador hizo fue dejar un margen para que ambas partes puedan acreditar esa autenticidad, incluso, apoyándose en los avances de la ciencia.
3. El contenido normativo demandado no tiene relación alguna con la legalidad de la prueba o la evidencia que se aporte en el juicio, sino que dispone que la cadena de custodia no será el único medio de preservación de estas, de manera que las fallas que puedan presentarse en el proceso de cuidado de la prueba no conllevará su exclusión por ilegalidad, sino que afectará su credibilidad en la demostración de los hechos.
4. No existe una violación al inciso final del ya mencionado artículo 29, dado que la materia allí prevista es diferente a la norma demandada.
5. No se observa contradicción entre el contenido normativo acusado y el inciso 3° del artículo 250 de la Constitución Política, comoquiera que lo que la norma procedimental penal cuestionada establece es que las partes podrán presentar pruebas no sometidas a cadena de custodia y la carga de la demostración de su autenticidad será de quien las presente. Es decir, faculta a las partes dentro del proceso a aportar estos materiales cuyo cuidado o preservación, en ese caso, no estaría a cargo de la Fiscalía General de la Nación, que solo deberá garantizar la autenticidad de aquellas que han sido sometidas a cadena de custodia.



IV. SOLICITUD

Con fundamento en los argumentos señalados, se solicita de manera respetuosa a esa Honorable Corporación declarar la **EXEQUIBILIDAD** del último inciso del artículo 277 del Código de Procedimiento Penal.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones que sustentan mi respetuosa solicitud.

De los honorables magistrados y magistradas,

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales
Fiscalía General de la Nación