

## **Relatoría Tribunal Superior de Tunja**



**CADENA DE CUSTODIA/ Fijación fotográfica/** *“Para la Sala en ese procedimiento no se advierte una ruptura de la cadena de custodia, en tanto, en todo momento desde el hallazgo de la evidencia física se han adoptado las medidas tendientes a preservar su autenticidad y aquello que la defensa censura, la fijación fotográfica del elemento material en el sitio de la incautación, no tiene desde una perspectiva legal la virtualidad de desvertebrar ese esquema de aseguramiento probatorio.”*

**PRUEBA ILICITA/ PRUEBA ILEGAL/ Diferencias/** *“Para esos efectos la jurisprudencia ha distinguido entre la prueba ilícita que es la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas y la prueba ilegal que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, y en ambos casos la sanción es la exclusión; pero, cuando se trate de condiciones legales debe verificarse que no se trate de la omisión de alguna formalidad insustancial, que no autoriza la exclusión del medio de prueba.”*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL**

**SENTENCIA P – N° 001**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ**

**APROBADA ACTA N°002 del quince de enero de dos mil dieciséis (2016)**

**TUNJA, nueve (09) de febrero de dos mil dieciséis (2016)**

**Hora: 2:30 p.m.**

### **ASUNTO**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia datada 19 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad.

### **HECHOS**

El 27 de junio de 2010, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta seguridad de Cómbita, al serle practicada una requisa con apoyo de un canino al interno ÓSCAR MAURICIO BOHÓRQUEZ SILVA, le fue detectado un paquete de forma irregular en cuyo interior se hallaba una sustancia vegetal, que se comprobó se trataba de marihuana en una cantidad neta de 9.5 gramos, y una sustancia pulverulenta con peso neto de 17.2 gramos que arrojó positiva para cocaína o sus derivados.

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

**1.** Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, el 25 de julio de 2011, se realizaron audiencias preliminares de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento en contra de OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, previsto en el artículo 376 del C.P en los verbos rectores llevar consigo, adquirir y conservar, con la circunstancia de agravación punitiva del numeral 1 literal b del artículo 384 C.P. por haberse ejecutado en un establecimiento carcelario, cargos que no fueron aceptados y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Fl Acta Audiencia de Formulación de Imputación fl 12 Cuad Fallador.

**2.** Presentada la acusación, ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tunja, el 29 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la audiencia respectiva en los mismo términos de la imputación<sup>2</sup> y el 10 de diciembre de 2012 se efectuó la audiencia de preparatoria<sup>3</sup>.

La audiencia de juicio oral inició el 19 de mayo de 2015 y concluyó en sesión del 19 de noviembre siguiente, oportunidad en la que se anunció el sentido condenatorio del fallo<sup>4</sup> y ese mismo día se le dio lectura.

### **DE LA SENTENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Quinto Penal del Circuito, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2015, condenó a OSCAR MAURICIO BOHÓRQUEZ SILVA, como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, a las penas principales de ciento ocho (108) meses de prisión y multa de cuatro (4) S.M.L.M.V y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

Manifiesta que descarta cualquier asomo de duda acerca de la autoría y responsabilidad por parte del acusado en los hechos por los que se le acusó, pues de los elementos de prueba recaudados se logra establecer la responsabilidad del acusado, en particular con el testimonio del guardián del INPEC ÁVILA GARAVITO, quien percibió la señal positiva emitida por el canino, a lo que agrega que no detecta mala intención del funcionario para incriminar injustamente al acusado, por lo cual infiere que su dicho merece toda credibilidad.

---

<sup>2</sup>Acta Audiencia de Formulación de Acusación fl 46 Cuad Fallador.

<sup>3</sup> Acta Audiencia preparatoria fl 60 Cuad Fallador.

<sup>4</sup> Acta Audiencia de continuación de juicio oral fl 276 Cuad Fallador.

Manifiesta que el relato de los guardianes AVILA GARAVITO y ADARME es concordante en que el elemento incautado se hallaba en una cobija de propiedad del acusado, lo cual coincide con el informe ejecutivo elaborado por el Dragoneante JOSE SILVINO ZORRO CRUZ, quien además advirtió que el acusado había intentado suplantar a otro interno.

Afirma que el testimonio de los tres funcionarios de prisiones no ofrece contradicción y en cambio hacen una relación detallada de las circunstancias en las que se ejecutó la conducta, aunado a un indicio como lo es que el acusado BOHORQUEZ SILVA hubiese intentando suplantar a otro interno una vez fue sorprendido con el elemento irregular, aspectos que no fueron controvertidos en ningún momento por la defensa.

Arguye que la ruptura de la cadena de custodia a la que hace referencia la defensa, no es un aspecto que esté ligado a la legalidad o licitud de la prueba, sino al poder de convicción que puede generar en el operador judicial, de manera que no es suficiente denunciar tal situación, sino demostrar que dicha ruptura afectó la evidencia, esto es el alijo hallado al acusado, cuestión que la defensa no asumió pues no explicó ni demostró la manera en la que supuestamente se había alterado la evidencia, ni tampoco desplegó actividad probatoria tendiente a acreditar que el elemento incautado no fue el mismo que se envió a las pruebas periciales.

Manifiesta que no se allegó autorización de autoridad competente para que el acusado pudiera llevar consigo la sustancia estupefaciente; circunstancia que además se descarta, si se tiene en cuenta el lugar en el que se ejecutó la conducta esto es un centro penitenciario y carcelario en el que se halla purgando pena de prisión, donde dichas sustancias están prohibidas, permitiéndose dar por demostrada la circunstancia de agravación punitiva por las que se le acusó.

Estima que se encuentra acreditada la conducta punible, indicando que el acusado sabía que llevaba consigo sustancias estupefacientes, conducta reprimida por la ley penal y que además entendía las consecuencias negativas que su actuar generaba a la sociedad.

### **DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN**

La defensa muestra su inconformidad manifestando que debe absolverse a su prohijado, ante la ausencia de elementos de prueba certeros que permitan atribuirle la carga en la comisión del delito atribuido.

Argumenta que el a quo desestimó el testimonio del acusado, quien manifestó que la sustancia estupefaciente fue hallada en una segunda requisita, luego de que él dejara las cobijas a un lado y que el guardián recogió el artefacto del piso y le atribuyeron injustamente su propiedad, relato respaldado en lo dicho por TILSO ADARME SANDOVAL, quien adujo que se realizaron dos requisas y en ejecución de la segunda las cobijas se hallaban en un cubículo, por lo cual no resulta creíble que la sustancia se hubiere encontrado en dicho elemento cuando este ya no se encontraba en poder del acusado.

Estima que el elemento incautado fue manipulado por el primer respondiente, acto con el que trasgredió el principio de mismisidad, indicando que se generó un desconocimiento de lo consignado en el artículo 284 C.P.P., pues el primer respondiente manipuló el elemento incautado y posteriormente lo entregó al funcionario de policía judicial, lo que deja ver que el elemento no fue fijado ni fotográfica ni topográficamente en el lugar de los hechos viéndose afectada su identidad, estado original y condiciones de recolección.

Concluye con la afirmación que existen dudas que deben ser resueltas a favor del acusado.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia.**

La Sala es competente para conocer y decidir el recurso interpuesto, conforme los dictados del numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, sin que se otee causal de nulidad que impida proveer de mérito.

### **2. De la conducta imputada al acusado.**

La conducta por la cual aparece acusado BOHORQUEZ SILVA es adecuada típicamente a un delito atentatorio contra la salud pública, por haber ejecutado el comportamiento tipificado como Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes, de que trata el artículo 376, inciso segundo del Régimen Penal, con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011.

La norma tipifica la conducta de quien sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título cantidad de droga que no exceda de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y

multa de dos punto sesenta y seis (2.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con respecto a esta norma, después de la modificación producida por la ley 1453 de 2011, desapareció la excepción que expresamente se consagraba para la dosis personal con el uso de la expresión "*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*", que en algunos sectores se interpretó como la penalización de la dosis personal, pero, la H. Corte Constitucional zanjó cualquier discusión al respecto al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, "*en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado*"<sup>5</sup>.

Por supuesto el ejercicio de adecuación típica en este asunto exige acudir a la norma permisiva que contiene las cantidades toleradas como dosis personal, que aparecen regladas en la ley 30 de 1986:

*"Artículo 2º. Para efectos de la presente Ley se adoptarán las siguientes definiciones:*

*j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. (Declarado Exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994)*

*Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.*

---

<sup>5</sup> Sentencia C- 491 de 2012

*No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”.*

En este caso la adecuación de la conducta se verificó en el inciso segundo de la norma, por no superar los cien gramos de cocaína, en modalidad agravada por haberse realizado dentro de un establecimiento carcelario conforme al artículo 384, numeral primero, literal b) del Código Penal.

De acuerdo con la anterior descripción típica, son supuestos para la realización del tipo objetivo: i) la realización de cualquiera de las conductas que alternativamente se enuncian; ii) el objeto material de la conducta debe ser alguna de las sustancias enlistadas que producen dependencia; y iii) la conducta debe ejecutarse sin que el autor goce de permiso de autoridad competente.

### **3. De la prueba.**

Durante el juicio oral se adujeron, incorporaron y practicaron las siguientes pruebas:

**i.** Se estipuló la identificación científica de las sustancias incautadas el 27 de junio de 2010 en el Establecimiento Penitenciario de alta seguridad de Cóbbita correspondientes a cocaína y marihuana.

**ii.** Testimonio de ALEXIS FERNANDO AVILA GARAVITO<sup>6</sup>: Distinguido del INPEC, guía canino desde hace aproximadamente 12 años, para el 27 de junio de 2010 laboraba en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita.

---

<sup>6</sup> Aud Juicio oral 15 de marzo de 2015. Min



Explica que al culminar las visitas se trasladó a los internos del patio donde atienden a sus visitantes a aquel donde se ubican sus celdas, oportunidad en la que el personal de custodia y vigilancia realiza una requisa apoyada por caninos, acto en el que se ubica a los internos en fila de personas junto con sus pertenencias y se pasa a los caninos para que los olfateen y si se dan una señal positiva se efectúa un examen minucioso separado de los demás internos.

Rememora que el día de los hechos aproximadamente a las 11:50 a.m., luego de terminar la visita, se llevó a cabo la requisa a los internos, en la cual el perro Saimon, especialista en detección de narcóticos, dio señal positiva para el acusado y de inmediato informó al dragoneante TILSO ADARME.

Manifiesta que no tiene ningún tipo de problema con el acusado.

**iii.** Testimonio de JOSE SILVINO ZORRO CRUZ<sup>7</sup>: Inspector del INPEC desde hace 2 años 6 meses, vinculado a la institución hace 12 años, con funciones de Policía Judicial, para el 27 de junio de 2010 laboraba en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita.

Con su testimonio se incorporan los siguientes documentos relevantes, a los que se les dio lectura:

- Informe ejecutivo del 27 de junio de 2010, suscrito por el testigo, en el que se consigna su actuación al ser requerido en el área de requisa de internos donde fue informado por el dragoneante TILSO ADARME SANDOVAL que al someter a la detección canina al interno OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA y sus pertenencias el animal dio señal positiva para sustancias

---

<sup>7</sup> Aud Juicio oral 15 de marzo de 2015. Min 36:02

narcóticas y al llevarlo a un recinto privado para un registro minucioso fue hallado entre las cobijas un paquete de forma irregular envuelto en cinta de enmascarar y papel plástico y otro envuelto en esparadrapo que contenían sustancias que fueron objeto de incautación y fijación fotográfica para la aplicación de pruebas de identificación preliminar (fl. 153).

En este informe se deja constancia que el interno suministro datos de identificación que no le correspondían.

- Informe de fijación fotográfica de los elementos incautados al interno OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA en el que se aprecian dos paquetes, el más grande de ellos envuelto en cinta de enmascarar con un tamaño de 6 x 5 cms y otro pequeño en esparadrapo (fl. 154).

- Acta de buen trato y derechos del capturado de fecha 27 de junio de 2010, hora 11:53 a.m. suscrito por JOSE SILVINO ZORRO CRUZ (fl. 155)

- Cartilla biográfica, antecedentes, reseña y plena identificación del acusado BOHORQUEZ SILVA (fls. 156 a 163)

Manifiesta que reconoce a OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ porque en su contra realizó el procedimiento de incautación de sustancias estupefacientes en la penitenciaría; lo señala dentro de la audiencia; asegura que al momento de realizar el procedimiento referido el acusado intentó suplantar a otro interno dando datos que no correspondían a los suyos, y aclara que jamás tuvo problemas de tipo personal con el mencionado.

Menciona que el dragoneante TILSO ADARME, quien se encontraba al frente de la requisa de los internos, le hizo entrega del acta de incautación y el informe de primer respondiente en el que se consignaron las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se ejecutaron los hechos.

Aduce que le correspondió fijar fotográfica y métricamente los elementos incautados y los depositó posteriormente en una bolsa ziploc, la cual selló y rotuló, y materializó los derechos del capturado.

Expresa que luego de incautada la sustancia, el acusado se identificó con un número de cédula que no correspondía a la suya, por lo cual procedió a individualizarlo e identificarlo plenamente.

Manifiesta que el elemento de prueba entregada por el primer respondiente, luego de su fijación fotográfica y de que se sometiera a la respectiva cadena de custodia, permaneció bajo su poder para posteriormente realizar la prueba de identificación preliminar por un investigador de la SIJIN, la cual dio resultados positivos para sustancia estupefaciente.

Informa que en el interior del elemento incautado se encontró una sustancia vegetal verdosa, con características propias de la marihuana con un peso neto de 9.5 gramos, así mismo se encuentra sustancia en polvo y granulada de color beige con peso neto de 17.02 gramos, arrojando prueba preliminar positiva para cocaína.

**iv.** Testimonio de JULIAN JAVIER ANGANOY GONZALEZ<sup>8</sup>: Subintendente de la Policía Nacional, técnico judicial, perito en la aplicación de la prueba de identificación preliminar homologada 'PIPH', vinculado desde hace 11 años a la SIJIN de la Policía.

Con su testimonio se incorpora el informe de investigador de campo del 28 de junio de 2010, por él elaborado, en el cual plasmó el resultado de los

---

<sup>8</sup> Aud Juicio oral 15 de marzo de 2015. Min 04:49 \_(5)

análisis de las sustancias incautadas, así como el anexo fotográfico correspondiente al mismo informe (fls. 164 a 170).

Menciona que fue requerido por el Dragoneante JOSE SILVINO ZORRO CRUZ para efectuar la prueba de PIPH a unas sustancias incautadas, las que recibió el 28 de junio de 2010, que se encontraban embaladas y rotuladas. Al desempacarlas halló en una sustancia vegetal que reaccionó positivo para marihuana con un peso neto de 9,5 gramos y una sustancia en polvo y granulada con peso neto de 17,2 gramos que dio positivo para cocaína.

Manifiesta que al día realiza entre 8 y 10 pruebas PIPH, que el funcionario que recolecta y embala la sustancia, la entrega rotulada, con cadena de custodia y la respectiva solicitud de análisis a fin de identificar la clase de sustancia.

Informa que en la parte principal de dicho documento se hace una relación de la forma en la que el funcionario del INPEC entrega los elementos para hacer el posterior análisis, así mismo se hizo la constancia de la toma de muestras de las sustancias, descripción del procedimiento que se realizó con cada una de las mismas y el resultado de la prueba PIPH.

**v. Testimonio de TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL<sup>9</sup>:** Dragoneante del INPEC, vinculado hace más de 7 años, para el 27 de junio de 2010 se encontraba asignado al patio de visitas del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta seguridad de Cómbita.

---

<sup>9</sup> Aud Juicio oral 19 de noviembre de 2015. Min 13:21 \_(1)

Declara que conoce a OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA, lo recuerda por un procedimiento de requisa que realizó en la penitenciaría de Alta seguridad de Cóbbita, no ha tenido ningún tipo de inconveniente con este.

Afirma que el día de los hechos al terminar la visita se empezó a evacuar a los internos a sus correspondientes patios, por ello se procedió a realizar la requisa reglamentaria, al interno BOHORQUEZ SILVA en un primer momento no se le detectó nada irregular, pero, al pasar un canino guiado por el distinguido AVILA dio señal positiva para narcóticos. Por lo anterior, se procedió a aislar al interno en un recinto cerrado a fin de hacer una requisa más exhaustiva, momento en el que al sacudir la cobija que este portaba se desprendió un paquete de forma irregular envuelto en esparadrapo, plástico transparente y cinta de enmascarar. Acto seguido llamó a Policía judicial y realizó los actos de primer respondiente.

Se le pone de presente el informe de primer respondiente de 27 de junio de 2010, el acta de incautación y el formato de registro de cadena de custodia, documentos suscritos por él, los cuales reconoce y les da lectura.

Expresa que el elemento incautado, junto con el acta de incautación, fueron entregados al funcionario de policía judicial de apellidos ZORRO CRUZ, y que el interno firmó voluntariamente el acta de incautación.

En el contrainterrogatorio<sup>10</sup> dice que al terminar la visita fueron requisados los internos antes de ingresar al alojamiento, que en el momento en que se halló el elemento al acusado procedió a diligenciar el acta de incautación y el informe de primer respondiente y posteriormente los entregó al funcionario de policía judicial.

---

<sup>10</sup> Aud Juicio oral 19 de noviembre de 2015. Min 19:44 \_(2)

Afirma que no sabe si el elemento material fue fijado fotográficamente en el lugar de los hechos; que para el momento en que se halló el alijo se encontraba en compañía del Distinguido AVILA GARAVITO junto con un canino; que fue al momento de sacudir la cobija que tenía el acusado cuando cayó el paquete; que en las jornadas de visita se le permite a los internos llevar consigo una sábana o cobija; que en el momento en que se acaba la visita los internos llevan consigo sus pertenencias y por ello se puede establecer si dichos artículos les pertenecen o no, para posteriormente realizar la respectiva requisa.

Con su testimonio se incorporan los siguientes documentos:

- Formato de registro de cadena de custodia del elemento incautado abierto por el declarante quien lo signa por haberlo hallado y recolectado, dejando descripción del mismo como un paquete irregular envuelto en cinta de enmascarar, plástico transparente, y un pedazo de esparadrapo, y hace entrega del mismo al Dragoneante JOSE SILVINO ZORRO CRUZ, quien a su vez lo entrega el 28 de junio de 2010 al perito de la SIJIN JULIAN ANGANOY para su análisis, quien lo recibe sellado y rotulado y lo retorna el mismo día a ZORRO CRUZ (fl. 266)

- Acta de primer respondiente de 27 de junio de 2010, suscrita por el declarante, en el que se hace una narración de los hechos y el hallazgo del paquete con ocasión a la requisa efectuada con acompañamiento de un canino que dio la señal que permitió encontrarlo entre la cobija que portaba el interno OSCAR BOHORQUEZ SILVA (fl. 269).

- Acta de incautación datada 27 de junio de 2010 hora 11:50 a.m. suscrita por el procesado OSCAR MAURICIO BOHÓRQUEZ SILVA en calidad de poseedor del elemento incautado, sin ninguna constancia, y el testigo TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL como funcionario del INPEC que efectuó el hallazgo (fl. 270).

**vi. OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA<sup>11</sup>: Procesado.**

Manifiesta que el 27 de junio de 2010, siendo las 12:30 salió del patio de visitas del establecimiento penitenciario de Cómbita para la requisa de cobijas y ropa, en la que no le encontraron nada, por ello, le indicaron que se vistiera, pero posteriormente el perro se fijó en él y el guardia lo revisó nuevamente, momento en el que dejó la cobija a un lado en el gabinete y fue cuando el funcionario recogió el elemento del piso y lo llevó otra celda para que aceptara los cargos.

Afirma que fue golpeado por el personal de guardia, que le tomaron fotos y luego le dijeron que firmara y diera sus datos personales, aduce que tal ven a consecuencia de la golpiza olvidó su número de cedula, que a las 5:00 pm aproximadamente, lo indagaron nuevamente por sus datos personales porque se iba abrir una investigación en su contra, que al día siguiente fue trasladado a la ciudad de Tunja a fin de realizar una prueba la cual arrojó como resultado la existencia de marihuana y cocaína.

Indica que firmó el acta de derechos del capturado y la de incautación porque se sintió intimidado, que en alguna ocasión intentó probar la marihuana; manifiesta que el día en mención recibió la visita de madre y uno de sus hijos y que llevaba consigo varias cobijas.

Afirma que los funcionarios no lo obligaron a plasmar su firma en los diversos documentos, sin embargo, estos le indicaron que pusiera su nombre a efecto de trasladar el artefacto a la SIJIN.

---

<sup>11</sup> Aud Juicio oral 19 de noviembre de 2015. Min 37:04\_(2)

#### **4. De la ponderación conjunta de los medios de conocimiento y de las conclusiones de la Sala.**

Al efectuar la ponderación conjunta de la prueba, acorde a los criterios establecidos por el legislador para su apreciación atinentes a los principios técnico científicos y las reglas de la sana crítica, la Sala encuentra asidero firme en la prueba acopiada para predicar un conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la autoría y responsabilidad que se predica del acusado en el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

Cada uno de los elementos estructurales de la conducta aludida se ve soportada convincentemente con la prueba vertida, así:

**4.1.** El objeto material del delito es un tópico indiscutido por las partes, al punto que fue objeto de estipulación probatoria.

La sustancia vegetal incautada se identificó técnicamente por su composición y reacción química, espectrométrica y cromatográfica, como marihuana y la sustancia pulverulenta se reconoció como cocaína.

Al efectuarse la diligencia de pesaje del material incautado, con la presencia del acusado BOHORQUEZ SILVA, usando balanza certificada, con la intervención del perito JULIAN ANGANOY GONZALEZ, la cantidad de marihuana se estableció en un peso neto de 9.5 gramos y la de cocaína en un peso neto de 17,2 gramos

De tal manera, tenemos acreditada la ocurrencia de la incautación de una sustancia cuyo porte está prohibido por el legislador en el tipo penal (art. 376 C.P.).



**4.2.** A OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA se le acusó como autor del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes atribuyéndole las modalidades de llevar consigo y conservar las sustancias estupefacientes, siendo este el terreno de la controversia.

De un lado la Fiscalía en sustentación de su teoría del caso asoma los testimonios de los miembros del INPEC a saber: el Distinguido ALEXIS FERNANDO AVILA GARAVITO y los Dragoneantes JOSE SILVINO ZORRO CRUZ y TILSO ADARME SANDOVAL los cuales señalan al acusado de ser la persona que portaba entre una cobija un paquete en cuyo interior se hallaban las sustancias de prohibido porte, mientras que la defensa centra sus reales en el testimonio de su defendido para cuestionar la tenencia de las mismas so pretexto de que se desconoció la cadena de custodia y que el elemento fue manipulado en el lugar de su hallazgo sin establecer que fuese portado por el acusado.

Como suele ocurrir en las controversias judiciales, al punto de tenerse como una regla de experiencia<sup>12</sup>, los seres humanos de modo general mantienen apego a la realidad que conocieron, y así lo transmiten a sus semejantes, en aquellos aspectos que no comprometen sus intereses, pero, es un comportamiento de fácil explicación psicológica que se anteponga un sesgo, que procure mejorar la propia condición o la de aquella persona que nos es cercano a los afectos o simpatías, ora que se tergiverse para agravar o involucrar a quien nos es adverso, cuando se trate de revelar episodios que entrañen algún tipo de responsabilidad en particular si es de carácter penal.

Es esa natural condición humana la que ha inspirado en los ordenamientos adjetivos institutos tales como la excepción al deber de declarar en asuntos criminales, la tacha del testimonio, la impugnación del testimonio, e incluso en épocas superadas una tarifa negativa de este tipo de testimonio, que hoy

---

<sup>12</sup> Vease CSJ Sentencia de 20 de febrero de 2008; M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, R. 23651

la sana crítica ha dejado atrás con la carga para el fallador de sopesar cuidadosamente su mérito probatorio con un examen riguroso interno – coherencia interior del testimonio – y externo – coherencia frente al restante acervo probatorio – a la luz de las reglas para la apreciación de este medio probatorio.

La especie que se juzga no es extraña a esta situación, por eso, sin mayores diferencias los testigos de cargo y el acusado que hace sus descargos coinciden en que promediando el mediodía del 27 de junio, después de una jornada de visita a los internos de la penitenciaría, cuando se efectuaba la requisa para ingresarlos a sus celdas, y aparentemente nada irregular se detectó a BOHORQUEZ SILVA, un canino que era manejado por el Distinguido ALEXIS AVILA GARAVITO emitió ante él la señal de que había detectado olfativamente sustancia narcótica.

A partir de este momento se bifurcan los relatos porque mientras los funcionarios del INPEC, en particular TILSO ADARME afirman que al conducir el interno a un cubículo para una requisa más exhaustiva este dejó caer de entre su cobija el paquete en el que se halló la marihuana y la cocaína, mientras el acusado sostiene que el paquete simplemente apareció en el piso luego de que el dejara la cobija en el gabinete.

La Sala, al someter al cedazo de la sana crítica del testimonio los que fueron ofrecidos en juicio, encuentra que la verdad está siendo dicha por los gendarmes en orden a las siguientes razones:

i. El dragoneante del INPEC, TILSO ADARME SANDOVAL, estaba cumpliendo un cometido inherente a su labor, en cuanto le correspondía efectuar la requisa a los internos a su cargo y aunque ciertamente nada irregular detectó en un primer momento, era lógico que extremara su concentración sobre BOHORQUEZ SILVA ante la detección positiva efectuada por el perro 'Saimón',

que el acusado acepta, de forma que al conducirlo a un espacio apropiado para una requisa no dejó de observarlo y por lo mismo pudo notar cuando de la cobija que el interno llevaba cayó el paquete que él recogió del suelo infiriendo que lo allí contenido era sustancia estupefaciente por la previa advertencia emitida por el canino, dándole un sustento razonable al hallazgo.

No mediando ninguna desaveniencia o enfrentamiento previo del guardián con el interno, ni tampoco alguno con ocasión del operativo que se desarrolló con amabilidad, no se les puede atribuir a los integrantes del INPEC motivos de malquerencia o animadversión hacia el acusado que los pudiera motivar a atribuir falsamente la posesión del elemento prohibido. De hecho, la defensa ningún interés protervo les atribuye, que de buen seguro de existir se los hubiere refregado, ni tampoco está Colegiatura lo advierte, puesto que ningún beneficio les reporta acriminar al recluso, por el contrario, de esas diligencias surge para ellos es una carga funcional que les impone llenar informes, asistir a audiencias, extender sus turnos de trabajo y exponerse a dificultades, que nadie asumiría inoficiosamente.

Esos mismos predicados de imparcialidad no resultan extensibles para la versión obviamente interesada del mismo acusado BOHORQUEZ SILVA al que le asiste un clarísimo propósito de favorecer su suerte, siendo entendible que intente contra toda lógica plantear que el alijo salió de la nada y su guardián, inmotivadamente, pretende atribuírselo, pero, como no es posible que de la nada surja un paquete con sustancia narcótica la versión que respeta los postulados de la sana crítica es la ofrecida por el dragoneante ADARME SANDOVAL.

Para la Sala es claro que no es que el interno haya dejado su cobija en un gabinete y hubiese existido oportunidad de que otra persona se hubiese descargado del paquete sino que al ser conducido al cubículo aisladamente de sus compañeros, después de la señal emitida por el canino, y ante la inminencia de su descubrimiento, el interno BOHORQUEZ SILVA intentó deshacerse del envuelto pero era impensado que no lo detectara su vigilante,

como en efecto ocurrió, y solo intenta negar lo innegable en una estrategia de defensa humanamente entendible pero lógicamente deleznable.

ii. El testimonio del Dragoneante TILSO ADARME, aunque es único en punto del directo hallazgo del alijo está perfectamente acompasado con el de sus compañeros ALEXIS FERNANDO AVILA GARAVITO y JOSE SILVINO ZORRO CRUZ.

El primero de ellos tuvo intervención previa a ese descubrimiento cuando el canino bajo su mando olfateó el narcótico y lo alertó sobre tal situación, hecho que de inmediato comunicó al encargado de la requisa de los internos, el Dragoneante TILSO ADARME; y el segundo intervino inmediatamente después al atender el llamado que éste último le hiciera ante el hallazgo del paquete cuando quiso verificar la alerta dada por el perro.

Ambos testigos son coherentes en sus relatos; su presencia en el lugar de los hechos es aceptada por el acusado; dan cuenta razonada de su intervención, el uno por estar como guía del canino y el otro por su condición de inspector de la guarda del INPEC investido de facultades de Policía Judicial; ninguno de ellos tiene motivos para faltar a la verdad y en cambio su intervención está precedida por un hecho indiscutido y es que el perro antinarcóticos emitió la señal de detección de una sustancia de esa naturaleza y lo ocurrido con inmediata posterioridad es la ratificación de la infalible percepción olfativa del animal, sin que quepa elucubrar que el alijo se le está cargando injustificadamente al acusado.

Basta recordar que el positivo olfateó efectuado por 'Saimón' se produjo en la requisa general de los reclusos, cuando estos portaban sus cobijas, como lo aceptó el mismo BOHORQUEZ SILVA, y sin solución de continuidad fue dirigido al cuarto donde se le pretendía requisar y allí de entre esa cobija se desprendió el paquete, lo cual hilvana armónicamente con lo depuesto por los guardianes, pues al hacer presencia apenas unos minutos después, ante el

llamado que se le hizo precisamente por ejercer funciones de policía judicial, JOSE SILVINO ZORRO CRUZ recibió el alijo.

**iii.** Igualmente la Sala le reconoce poder incriminatorio al documento acta de incautación que se introdujo como evidencia de la Fiscalía, datada del 27 de junio de 2010 hora 11:50 a.m. signada por el procesado OSCAR MAURICIO BOHÓRQUEZ SILVA en calidad de poseedor del elemento incautado, sin ninguna salvedad.

Es de elemental razonabilidad considerar que una persona que se estime inocente, con la experiencia de vida que le asiste a quien muestra un amplio prontuario delictivo, no se prestaría a avalar con su firma la incautación de una sustancia ilegal que se le atribuye a menos que lo hiciera por corresponder lo allí plasmado a la realidad.

Ese elemento probatorio refuerza la credibilidad de lo testimoniado por los gendarmes del INPEC respecto a la tenencia del fardo por parte del acusado.

**iv.** Otro hecho indicador de la responsabilidad del acriminado y coadyuvante del mérito persuasivo concedido al testimonio de TILSO ADARME es su conducta posterior al hallazgo del alijo.

Como se recordara, al hacer presencia el Dragoneante JOSE SILVINO ZORRO CRUZ al recinto donde se había descubierto el paquete al caer de la cobija, en el propósito de iniciar los actos urgentes de policía judicial, como es obvio lo primero que quiso fue identificar al interno y al interrogarlo por su identificación OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA ofreció datos falsos, en el clarísimo propósito de trasladar las consecuencias sancionatorias que sabía con suficiencia devendrían porque le asistía el saber de la ilicitud de su comportamiento.

Ese se convierte en un indicio grave de su responsabilidad, pues si la tenencia de las sustancias prohibidas le era ajena no tenía razones para mentir respecto de su identidad, a menos que esa verdad le hiciese daño que es exactamente lo que le ocurre a quien se sabe responsable.

**4.3.** La defensa ha cuestionado la falta de fijación fotográfica del elemento material del delito y que este haya sido recolectado por un guarda del INPEC para predicar un defecto de la cadena de custodia susceptible de generar la exclusión de esa evidencia física, y con ello la materialidad del delito quedaría desvirtuada.

Al respecto la Sala advierte que los artículos 254 y siguientes de la ley 906 de 2004 desarrollan el concepto de la cadena de custodia que en palabras sencillas es un sistema de aseguramiento de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada durante la fase de investigación para garantizar que aquellos y esta corresponden a lo descubierto y se preserven inalterados hasta su aducción en juicio donde podrán adquirir el carácter de prueba.

Con el advenimiento del sistema oral de enjuiciamiento criminal de carácter acusatorio tal exigencia de autenticidad, también entendida como principio de mismidad que responde a la necesidad de ofrecer seguridad de que los elementos recaudados sean lo que se dicen que son, se acentuó, al desaparecer la permanencia de la prueba que caracterizaba a los anteriores ordenamientos adjetivos en los que la Fiscalía estaba facultada para ordenar y practicar la prueba que preservaba esa condición durante todo el proceso.

Hoy, por mandato constitucional (art. 250 num 3º), la Fiscalía tiene bajo su cargo la responsabilidad de cuidar de esos elementos materiales de prueba “garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, esto

es, le compete por esta arista una doble función: (i) presentar esos elementos en el juicio para soporte de su pretensión acusatoria y (ii) preservar la mismidad de esos elementos materiales probatorios para que se conviertan en medios de prueba.

Desde esa perspectiva la cadena de custodia se convierte en el registro histórico y documentado del movimiento de esos elementos materiales de prueba entre las diferentes personas que entren en contacto con ellos y que en tal virtud adquieren la condición de custodios durante el tiempo que permanezcan en disposición de los mismos para impedir que sean destruidos, suplantados, alterados o deteriorados, dejándose constancia del estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje, envío, lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado (arts. 255 y 261).

Por razones obvias, si se trata de preservar con fines demostrativos la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia debe iniciar en el lugar donde se descubren o recauden y solo finalizara cuando así lo disponga una autoridad competente (art. 254).

El art. 257, en ese sentido, prevé que el servidor público que haya recolectado y embalado el elemento dará inicio a la cadena de custodia, siendo claro para la Sala que no es menester que se trate de funcionario de policía judicial, pues lo podría hacer otra autoridad que entre en contacto con el elemento probatorio (art. 208), incluso un particular podría ser responsable por su recolección, preservación y entrega a la autoridad, como en la hipótesis que contempla el artículo 255 relativa al personal de los servicios de salud.

Una de las objeciones de la defensa se funda en que el elemento irregular en cuyo interior se hallaba la sustancia ilegal fue tomado por el Dragoneante del INPEC TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL, con lo que estima se generó una

ruptura a la cadena porque ha debido esperar la presencia de policía judicial a lo que agrega que no hubo fijación fotográfica del elemento en el lugar de los hechos.

Al respecto la Sala recuerda, en primer lugar, que el personal de custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión por habilitación del artículo 202 ib "ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia"; competencia que el Estatuto Penitenciario y Carcelario delimita en su artículo 41 para los casos de flagrancia delictiva al interior de los centros de reclusión, o dentro del espacio penitenciario o carcelario respectivo.

Establecido esta que el 27 de junio de 2010, al concluir la jornada de visitas en el Establecimiento Penitenciario de alta seguridad de Cómbita, se efectuó una requisa a los internos antes de ingresar a sus celdas, en desarrollo de la cual terminó siendo hallado un paquete que portaba entre su cobija el acusado BOHORQUEZ SILVA, en cuyo interior se contenían marihuana y cocaína y que ese paquete fue recogido del suelo para su revisión por el Dragoneante TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL.

Pues bien, es clarísimo que le estaba permitido a la guardia del penal, en especial quien era el responsable de realizar la requisa y quien actuó como primer respondiente, el Dragoneante TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL, recolectar el elemento probatorio e iniciar la cadena de custodia, como al efecto ocurrió, pues ese es el propósito habilitante de la ley que deja abierta esa posibilidad para propiciar inmediatez en la investigación del delito en casos de flagrancia que no podría supeditarse a una formal actuación de la Fiscalía o de su policía judicial, porque en el entretanto la prueba podría perderse o alterarse.



Ningún reparo encuentra la Sala a la cadena de custodia de la evidencia incriminatoria que registra en el formato condigno el nombre y la identificación de todas las personas que han estado en contacto con esos elementos, sin que obre constancia de alteración ni pérdida de continuidad desde su inicio con TILSO JAVIER ADARME, su entrega a JOSE SILVINO ZORRO CRUZ miembro de Policía judicial, y de este al perito JULIAN JAVIER ANGANOY, que luego de practicar su informe de investigador de campo (PIPH) retornó el remanente a ZORRO CRUZ.

Ahora, respecto a la posibilidad de hacer fijación fotográfica o fílmica de esos elementos materiales probatorios para usar los registros en sustitución de los elementos en el juicio oral que autoriza el artículo 256, debe la Sala puntualizar que tal opción no se impone como condicionante de validez de la recolección, aducción y producción de la evidencia.

La defensa incurre en el error de convertir el registro fotográfico del elemento material probatorio en la cadena de custodia misma, cuando aquel es solo uno de los procedimientos del protocolo de aseguramiento de la prueba en que se hace consistir ese instituto; por lo mismo, el inicio de la cadena no lo determina el hecho de que in situ se haya producido esa fijación fotográfica del elemento probatorio sino que a partir de su hallazgo o descubrimiento el servidor público que lo encontrase hubiese adoptado las medidas de recolección, embalaje, rotulado y transporte que aseguren su autenticidad hasta que sea depositado en manos del siguiente custodio.

La verdad del aserto la refuerza con carácter normativo la resolución 0-6394 de 2004 proferida por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se adopta el manual de procedimientos del sistema de cadena de custodia para el sistema penal acusatorio, cuyo numeral 7.3.3. señala que "La policía judicial o quien haga sus veces,..., dará inicio al procedimiento de recolección, embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba o evidencias que se

hayan encontrado o aportado” y agrega que “siempre que sea posible”, se registrará fotográficamente los EMP o EF antes de su embalaje.

En este caso el hallazgo de la evidencia física representada en el elemento irregular incautado y su contenido, que se convierte en el objeto material del delito que se atribuye al acusado, se produjo en actividades propias de custodia y vigilancia por personal del INPEC en el establecimiento carcelario de Combita y de ese elemento se hizo custodio el Dragoneante TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL, iniciando el registro de la cadena de custodia, según el reporte de iniciación, pasando luego por diferentes custodios hasta arribar al almacén de evidencias.

Para la Sala en ese procedimiento no se advierte una ruptura de la cadena de custodia, en tanto, en todo momento desde el hallazgo de la evidencia física se han adoptado las medidas tendientes a preservar su autenticidad y aquello que la defensa censura, la fijación fotográfica del elemento material en el sitio de la incautación, no tiene desde una perspectiva legal la virtualidad de desvertebrar ese esquema de aseguramiento probatorio.

De acuerdo al artículo 276 la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o 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.

Para esos efectos la jurisprudencia ha distinguido entre la prueba ilícita que es la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas y la prueba ilegal que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, y en ambos casos la sanción es la exclusión; pero, cuando se trate de condiciones legales debe verificarse que

no se trate de la omisión de alguna formalidad insustancial, que no autoriza la exclusión del medio de prueba<sup>13</sup>.

En realidad, tampoco por este flanco se asoma un señalamiento de vulneración que de ninguna manera depende de la fijación fotográfica del elemento material, pues no es una condición sustancial de la prueba, a más que de lo acreditado no se observa que en la incautación de la sustancia alucinógena haya existido afectación de una garantía fundamental.

La Corte Suprema en un pronunciamiento relativo a este tópico abundó en explicaciones de la siguiente manera<sup>14</sup>:

*"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 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".*

En suma, para la Sala, las debilidades formales en la acreditación de la cadena de custodia del objeto material del delito en las que se funda la censura contra la sentencia de primer grado, no revisten una entidad sustancial que den lugar a desconocer que los 9.5 gramos de marihuana y los 17.2 gramos de cocaína hallados por el personal de guardia del establecimiento penitenciario de alta seguridad de Cóbbita eran las que llevaba consigo el acusado OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA.

---

<sup>13</sup> Sentencia de casación del 2 de marzo de 2005, R. 18.103.

<sup>14</sup> Sentencia de casación de 21 de febrero de 2007, R. 25920

**4.4.** Recapitulando, tenemos acreditado que las sustancias incautadas por la autoridad penitenciaria correspondían a cannabis sativa, marihuana o sus derivados en un peso neto de 9.5 gramos y alcaloides (clorhidrato de cocaína) con un peso neto de 17.02 gramos, sustancias de porte prohibido, salvo autorización legal.

Los testimonios ofrecidos por los funcionarios TILSO JAVIER ADARME SANDOVAL, ALEXIS FERNANDO AVILA GARAVITO y JOSÉ SILVINO ZORRO CRUZ, permiten demostrar que el interno OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA portaba esas sustancias al relatar homogénea y convincentemente las circunstancias en las que se produjo el hallazgo de ese material.

Ninguna mella hace al mérito probatorio del testimonio de los integrantes del INPEC las alegaciones infundadas del acusado, que por el contrario en buena parte refuerza los asertos de los servidores públicos, ni tampoco existe una deficiencia en la cadena de custodia que imponga desestimar el hallazgo del objeto material del delito.

En este orden de ideas concurren los elementos para confirmar la declaración de plena responsabilidad penal en contra de OSCAR MAURICIO BOHORQUEZ SILVA por encontrar la Sala presentes las condiciones exigidas por el ordenamiento punitivo para configurar el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de llevar consigo, no encontrándose su comportamiento amparado por causal alguna eximente de responsabilidad de las enlistadas en el artículo 32 del C.P.

No existiendo otros motivos de impugnación que deba el ad quem desatar ni oteando irregularidades que debamos corregir oficiosamente en cuanto las consecuencias punitivas se enmarcan en criterios de legalidad, solo resta proveer de conformidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** CONFIRMAR la providencia recurrida, de data, contenido y procedencia reseñados; en orden a lo expuesto en las motivaciones de éste proveído

**SEGUNDO.** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de CASACIÓN.

**TERCERO.** Ejecutoriado este pronunciamiento, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen

**LO DECIDIDO SE NOTIFICA EN ESTRADOS**

**JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ**  
**Magistrado**

**CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS**  
**Magistrada**

**EDGAR KURMEN GÓMEZ**  
**Magistrado**

**PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ**  
**Secretario**