

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

CADENA DE CUSTODIA/ Autenticidad de elementos materiales de prueba/ ... “la cadena de custodia se ha definido como el conjunto de procedimientos encaminados a demostrar y asegurar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, que se inicia con la autoridad que los recolecta, siendo necesario registrarse en un acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que la recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo. Sin embargo, la demostración de la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física, no solamente se demuestra con la observancia del respeto de los protocolos de la cadena de custodia, no siendo el único método de identificación, pues en el sistema procesal que nos rige existe libertad probatoria. ...” las irregularidades que se presenten en los protocolos de la cadena de custodia, no afectan la legalidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física, sino eventualmente su autenticidad, no pudiendo así generar la exclusión de la prueba por ilegalidad

CADENA DE CUSTODIA/ Exclusión de la Prueba/ “... las presuntas falencias en la cadena de custodia, no pueden ser entendidas como un problema de ilegalidad que haga viable la exclusión de la prueba, de manera que no le asiste razón al Defensor recurrente cuando erróneamente afirma que al no garantizarse la cadena de custodia la evidencia deja de ser prueba, correspondiéndole al Juez en el juicio oral excluirla o declararla nula bajo los parámetros de valoración...”

SENTENCIA No. 091

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ÁNGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta N° 119 del cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Art. 30, Núm. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, miércoles diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018), ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m.).

Proceso Nro. 152046300150201400063(2016-00049)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Tercera de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Defensor de la procesada, contra la sentencia proferida el diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja con funciones de conocimiento, mediante la cual condenó a JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO como autora responsable del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El 18 de mayo de 2014 aproximadamente a las once de la mañana, JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO ingresó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Combita a visitar al señor ORLANDO ALEXANDER PEÑA CIFUENTES, recluso en el pabellón tres, y al ser sometida al registro con el ejemplar canino de nombre “niña”, en varias oportunidades el animal dio señal positiva para estupefacientes, ante lo cual la ciudadana JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO informó a JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA quien cumplía funciones de guía canino, que portaba un elemento intravaginal y que era su voluntad entregarlo, ante lo cual tal funcionario procedió a llamar al Dragoneante ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, que una vez informado de la situación solicitó el apoyo de la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO para que recibiera el alijo, funcionaria que ingresó a uno de los baños del penal en compañía de la señora GARCÍA BUITRAGO quien le entregó a aquella un elemento en forma cilíndrica de aproximadamente 14x6 cms. envuelto en cinta aislante negra y dentro de un preservativo, del que igualmente la Dragoneante al salir de ese lugar, le hizo entrega a ESPINEL BENÍTEZ quien procedió a embalarlo y rotularlo, diligenciando el formato de cadena de custodia y haciendo la correspondiente fijación fotográfica.

Al siguiente día, 19 de mayo de 2014, en las Instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Ciudad de Tunja y a solicitud del Dragoneante ESPINEL BENÍTEZ, en presencia de éste y de la señora GARCÍA BUITRAGO, la funcionaria de policía judicial MARIANA XIMENA ARIAS CORREA realizó Prueba de Identificación Preliminar Homologada a la sustancia incautada, donde luego de abrir el alijo halló dos envolturas en bolsa plástica transparente, una que contenía una sustancia sólida de color blanco y otra con una sustancia vegetal de color verde, que arrojaron un peso bruto de 168.32 gramos, un peso neto para la sustancia vegetal de 55.98 gramos y para la sustancia sólida de 18.11 gramos, las

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

que arrojaron resultados preliminares positivos para cannabis y sus derivados y para cocaína y sus derivados, respectivamente, habiéndose remitido las muestras al Laboratorio de Química Aplicada para la práctica de la prueba pericial para la identificación de estupefacientes que fue realizada por la perito CLAUDIA NAYIBE MANRIQUE BOHÓRQUEZ, y arrojó resultados positivos para marihuana y cocaína.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PROCESADA.

JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.072.641.689 expedida en Chía y preparación en Cajicá-Cundinamarca, nacida en el municipio de Chía (Cundinamarca) el 31 de octubre de 1986, hijo de MARÍA MERCEDES BUITRAGO y PEDRO GARCÍA, soltera, para la fecha de los hechos: madre de un hijo, empleada en flores, residía en la Vereda Cerca de Piedra, sector Lavaderos del Municipio de Chía- Cundinamarca, escolaridad hasta grado octavo de bachillerato.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 19 de mayo de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita con Funciones de Control de Garantías, llevó a cabo la audiencia en la que se legalizó la captura en flagrancia de JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO¹, a quien la Fiscalía 08 URI de Tunja, le formuló imputación como autora del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes establecido en el inciso segundo del artículo 376 del C.P., modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, con la circunstancia de agravación establecida en el numeral 1 literal B del artículo 384 del C.P. cargos que no fueron aceptados por la imputada, diligencia en la cual la fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento impetrada al considerar que no se reunían los requisitos constitucionalmente admisibles para su imposición, siendo decretada la libertad inmediata de la capturada.

Presentado el escrito de acusación el 28 de mayo de 2014², el conocimiento fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, llevándose a cabo la audiencia de formulación de acusación el 25 de septiembre

¹ Fls. 4-7 y CD, c. audiencias preliminares.

² Fls. 1-4

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

de 2014³, donde la Fiscalía 12 Seccional de Tunja formuló acusación en contra de JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO por los mismos cargos de la formulación de imputación.

La audiencia preparatoria se realizó el día 20 de marzo de 2015⁴, en la que al decretarse las pruebas a practicar en el juicio oral, de las solicitadas por la Fiscalía, entre otras, se decretó la declaración del perito que realizaría el estudio de ratificación de la sustancia incautada y el informe base de opinión pericial, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, no reponiéndose por la primera instancia y siendo confirmada en interlocutorio Nro. 029 del 22 de mayo de 2015 leído en audiencia del 27 del mismo mes y año⁵, proferido por esta Sala de Decisión.

El juicio oral se tramitó en sesiones del 13 de agosto, 15 de octubre y 10 de diciembre de 2015⁶, en la última sesión anunciándose el sentido del fallo condenatorio por la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dándose lectura a la sentencia en la misma fecha, contra la cual la Defensa interpuso y sustentó por escrito el recurso de apelación⁷, concedido en el efecto suspensivo ante este Tribunal en auto del 19 de enero de 2016⁸, y asignado por reparto el conocimiento del asunto en segunda instancia a la Sala Tercera de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja condenó a JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el inciso 2 del artículo 376 del C.P., agravado por la circunstancia contenida en el literal b, del numeral 1 del artículo 384 del C.P. imponiéndole la pena principal de ciento ocho meses (108) meses de prisión, multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la pena

³ Fls. 16-17 y CD.

⁴ Fls. 25-27 y CD.

⁵ 37-51 y CD.

⁶ Fls. 58-59, 63-65, 79-81 y 3CDs.

⁷ Fls. 83-85

⁸ Fl. 86

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal, negándole la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

El Juez concluyó que la Fiscalía había logrado acreditar que JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO fue aprehendida en posesión directa de sustancias estupefacientes, detención que fue realizada por el uniformado del INPEC JAIRO ADELMAR PINILLA PEDRAZA, quien fungía como guía canino y se encontraba en compañía del ejemplar de nombre “Niña” cuando la acusada dio positivo para dicha sustancia, en varias oportunidades, ante lo cual la ciudadana aceptó de manera voluntaria que llevaba consigo un elemento y que era su deseo entregarlo.

Señaló que la versión de la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA daba cuenta que el servidor de Policía Judicial ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, la llamó al salón de requisas de visitantes femeninas informándole que la acusada llevaba un elemento, por lo que aquella se desplazó en compañía de ésta al baño, quien le hizo entrega de un elemento envuelto en látex, funcionaria que indicó que después de recibir el elemento procedió a introducirlo dentro de una bolsa transparente, y a elaborar el acta de incautación, haciendo entrega del elemento que contenía estupefacientes al dragoneante ESPINEL BENÍTEZ.

Precisó que si bien no se firmó acta de entrega conforme lo reclama la Defensa, ello no desdibuja que se trate del mismo elemento, siendo posible advertir la relación directa entre el elemento incautado a la mujer y examinado en su presencia, al que se hizo el pesaje, de lo cual daba cuenta la Prueba de Identificación Preliminar Homologada.

Indicó que la materialidad del acto injusto fue acreditada por los testimonios de quienes tuvieron conocimiento directo del hecho, esto es, de JAIRO ALDEMAR PINILLA, quien indicó que al hacer el registro de la visitante JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO ésta dio señal positiva en repetidas ocasiones, mujer que reconoció que en su cuerpo llevaba estupefacientes, lo que fue corroborado por CLAUDIA PATRICIA HERMIDA a quien la acusada le hizo entrega de un elemento de forma ovoide envuelto en látex que finalmente fue trasladado a ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, que punzó tal elemento, observando que contenía una sustancia vegetal con características similares a la marihuana y

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

una sustancia blanca pulverulenta con características similares a la cocaína, sustancias que al ser sometidas al análisis pericial realizado por MARIANA XIMENA ARIAS CORREA, dieron resultados positivos para marihuana y cocaína con los pesos arrojados en el informe respectivo.

Señaló que el comportamiento estudiado resultaba típico de conformidad con el artículo 376 del C.P. y agravado de conformidad con el literal b del numeral 1 del artículo 384 del C.P., por realizarse la conducta en un establecimiento carcelario, sanción penal que al igual que las contenidas en los artículos 376 y ss del estatuto penal, era producto de un compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada mediante la ley 67 de 1993.

Concluyó que el comportamiento desplegado por la procesada resultaba lesivo porque la cantidad de cannabis y sus derivados así como de cocaína portada por la acusada y que tenía como destino el interior de la cárcel, mostraba suficiencia para afectar el bien jurídico de la salud pública, poniéndose en riesgo a personas en proceso de resocialización, presunción que se sustentaba en la cantidad misma del estupefaciente encontrado, como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 38285 del 11 de julio de 2012.

Finalmente indicó que el comportamiento de la procesada resultaba reprochable porque se desvaloraba el hecho que poseyera o llevara consigo con ánimo de introducir al penal la sustancia estupefaciente, la cual llevaba al interior de su cuerpo, con conocimiento de lo antijurídico de su actuar y con la voluntad de realizar la conducta de forma dolosa, a quien le era exigible abstenerse de ejecutar ese tipo de actos.

En la dosificación de la pena el *a quo* dijo que la consecuencia punitiva conforme al tipo penal enrostrado era de prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses y multa de dos a ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, mínimo que debía ser duplicado por disposición legal, quedando el mínimo en 128 meses de prisión y el máximo en 108 meses, debiendo hacerse una inversión de los extremos punitivos en acatamiento a lo dispuesto por la Corte

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Constitucional en la sentencia C-1080 de 2002 y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 12579 del 11 de abril de 2012.

Con fundamento en lo anterior señaló que el ámbito de movilidad oscilaba de 108 a 128 meses de prisión, determinando los cuartos, seleccionando el cuarto mínimo por no tener circunstancias genéricas de mayor punibilidad, fijando la pena de prisión en el mínimo de 108 meses, teniendo en cuenta la cantidad de estupefaciente encontrada e incautada, el daño potencial causado a los internos de la cárcel, altamente vulnerables a ese tipo de actos, la prevención general de ese tipo de actos y la respuesta proporcional del legislador al injusto.

Respecto a la multa, de 2 a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, duplicó el mínimo en aplicación del artículo 384 del C.P., quedando de 4 a 150 que, con las mismas consideraciones de la pena de prisión, la fijó en el mínimo de 04 salarios mínimos mensuales legales vigentes; y como pena accesoria le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, es decir nueve años.

Le negó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, al considerar que la pena impuesta superaba el monto objetivo previsto en el artículo 63 del C.P. de 48 meses de prisión, y que la pena prevista del tipo penal superaba el monto establecido en el artículo 38B del mismo estatuto, de ocho años de prisión, a más de tratarse de uno de los delitos excluidos en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P. para el beneficio, por lo cual GARCÍA BUITRAGO debía purgar su pena en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mujeres señalado por el INPEC, por lo cual libró de forma inmediata orden de captura para el cumplimiento intramural de la pena impuesta a la acusada.

2.- Del motivo de la apelación.

2.1.- El Defensor de JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, sustentó la apelación solicitando que se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva a la procesada, con los siguientes argumentos, en resumen:

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Refiriéndose a la captura de la procesada, señaló que fue realizada por agentes del INPEC que de acuerdo a su dicho tenían preparación en ese tipo de situaciones, procedimiento que fue coordinado por agentes de policía judicial de esa misma institución.

Precisó que revisado el procedimiento y los soportes de los elementos materiales probatorios y evidencia física que en su momento fueron recopilados y que posteriormente se convirtieron en prueba al ser incorporados al proceso, se advierte que el primer agente del Estado que entró en contacto con la acusada fue el dragoneante JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, quien al hacer la requisa en compañía de un canino advirtió que la acusada dio positivo, arribando después el policial ANDRÉS ESPINEL con el dragoneante RAFAEL SABOGAL quienes pusieron en conocimiento de la usuaria sus derechos, quien hizo entrega en el baño de un elemento cilíndrico a la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO.

Así entonces, quedó claro que el primer agente del Estado que tuvo contacto con el elemento cilíndrico incautado fue la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO y que el agente de Policía Judicial ANDRÉS ESPINEL fue quien adelantó el procedimiento, funcionario que no le recibió declaración a HERMIDA PRIETO cuando ésta le hizo entrega del envoltorio, sin que se demostrara que el objeto entregado por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO a la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO fuera el mismo que ella entregó al Policía Judicial ANDRÉS ESPINEL, lo que genera duda sobre la mismidad del elemento incautado que arrojó un resultado positivo para marihuana.

Teniendo en cuenta que en la Ley 906 de 2004 se estableció la cadena de custodia como un instrumento para garantizar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas y demostrar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad y registro de ellos; al Juez le corresponde hacer un juicio de valor y establecer si esos principios, procedimientos o fundamentos se han cumplido a cabalidad o si han sido vulnerados, caso en el cual la consecuencia debe ser asumida por el elemento material probatorio o evidencia física.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Que los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004, autorizaron a la Fiscalía a reglamentar lo referente a la cadena de custodia en aras de asegurar que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas sean los mismos que dieron origen al proceso y que se recaudaron dentro del mismo, habiéndose reconocido en la sentencia con radicación 35173 del 9 de marzo de 2011 que cuando no se garantiza la cadena de custodia la evidencia deja de ser prueba, correspondiéndole al Juez en el juicio oral excluirla o declararla nula bajo los parámetros de valoración.

En el caso estudiado, dice el recurrente, resultaba importante preservar la cadena de custodia ante la destrucción del elemento probatorio incautado, la cual hubiese permitido que la fiscalía acreditara la mismidad y autenticidad del elemento, es decir, que se trataba del mismo elemento y no de otro.

Por tanto, como en el caso concreto la usuaria de la Defensoría entregó un elemento a la dragoneante HERMIDA PRIETO, pero no existe documento alguno que acredite que tal funcionaria hubiese hecho entrega de dicho objeto, o que algún funcionario lo hubiese recibido, se genera una duda razonable respecto de la mismidad del elemento, la cual debe resolverse a favor de la encartada, sin que pueda llevarse a juicio al funcionario para que mediante su testimonio corrija los errores que cometió en la recolección y embalaje del elemento incautado, máxime cuando se trata de empleados capacitados para tal fin.

2.2.- Los no recurrentes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y Presupuestos Procesales.

Por la naturaleza del delito por el que se formularon cargos y se condenó a la acusada, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales del Circuito y por el factor territorial al de Tunja, por haber tenido ocurrencia los hechos en esta jurisdicción, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 36(núm. 2), 34 (núm.), 42, y 43, del C. de P.P.).

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y el Defensor tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto en la audiencia de su lectura y sustentándolo por escrito dentro del término. (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 124 y 125 del C. de P. P.).

Por lo demás, no se observa ninguna irregularidad sustancial violatoria de garantías fundamentales de las partes e intervinientes que conlleve a la declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado, siendo procedente resolver el recurso con una decisión de fondo.

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 20 del C. de P.P., el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, lo que implica que la Sala no puede agravar la situación de la acusada, siendo apelante único; a más que dentro de la limitación de la segunda instancia, tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

Con este preámbulo, la Sala analizará los cuestionamientos del apoderado de la defensa, que considera que no se acreditó que el elemento incautado a la acusada fuese el mismo que arrojó resultados positivos para marihuana y cocaína, porque existieron irregularidades en la cadena de custodia, que impiden arribar a la certeza respecto de la responsabilidad de la acusada en los hechos por los cuales se le acusó.

2.1.- Pruebas

Como pruebas se practicaron e incorporaron al juicio oral, las siguientes:

Estipulaciones Probatorias:

Se acordó entre la Fiscalía y la Defensa aceptar como hecho probado:

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

La plena identificación e individualización de la acusada JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, con cedula de ciudadanía No. 1.072.641.689 expedida en Chía y preparada en Cajicá- Cundinamarca, nacida el 31 de octubre de 1986 en Chía- Cundinamarca, hija de PEDRO GARCÍA y MARIA MERCEDES BUITRAGO, trabajadora en flores, con 1.44 metros de estatura, contextura gruesa, tez trigueña, residente en la Vereda Cerca de Piedra del municipio de Chía Cundinamarca; lo cual se acreditó con la fotocopia de la contraseña de la cédula de ciudadanía, tarjeta de preparación de la cédula, tarjeta decadactilar, y registro fotográfico de la acusada⁹.

Testimonios:

1.- **JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA**¹⁰, empleado del INPEC desde el 11 de julio de 2001, con grado de escolaridad bachiller, ha prestado sus servicios en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita, donde se desempeña como guía canino, desde mayo de 2006. De los hechos investigados, en resumen, declaró lo siguiente:

El 18 de mayo de 2014 se encontraba de servicio en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Combita realizando la labor de guía canino para el registro de los visitantes, presentándose una novedad con la señora JENNY GARCÍA BUITRAGO, quien se presentó aproximadamente a las 11 de la mañana exhibiendo el volante que la identificaba como visitante del señor ORLANDO PEÑA, recluso en el patio tercero de dicho Establecimiento, persona a quien le realizó registro con la ejemplar canino de nombre “niña” (especializada en la búsqueda de sustancias narcóticas), que dio señal positiva en JENNY GARCÍA BUITRAGO, persistiendo en la señal luego de repetir el procedimiento.

La señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO se puso nerviosa al ver la señal insistente en el ejemplar, manifestando que portaba un elemento prohibido y que tenía la voluntad de entregarlo, razón por la cual llamó al funcionario ANDRÉS ESPINEL, quien acudió en compañía de un agente de apellido SABOGAL y una

⁹ Fls. 1-11, prueba Nro. 1, c. pruebas.

¹⁰ Registro CD de audio obrante a folio 59, a partir del minuto 20'00" pista uno, sesión del juicio oral del 13 de agosto de 2015.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

vez informado de la situación le pidió a la funcionaria CLAUDIA HERMIDA PRIETO que recibiera el elemento que portaba aquella señora.

Afirmó haber observado el elemento entregado por GARCÍA BUITRAGO a la funcionaria CLAUDIA HERMIDA PRIETO, que consistía en un paquete cilíndrico más o menos de 14 x 6 centímetros, envuelto en cinta negra y que se encontraba dentro de un preservativo, el cual fue entregado por la funcionaria HERMIDA PRIETO al funcionario de Policía Judicial.

Con ocasión al procedimiento señalado, elaboró el informe de primer respondiente, en el cual relacionó los hechos ocurridos con la señora JENNY GARCÍA el 18 de mayo de 2014, documento que al ser exhibido por la Fiscalía lo reconoció.

Respecto a la manera en que la señora GARCÍA BUITRAGO ingresó al Establecimiento Penitenciario, el testigo indicó que los internos deben relacionar el personal autorizado para visitas, calidad que es verificada en la puerta del Establecimiento, donde se hace entrega al visitante de un volante que debe ser presentado cuando se ingresa al registro canino, y en el presente caso la señora GARCÍA BUITRAGO al ingresar al registro canino, presentó un volante en el que aparecía como visitante de ORLANDO PEÑA interno en el pabellón 3, documento que dijo correspondía al que le fue puesto de presente por la Fiscalía.

Al contrainterrogatorio que le hiciera la Defensa, el testigo indicó que quien recibió el elemento que portaba la acusada, fue la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO y que la señora a quien realizó la requisa firmó el consentimiento ante ANDRÉS ESPINEL, actuación que relacionó en su informe porque también se encontraba presente cuando se realizó el procedimiento.

No vio cuando la señora GARCÍA BUITRAGO hizo entrega del elemento al que hace referencia, porque se realizó en el baño donde se llevaba a cabo el registro; tampoco tuvo el elemento en sus manos, lo vio porque la Dragoneante lo llevaba en una bolsa transparente que le permitía observar.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Ha sido preparado como primer respondiente para rendir informes de esa naturaleza, no recordó cuántos informes había rendido, pero aproximadamente hay una captura mensual.

Dentro de su informe indicó que el elemento encontrado consistía en un elemento de forma cilíndrica e irregular de 14 x 6 centímetros aproximadamente y envuelto en cinta de color negro dentro de un preservativo, que contenía una sustancia de color verde por determinar porque cuando el funcionario ANDRÉS ESPINEL hizo la verificación del elemento, eso fue lo que se observó y así lo consignó en su informe pese a que no recolectó el elemento, porque vio que esas eran las características el elemento.

En el redirecto, ratificó haber consignado en el informe de primer respondiente lo que ocurrió.

Con este testigo se incorporaron los siguientes documentos:

1.1.- Fotocopia de la boleta de visita de fecha 18 de mayo de 2014¹¹, en el que se indica: nombre visitante GARCÍA BUITRAGO JENNY VIVIANA, identificada con cedula de ciudadanía No. 1072641689, e interno PEÑA CIFUENTES ORLANDO ALEXANDER, patio 3, pasillo 2B, celda 94, N.U. 239841 y T.D. 10230605, vínculo amigo.

1.2.- Informe de Actuación de Primer Respondiente de 18 de mayo de 2014¹², hora 11:35 a m., donde aparece como lugar de los hechos el Kilómetro 17 vía Tunja- Paipa, Penitenciaria de Mediana Seguridad, bloque administrativo, Área de requisa con binomios caninos, y figura como persona capturada JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.072.641.689 y como testigo de los hechos y primer respondiente el Dragoneante JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, en cuyo acápite narración de los hechos se consigna:

“Respetuosamente me dirijo a su despacho informando lo sucedido el día de hoy 18-05-2014, siendo las 11:00 horas, encontrándome de servicio de

¹¹ Fl. 12, prueba Nro. 2, c. pruebas.

¹² Fls. 13-14, prueba Nro. 3, c. pruebas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

control de requisita con el binomio canino en compañía del can de nombre niña de raza pastor alemán de especialidad detección de sustancias narcóticas y guiado con su respectiva trailla y collar, al momento de registrar a la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO identificada con la cedula de ciudadanía 1.072.641.689 de Chía- Cundinamarca, quien ingresaba como visitante del interno ORLANDO ALEXANDER PENA CIFUENTES TD 30605 recluido en el pabellón 3 de la Penitenciaría de Mediana Seguridad de Cómbita el Barne, dicha can da señal positiva en la mencionada visitante, a lo que esta manifiesta llevar algo consigo más exactamente en sus partes íntimas (vía intravaginal), de inmediato se solicita a la Unidad de Policía Judicial, haciendo presencia el distinguido ANDRÉS ESPINEL y el dragoneante RAFAEL SABOGAL BERNAL, quienes le ponen de conocimiento sus derechos a la mencionada, y esta de manera libre y voluntaria decide hacer entrega del elemento en mención, firma el acta de consentimiento y de entrega voluntaria del elemento, posteriormente hace entrega a la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO del siguiente elemento: (01) un elemento de forma cilíndrica irregular de 14x6 centímetros aproximadamente, contiene una sustancia vegetal de color verde por determinar, quedando a disposición de la unidad de policía judicial, quienes realizan los respectivos actos urgentes.”

2.- **ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ**¹³, funcionario del INPEC desde el 14 de agosto de 1997, presta sus servicios en el Complejo Penitenciario de Mediana y Alta Seguridad de Combita, desempeña el cargo de Dragoneante Distinguido, posee el curso básico de Policía Judicial. De los hechos objeto de investigación y de los que formuló la denuncia correspondiente, en resumen, señaló:

Para el 18 de mayo de 2014 se encontraba laborando en el Complejo Penitenciario de Mediana y Alta Seguridad de Combita, ese día se presentó una novedad aproximadamente a las 11:00 horas, con relación a la requisita de las visitas femeninas, incautándose una sustancia estupefaciente a la visitante JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO.

Se encontraba en cercanías al sitio de visitas disponible para cualquier eventualidad, cuando el Dragoneante JAIRO PINILLA lo llamó mediante radio

¹³ Registro CD de audio obrante a folio 59, a partir del minuto 50'54" pista uno, sesión del juicio oral del 13 de agosto de 2015.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

informándole que existía una visitante a la cual uno de los perros le había dado señal, señora que manifestaba tener algo dentro de sus partes íntimas, es decir vía vaginal, y quien se encontraba en el área de requisita ubicada en el primer piso, en el bloque administrativo de Mediana Seguridad, por lo que se dirigió al sitio.

Cuando llegó, el dragoneante le comunicó que la señora había manifestado tener un elemento consigo y que quería hacer entrega de él, por lo que procedió a llamar a una de las dragoneantes para que recibiera el elemento, solicitando el apoyo de CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, quien ingresó a uno de los baños del primer piso en compañía de la señora; funcionaria que al salir del baño le hizo entrega de un elemento en forma cilíndrica de aproximadamente 14 por seis centímetros envuelto en cinta aislante negra y dentro de un preservativo, elemento que procedió a embalar y rotular, haciendo la correspondiente fijación fotográfica; cuando recibió el elemento se dio cuenta que la señora GARCÍA BUITRAGO se encontraba algo nerviosa.

Luego de verificar el contenido del elemento notificó sus derechos a la acusada, diligenciándose el acta de buen trato, documento firmado por la señora GARCÍA BUITRAGO, quien no manifestó objeción, e igualmente recibió un documento suscrito por la señora GARCÍA BUITRAGO en el que manifestaba su deseo de entregar un elemento.

No recordó con exactitud quién fue la funcionaria del CTI que elaboró la prueba de PIPH, diligencia en la que estuvo presente, arrojando positivo para marihuana y sus derivados y la sustancia en polvo para cocaína y sus derivados, sin recordar el peso exacto que arrojó tal sustancia, elaborándose el informe del perito que también fue suscrito por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO sin objeción alguna.

Previo reconocimiento y lectura del contenido, con este testigo, funcionario de policía judicial del INPEC, se incorporaron los siguientes documentos:

2.1.- Formato Único de Noticia Criminal del 18 de mayo de 2014¹⁴, en el que aparece como denunciante: ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, denunciada: JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, delito: tráfico, fabricación o porte de

¹⁴Fls. 18-19, prueba Nro. 4, c. pruebas

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

estupefacientes agravado, artículos 376 numeral 2 y 384 del C.P., fecha y lugar de los hechos: mayo 18 de 2014, Kilómetro 17 Vía Tunja- Paipa, Penitenciaría de Mediana Seguridad, suscrito con firma ilegible por el denunciante ANDRÉS ESPINEL; en el que en el acápite de los hechos se consigna lo siguiente:

“Adjunto a la presente me permito informar que siendo las 11:05 horas de hoy 18-05-2014 es solicitada la presencia de la Unidad de Policía Judicial en el área de requisa con binomios caninos de la penitenciaría de mediana seguridad de Combita el Barne, allí el dragoneante JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA del servicio de control de requisa con binomio canino en compañía del can de nombre niña de raza Pastor Alemán de especialidad detección de sustancias narcóticas y guiada con su respectiva trailla y collar , al momento de registrar a la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO identificada con cédula de ciudadanía No. 1.072.641.689 de Chía- Cundinamarca, quien ingresaba como visitante del interno PEÑA CIFUENTES ORLANDO ALEXANDER TD 30605 recluido en el pabellón tres de la Penitenciaría de Mediana Seguridad de Combita el Barne, dicha ejemplar da señal activa en la mencionada visitante, a lo que ésta manifiesta llevar un elemento consigo, más exactamente en sus partes íntimas (vía intravaginal), de inmediato solicitó a la Unidad de Policía Judicial, haciendo presencia el suscrito distinguido ANDRÉS ESPINEL y el dragoneante RAFAEL SABOGAL, allí le pongo en conocimiento sus derechos a la mencionada, y ésta de manera libre y voluntaria decide hacer entrega del elemento, el cual luego entrega a la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, tratándose de (01) elemento de forma cilíndrica irregular de 14x6 centímetros aproximadamente, envuelto en una cinta de color negro y dentro de un preservativo que contiene una sustancia vegetal de color verde por determinar. Se eleva el acta de incautación al EMP y EF, se leen y diligencian el acta de derechos del capturado constancia de buen trato, los cuales (sic) firmados por la mencionada, se realiza el registro fotográfico del elemento incautado, prosiguiendo así con los actos urgentes del caso”.

2.2.- Acta de Derechos del Capturado y constancia de buen trato¹⁵, de 18 de mayo de 2014 a las 11:25 en el Kilómetro 17 vía Tunja- Paipa- Penitenciaría El Barne, indicándose que en tal lugar y hora se cumplió el procedimiento de captura de la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, identificada con

¹⁵ Fl. 20, prueba Nro. 5, c. pruebas

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

cedula de ciudadanía No. 1.072.641.689 de Chía, donde nació el 31 de octubre de 1986; documento en el que aparece firma ilegible de la capturada y del servidor ANDRÉS ESPINEL.

2.3.- Oficio No. 296366 del 18 de mayo de 2014, dirigido al funcionario de Policía Judicial INPEC Dragoneante ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, suscrito por el Patrullero EDWIN JAHIR SALCEDO PATIÑO, Consultor de la Base de Datos SIJIN – METUN¹⁶, en el que se dice que consultada la información Sistematizada de Antecedentes Penales de la Policía Nacional, de la señora GARCÍA BUITRAGO YENNY BIBIANA identificada con cédula de ciudadanía No. 10722641689 aparece registrada una anotación del Juzgado Penal del Circuito Número 1 de Zipaquirá mediante oficio del 05 de septiembre de 2012, donde se comunica orden de captura dentro del proceso 201280039 por los delitos de concierto para delinquir y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

2.4.- Escrito manuscrito de 18 de mayo de 2014, suscrito por JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO¹⁷ en el que se afirma que, conocidos sus derechos, decide libremente y sin ningún tipo de presión, hacer entrega de un elemento que tiene dentro de su cuerpo, a la Dragoneante del INPEC.

2.5.- Acta de consentimiento¹⁸ de 18 de mayo de 2014 a las 11:08, para la entrega voluntaria de un elemento, suscrito por JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO; documento que dijo el testigo, entregó a dicha señora para que fuese diligenciado con su puño y letra, el que fue elaborado en su presencia en el sitio de la requisita donde aquella consignó su firma y huella, manifestando entregar un elemento.

2.6.- Álbum fotográfico¹⁹ de 18 de mayo de 2014, a las 14:00 horas, en el que se aparecen siete registros fotográficos, los seis primeros del elemento incautado a la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO donde se muestra un paquete en forma cilíndrica envuelto en plástico o cinta negra y plástico transparente, evidencia embalada y rotulada, y el último registro corresponde al

¹⁶ Fl. 21, prueba Nro. 6, c. pruebas

¹⁷ Fl. 22, prueba Nro. 7, c. pruebas

¹⁸ Fl. 23, prueba Nro. 8, c. pruebas

¹⁹ Fls. 23-27, prueba Nro. 9, c. pruebas

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

formulario de cadena de custodia de la evidencia, donde se señala que la recolección de la evidencia fue por el funcionario de policía judicial del INPEC ANDRÉS ESPINEL.

En el contrainterrogatorio que le hizo la Defensa, dijo el testigo que en el curso básico de policía judicial que recibió se le instruyó respecto a la recolección de evidencias, fotografías y entrevistas; en el presente caso, quien recibió el elemento fue la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA, no vio cuando esta funcionaria recibió el elemento; la señora JENNY VIVIANA le entregó el documento elaborado en su presencia por el puño y letra de dicha señora quien lo suscribiera y donde dio su consentimiento para la entrega del elemento, sin que dejara constancia del recibido, habiéndole suministrado la hoja que utilizó pero sin que nadie le indicara cómo tenía que elaborarlo.

En la denuncia dijo haberle dado a conocer los derechos a la denunciada, quien manifestaba que iba hacer entrega de un elemento, haciéndole énfasis en que tenía derecho a guardar silencio hasta tanto estuviera representada por un abogado, decidiendo la señora GARCÍA BUITRAGO hacer entrega del elemento que dijo llevar dentro su cuerpo, a pesar de habersele dicho que podía entregarlo o retirarse del lugar.

Respecto a la posibilidad que la señora saliera del establecimiento, el testigo precisó que pese a que aquella había manifestado la intención de entregar un elemento que era estupefaciente, atendiendo las señales dadas por el perro, no podía obligarla a permanecer en tal lugar, porque en el establecimiento no contaban con un método de rayos X para verificar la sustancia que portaba, por lo cual si la señora hubiese querido salir del Establecimiento, se hubiese hecho entrega de ella a la Policía para que realizara el trámite correspondiente.

Se le garantizó el derecho a estar asistida por un Abogado, porque cuando arribó a la URI de la Fiscalía, lo que ocurrió aproximadamente 20 minutos después de entregar el elemento, procedió a buscar al representante del Ministerio Público y de la Defensoría Pública que allí se encontraban.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Le solicitó a GARCÍA BUITRAGO diligenciar el acta de consentimiento para que hiciera entrega del elemento a la funcionaria CLAUDIA PATRICIA HERMIDA, documento en el que no aparece su firma en calidad de Policía Judicial porque quien estaba autorizando entregar el elemento era la señora; en dicho formato existe un espacio donde se indica servidor responsable de examen o toma de muestra, pero en este caso no se trataba de un examen o una muestra corporal, sino la entrega voluntaria de un elemento; en tal documento solo diligenció lo correspondiente al número de noticia criminal, fecha, hora y lugar, es decir, el documento fue elaborado entre el testigo y la señora GARCÍA BUITRAGO.

Reconoció el álbum fotográfico que realizó a pesar de no tener su firma; quien le entregó el elemento incautado fue la dragoneante CLAUDIA PATRICIA, a quien no le recibió entrevista; sabe que la recepción de un elemento debe hacerse con el acta de incautación y la cadena de custodia que debe ser diligenciada por la persona que lo recolectó, que en este caso fue la dragoneante CLAUDIA, documento que él realizó porque fue la persona que rotuló y embolsó dicho elemento que se lo entregó aquella funcionaria dentro de una bolsa ziploc cerrada, procediendo a colocarle el rótulo de la evidencia, sin que le recibiera entrevista a aquella dragoneante por la premura para salir hacia la URI.

En el redirecto, el testigo reiteró que elaboró el álbum fotográfico que no firmó, pero fue el que hizo parte de los documentos que adjuntó como policía judicial.

3.- **CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO**²⁰, Dragoneante del Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, entidad para la que ha laborado por quince años para cuando declaró, prestando sus servicios en el Establecimiento de Alta y Mediana Seguridad de Combita desde hacía 10 años, es Abogada responsable del área jurídica de dicho Establecimiento. De los hechos investigados, señaló:

Recordó que para el 18 de mayo de 2014 se encontraba de turno y le correspondió la labor de requisita del personal femenino en el área de Mediana

²⁰ Registro CD de audio obrante a folio 59, a partir del minuto 00'01" pista tres, sesión del juicio oral del 13 de agosto de 2015.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Seguridad de tal Establecimiento, presentándose una novedad con una visitante y el guía canino, siendo requerida por la Unidad de Policía Judicial, es decir, por el distinguido ANDRÉS ESPINEL para que recibiera un elemento que era portado por la visitante JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, lo que ocurrió aproximadamente a las 11:10 de la mañana.

Precisó que el procedimiento que realizó consistió en acudir al sitio donde se encontraba el guía canino, lugar en el que le informaron que la señora llevaba un elemento de prohibida tenencia, por lo cual se trasladó en su compañía al baño ubicado en la parte administrativa, en donde GARCÍA BUITRAGO le hizo entrega de un elemento cilíndrico envuelto en cinta aislante de color negro y en un preservativo, persona que no le realizó ninguna manifestación al respecto, procediendo a introducir el elemento recibido en una bolsa transparente ziploc que de inmediato entregó al Distinguido ESPINEL, una vez que salieron con la señora del baño, a más de haber elaborado el acta de incautación estando presente tanto la señora GARCIA BUITRAGO como el Distinguido ANDRÉS ESPINEL, observando que la señora se encontraba nerviosa por la situación que se estaba presentando, persona que firmó el documento sin reparo alguno.

Previo reconocimiento y lectura del contenido, con esta testigo se incorporó el acta de incautación²¹ de 18 de mayo de 2015 a las 11:15, suscrita por ella con firma ilegible en calidad de funcionaria del INPEC y por JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO con firma legible, como poseedora, donde se dice que en dicha fecha y hora en Combita aquella funcionaria de Policía Judicial, procedió a incautar un elemento de forma cilíndrica irregular de 14x6 centímetros aproximadamente, envuelto en cinta de color negro y dentro de un preservativo, que contiene sustancia vegetal de color verde por determinar.

Al contrainterrogatorio que le hiciera la Defensa, la testigo precisó que para la época en que realizó la incautación cumplía la función de dragoneante dentro del INPEC, fue quien recibió un elemento de la señora GARCÍA BUITRAGO, el que introdujo en una bosa ziploc transparente que previamente le fue entregada por la Unidad de Policía Judicial, la que tenía un cierre que podía abrirse sin romperse, haciéndole entrega del elemento incautado al Distinguido ESPINEL BENÍTEZ.

²¹ Fl. 28, prueba Nro. 10, c. pruebas

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Prueba pericial:

1.- **CLAUDIA NAYIBE MANRIQUE BOHÓRQUEZ**²², Perito Forense del Laboratorio de Estupefacientes de la Regional Bogotá del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Ingeniera Química con especialización en medio ambiente, habiendo realizado otros cursos en instrumentación química, cromatografía de gases, calidad, para cuando declaró cursaba una maestría en gestión de calidad, vinculada con el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde hacía dos años, para el año 2014 realizaba las mismas funciones como perito forense del laboratorio de estupefacientes en dicho Instituto.

Con la testigo perito, previo reconocimiento y lectura, se incorporó el informe pericial de estupefacientes de fecha 16 de marzo de 2015, por ella suscrito²³, emitido para el proceso adelantado contra JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, donde se consignó haber recibido una muestra de materia vegetal seco y una muestra sólida pulverulenta de color habano, para que se realizara el respectivo análisis, describiendo el método empleado, instrumentos utilizados, interpretación de resultados, donde se concluyó que en una muestra se encontró marihuana y en la otra muestra se encontró cocaína, certificando la cadena de custodia de dichas muestras.

En el interrogatorio, dio a conocer el procedimiento realizado para emitir el dictamen pericial, muestras que recibió con la cadena de custodia como elemento fundamental para que fueran recibidas por el Instituto para que un perito hiciera el análisis, habiendo realizado varios tipos de análisis para el estudio científico: el primero de pruebas preliminares y de reacciones características de sustancias controladas, reacciones químicas que permiten determinar la presencia de elementos o grupos químicos característicos los cuales arrojan coloraciones o características específicas, en la muestra uno con identificación de cannabinoides y en la muestra dos con identificación de cocaína; para el segundo análisis cualitativo empleando la técnica instrumental de laboratorio de cromatografía de gases acoplada a masas, encontrando en la muestra uno, iones característicos del Delta -9- tetrahidrocannabinol, presente en

²² Registro CD de audio obrante a folio 63, a partir del minuto 21'37" pista uno, sesión del juicio oral del 15 de octubre de 2015.

²³Fls. 29-30, prueba Nro. 1 pericial, c. pruebas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

la marihuana, y en la muestra dos, los iones encontrados correspondieron a las características de la cocaína.

Respecto a la probabilidad de certeza suministrada por el peritaje realizado, la testigo indicó que durante el análisis se realizaron pruebas de tipo orientación que son las preliminares y pruebas de certeza que son las que se realizan a través de los instrumentos especializados como el cromatógrafo de gases con detector de masas, instrumento que permite identificar la sustancia que posee la muestra mediante la interpretación de espectrometría de masas, de lo cual se puede concluir que la mezcla de las pruebas preliminares más las instrumentales otorga una certeza del 100% de que las muestras recibidas corresponden a lo que se encontró y se plasmó en las conclusiones.

2.- **MARIANA XIMENA ARIAS CORREA**²⁴, funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, con una antigüedad de seis años y once meses para cuando declaró, adscrita a la sección de investigaciones, laborando con las Fiscalías Seccionales, profesional en economía.

Para el año 2014 se encontraba adscrita a la sección de Investigaciones del CTI de Tunja, desempeñando funciones como Policía Judicial actuando en investigaciones de radicado y atendiendo actos urgentes, para el 18 de mayo de ese año, en ejercicio de esas funciones, se desplazó a la URI por solicitud de la Coordinadora de la Sección de Investigaciones a efectos de efectuar un apoyo en pruebas preliminares homologadas, tema sobre el que ha recibido capacitación desde el año 2009, realizando los diferentes informes de PIPH a las pruebas que le corresponde realizar.

Recordó que para el 18 de mayo de 2014, realizó la prueba de PIPH a una sustancia que le fue incautada a la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, la que le fue entregada por un Dragoneante del INPEC quien elevó solicitud con el fin que se realizara Prueba de Identificación Preliminar Homologada, sustancia que se encontraba en una bolsa comprimida de color negro embalada y rotulada y con su respectivo registro de cadena de custodia,

²⁴ Registro CD de audio obrante a folio 63, a partir del minuto 42'08" pista uno, sesión del juicio oral del 15 de octubre de 2015.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

diligencia en la que estuvo presente la señora GARCÍA BUITRAGO, el funcionario que hizo la solicitud de la prueba a la sustancia incautada y un delegado de la Personería, observando que la señora GARCÍA BUITRAGO se encontraba tranquila al momento de la diligencia.

Explicó que los métodos que utilizó para realizar la prueba de PIPH consistieron en verificar en primer lugar que la descripción del rotulo correspondiera a la consignada en el formato de cadena de custodia, procediendo a abrir la sustancia incautada, advirtiendo al tratar de extraer el contenido que habían dos sustancias, por lo cual practicó inicialmente un procedimiento para sustancia vegetal y después uno para sustancia sólida, habiendo utilizado una balanza para hacer el pesaje, la cámara fotográfica para el registro de las sustancias y reactivos para la identificación.

La sustancia arrojó inicialmente un peso de 168.32 gramos, procediendo a separar la sustancia vegetal de la sustancia sólida, determinándose un peso neto de la sustancia vegetal de 55.98 gramos y un peso neto de la sustancia solida de 18.11 gramos.

A la sustancia vegetal le aplicó el protocolo de sustancias vegetales que es una composición de dos reactivos: el duquenois y el ácido clorhídrico que al hacer reacción dan una gama del color azul al violeta lo que indica preliminarmente que la sustancia es positiva para cannabis o marihuana; luego tomo la muestra de la sustancia solida aplicando el protocolo para tales sustancias, que dio un amarillo lechoso en el precipitado, resultado que otorga un resultado positivo preliminar para alcaloides, aplicando luego una combinación de los reactivos scott y ácido clorhídrico, dando un precipitado inicialmente turquesa, que posteriormente cambió a un color rosado, añadiéndose a la anterior solución el reactivo cloroformo, haciendo la combinación entre azul turquesa y rosado, coloración que indica que se está ante una prueba preliminar positiva para cocaína.

Una vez realizadas las pruebas, tomó las muestras de cada sustancia para ser enviadas a laboratorio, las que fueron entregadas a ANDRÉS ESPINEL junto con el remanente.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Con la testigo perito, previo reconocimiento y lectura, se incorporó el informe de investigador de campo de fecha 19 de mayo de 2014, suscrito por MARIA XIMENA CORREA como investigador II²⁵, cuyo objetivo era realizar la prueba de identificación preliminar homologada a una sustancia incautada a la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO a solicitud de ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ funcionario del INPEC, donde igualmente aparece el registro fotográfico, concluyéndose un peso bruto de 168,32 gramos, peso neto de sustancia vegetal 55.98 gramos, peso neto de sustancia sólida 18.11 gramos, prueba preliminar positiva para cannabis y derivados para la sustancia vegetal, y positivo para alcaloides para la sustancia sólida.

Documentos:

Se allegaron como documentos los relacionados en la prueba testimonial y pericial, y que fueron incorporados con cada uno de los testigos de acreditación y peritos.

2.2.- Crítica y valoración de las pruebas y hechos demostrados.

La Defensa cuestionó la valoración que de la prueba hiciera la primera instancia, al considerar que contrario a lo concluido en la sentencia impugnada, no existe certeza sobre la responsabilidad de la procesada al existir duda sobre la mismidad del elemento incautado que arrojó positivo para sustancias estupefacientes, la cual se generó por las irregularidades en la cadena de custodia por lo que considera que la evidencia debe ser excluida de valoración probatoria.

La Sala hará el análisis integral de la prueba antes referenciada, atendiendo las reglas de la sana crítica, para dar respuesta a los reparos del recurrente.

No hay discusión alguna que el día 18 de mayo de 2014, JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, ingresó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Combita, aproximadamente a las once de la mañana, presentando en la zona de registro de visitantes la boleta de visita al señor ORLANDO ALEXANDER PEÑA CIFUENTES recluso en el pabellón tres de esa penitenciaría, documento que le entregó al Dragoneante JAIRO ALDEMAR

²⁵Fls. 31-36, prueba Nro. 2 pericial, c. pruebas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

PINILLA PEDRAZA, quien dirigía al ejemplar canino de nombre niña (especializada en la búsqueda de sustancias narcóticas), que dio señal positiva para estupefacientes en aquella señora, siendo cambiada de silla por el funcionario del INPEC, con el fin de verificar el hallazgo, ante lo cual el canino persistió en la señal.

De otra parte, ante la señal insistente del canino, la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO le informó al Dragoneante JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, que portaba un elemento vía intravaginal y que era su voluntad entregarlo, por lo que aquél requirió la presencia del funcionario de policía judicial, Dragoneante Distinguido ANDRÉS ESPINEL.

Lo anterior se acreditó con el testimonio del Dragoneante JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, quien dio cuenta del suceso y del comportamiento de la acusada al momento de la realización de la requisita a quien percibió nerviosa, como igualmente lo consignó en el informe de primer respondiente incorporado al juicio con su declaración, junto con la boleta de visita del 18 de mayo de 2014, que demuestra que la acusada se encontraba autorizada para visitar al interno ORLANDO ALEXANDER PEÑA CIFUENTES, quien estaba recluso en el patio tres del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Cómbita.

Así mismo, se probó que el Dragoneante Distinguido ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, en calidad de funcionario de policía judicial, acudió al sitio de requisas, donde le fue informado de la situación que se presentaba con la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, por lo que aquél solicitó el apoyo de la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, para que recibiera el alijo que la acusada dijo llevar en su cuerpo y decidió voluntariamente entregar, ingresando a uno de los baños las dos mujeres, y al salir de allí, de inmediato la funcionaria del INPEC le hizo entrega a ESPINEL BENÍTEZ de un elemento que había colocado en una bolsa plástica transparente ziploc, el cual tenía forma cilíndrica de aproximadamente 14x 6 cms., envuelto en cinta aislante negra y dentro de un preservativo, procediendo este funcionario de policía judicial a embalar y rotular la evidencia, previo a verificar que contenía una sustancia vegetal de color verde por determinar, diligenciando el formato de cadena de

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

custodia y haciendo la correspondiente fijación fotográfica, siendo capturada la acusada.

De ello dan cuenta los testimonios de los funcionarios del INPEC, JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ y CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, quienes son coincidentes en hacer el relato de las circunstancias en que fue incautado el elemento que portaba en su cuerpo la acusada, a más de corroborarse con el escrito suscrito por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO en el que manifestó su decisión de hacer entrega del elemento, el acta de consentimiento de entrega del mismo, el acta de incautación que elaboró y suscribió la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, el acta de derechos del capturado elaborada y suscrita por el Dragoneante ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, estas dos actas también suscritas por la acusada sin que dejara constancia de objeción alguna a lo allí consignado, como también el registro fotográfico del elemento incautado.

También quedó demostrado que, a la mañana siguiente, el 19 de mayo de 2014, la funcionaria de policía judicial MARIANA XIMENA ARIAS CORREA, en las instalaciones del CTI de Tunja, realizó la prueba de identificación preliminar homologada PIPH a la sustancia incautada a YENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, en presencia de ésta y del Dragoneante Distinguido ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ quien la solicitó y entregó el elemento con el respectivo registro de la cadena de custodia, del que se obtuvo un peso bruto de 168.32 gramos, abriendo la perito el alijo cuyo contenido se encontraba comprimido en una bolsa de color negro, advirtiéndole al tratar de extraer el contenido que había dos envolturas: una que contenía una vegetal de color verde que arrojó un peso neto de 55.98 gramos e indicó prueba preliminar positiva para cannabis y sus derivados, y otra con sustancia sólida color blanco que arrojó un peso neto de 18.11 gramos e indicó prueba preliminar positiva para cocaína y sus derivados.

Esos resultados de PIPH fueron corroborados por la prueba pericial definitiva practicada en el laboratorio de química de estupefacientes del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá por la perito CALUDIA NAYIBE MANRIQUE BOHÓRQUEZ, en la que se concluyó que en la muestra de la sustancia vegetal se encontró marihuana y en la muestra de la sustancia sólida se encontró cocaína.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Circunstancias que se probaron con el testimonio del Dragoneante ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, funcionario de policía judicial del INPEC a cargo de la investigación, quien estuvo presente en la diligencia en que se practicó la prueba de PIPH y que también da cuenta de la presencia de la acusada en la misma, como igualmente lo declaró la perito MARIA XIMENA ARIAS CORREA funcionaria de policía judicial del CTI que practicó la prueba y rindió el informe respectivo con la fijación fotográfica de lo realizado, el que aparece suscrito por la perito, el funcionario que solicitó la prueba y la acusada, sin que ésta dejara constancia alguna; y la declaración de la perito que practicó CLAUDIA NAYIBE MANRIQUE BOHÓRQUEZ la prueba pericial definitiva, quien rindió su informe base de opinión, explicando el procedimiento utilizado y análisis químico.

Con los anteriores hechos demostrados, contrario a lo señalado por el Defensor recurrente, en consideración de esta Sala de Decisión, está demostrada la mismidad de la sustancia incautada a la acusada, no quedando duda alguna que el elemento cilíndrico de 14 x 6 cms. que se encontraba envuelto en cinta negra y dentro de un preservativo, entregado por la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO al Dragoneante Distinguido ANDRÉS ESPINEL BENITEZ el 18 de mayo de 2014, embalado y rotulado por éste, al que posteriormente se le practicaron las pruebas respectivas determinándose que se trataba de sustancias estupefacientes, fue el mismo que momentos antes la funcionaria HERMIDA PRIETO recibió de la acusada YENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, al interior del baño, lugar a donde acudieron para que ésta lo pudiera extraer de su cuerpo, del que había informado en el sitio de requisas al ingreso de la penitenciaría, lo llevaba consigo “vía intravaginal” y que había decidió voluntariamente hacer la entrega.

Así lo declaró la funcionaria CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO quien elaboró el acta de incautación, a pesar de estar demostrado que formalmente el registro de cadena de custodia no se inició con ella, quien solamente depositó el elemento en una bolsa plástica transparente ziploc que previamente le había sido entregada por la unidad de policía judicial precisamente para tal finalidad, para que ella como funcionaria del mismo sexo de la acusada depositara allí el elemento que ésta le entregaría en el baño, a donde por razones obvias, no era procedente que el funcionario judicial del INPEC de sexo masculino, que se hizo

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

cargo de adelantar los actos urgentes de investigación, ingresara al baño con la acusada para que extrajera de su cuerpo el elemento que momentos antes había dicho llevaba consigo vía intravaginal, razón por la que pidió colaboración de aquella dragoneante para ingresar al baño con la acusada y recibir el alijo.

Y no se puede poner en duda que el objeto entregado por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO a la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO fuera el mismo al que esta le entregó al policía judicial ANDRÉS ESPINEL, como lo alega el Defensor recurrente, por no haberse iniciado formalmente el registro de la cadena de custodia por la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO, por no haberle recibido entrevista o declaración a ésta el funcionario de policía judicial ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ quien adelantó la investigación, precisamente porque la actuación se realizó en una secuencia de tiempo, modo y lugar, inmediata, donde si bien es cierto ESPINEL BENITEZ no ingresó al baño y no percibió directamente la entrega del elemento de la acusada a la dragoneante HERMIDA PRIETO, sí fue testigo directo al ver a ésta en compañía de la acusada cuando entraron al baño y salieron de allí, recibiendo de inmediato el elemento, sin prueba siquiera indiciaria que desvirtúe tal hecho o que pueda sembrar duda que el elemento entregado por la acusada fue cambiado.

Pero no solamente lo testificado por la dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO da a conocer la mismidad de la sustancia incautada, sino que su dicho adquiere plena credibilidad porque está respaldado, como se dijo, con la prueba documental, esto es, el escrito en el que la acusada manifestó su decisión de hacer entrega del elemento, el acta de consentimiento de entrega del mismo, el acta de incautación, el acta de derechos del capturado, todos suscritos por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, sin que ésta cuestionara que el elemento al que se referían tales documentos era diferente al por ella entregado a la funcionaria del INPEC y del que luego se le practicó la prueba de PIPH también en su presencia, suscribiendo igualmente el informe correspondiente de dicha verificación preliminar en que se determinó que la sustancia incautada se trataba de estupefacientes en las cantidades y características allí descritas.

Dichos documentos no fueron tachados de falsos, ni se presentó prueba alguna que menguara la veracidad de su contenido, por el contrario, se corrobora lo allí consignado y se ratifica lo declarado por CLAUDIA PATRICIA HERMIDA

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

PRIETO con los testimonios de JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA y ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, funcionarios del INPEC, el primero quien dijo que no vio cuando la señora GARCÍA BUITRAGO hizo entrega del elemento a la dragoneante HERMIDA PRIETO porque se realizó en el baño donde se llevaba a cabo el registro y que tampoco tuvo el elemento en sus manos, pero que lo vio porque la Dragoneante lo llevaba en una bolsa transparente que le permitía observar estando presente cuando lo recibió ESPINEL BENÍTEZ tan pronto cuando aquellas dos mujeres salieron del baño, lo que también declaró el segundo al afirmar que la Dragoneante tan pronto salió del baño le hizo entrega del elemento del que elaboró el registro de cadena de custodia una vez embalado y rotulado.

Ahora bien, de conformidad al artículo 216 del C. de P.P., ley 906 de 2004, cada elemento material probatorio recaudado en el lugar de los hechos, debe ser asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo, lo que se debe hacer observando las reglas de cadena de custodia.

Y la finalidad de la cadena de custodia igualmente está prevista en los artículos 254 y 277 del mismo estatuto, que no es otra diferente a demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cual se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren y finalizará por orden de autoridad competente.

Así entonces, la cadena de custodia se ha definido como el conjunto de procedimientos encaminados a demostrar y asegurar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, que se inicia con la autoridad que los recolecta, siendo necesario registrarse en un acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que la recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.

Sin embargo, la demostración de la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física, no solamente se demuestra con la observancia del respeto de los protocolos de la cadena de custodia, no siendo el único método de identificación, pues en el sistema procesal que nos rige existe libertad probatoria como expresamente lo señala el artículo 373 del C. de P.P. cuando dice: *“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por*

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos"; por tanto, cuando no existe la cadena de custodia o el procedimiento en la misma ha sido irregular, la carga de la prueba para demostrar la mismidad del elemento material de prueba o evidencia física es de la parte que lo presente, así lo ha dicho la jurisprudencia:

“La ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente”²⁶.

Por eso, el artículo 277 del estatuto procedimental penal precisa que 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, y que la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia estarán a cargo de la parte que los presente.

En consecuencia, las irregularidades que se presenten en los protocolos de la cadena de custodia, no afectan la legalidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física, sino eventualmente su autenticidad, no pudiendo así generar la exclusión de la prueba por ilegalidad; lo cual fue precisado por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 277 del C. de P.P., en sentencia C-496 del 5 de agosto de 2015, haciendo referencia al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, en los siguientes términos:

“La cadena de custodia es un mecanismo que tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los materiales probatorios y la evidencia física”²⁷. En este sentido, es concebida como un conjunto de medidas que tienen como fin preservar

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de junio 27 de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación: 5920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 04 de abril de 2009, Radicación: 28628, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

*la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física y asegurar el poder demostrativo de la prueba*²⁸. La Corte Suprema de Justicia ha definido la cadena de custodia como “un documento escrito en donde se reflejan las incidencias de una prueba compuesta por los eslabones de custodia, donde cada uno de estos debe incluir el momento de la custodia, de quien se recibió la evidencia y a quien le paso, además de las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que esta se altere”²⁹.

*De esta manera, el procedimiento a través del cual se aplica la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual se busca asegurar la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal, lo cual en ningún momento descarta que existan otros mecanismos para lograr esa finalidad*³⁰.

*La cadena de custodia, se refiere entonces a la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento material probatorio, es decir, a su eficacia, credibilidad o asignación de mérito probatorio*³¹, por lo cual, lo que se cuestiona cuando no se cumple con los requisitos de la cadena de custodia, no es la legalidad de elemento material probatorio sino su eficacia probatoria³². Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598, M.P. María del Rosario González de Lemos.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598, M.P. María del Rosario González de Lemos.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 27 de junio de 2012, Radicación: 34867, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; Sentencia de 18 de agosto de 2010, Radicación: 33559, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 29 de abril de 2015, Radicación: 45469, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 23 de mayo de 2006, Radicación: 25260, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez; Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación: 25920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz; Sentencia de 23 de abril de 2008, Radicación: 29416, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia de 08 de octubre de 2008, Radicación: 28195, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 09 de junio de 2010, Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 15 de septiembre de 2010, Radicación: 32361, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; Sentencia del 17 de noviembre de 2010, Radicación: 34940, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 21 de septiembre de 2011, Radicación: 32136, M.P. María del Rosario González de Lemos; Sentencia de 5 de agosto de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Radicación: 43.691; Sentencia de 8 de agosto de 2012, Radicación: 38800, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 10 de diciembre de 2012, Radicación: 40101, M.P. María del Rosario González Muñoz; Sentencia de 29 de mayo de 2013, Radicación: 39835, M.P. José Luis Barceló Camacho; Sentencia de 09 de octubre de 2013, Radicación: 41915, M.P. María del Rosario González Muñoz; Sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación: 40629, M.P. Eyder Patiño Cabrera; Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Radicación: 44376, M.P. María del Rosario González Muñoz; Sentencia de 11 de febrero de 2015, Radicación: 45121, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³² Sentencia de 04 de abril de 2009, Radicación: 28628, M.P. José Leónidas Bustos Martínez ; Sentencia de 09 de junio de 2010, Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación: 25920, M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz ; Sentencia de 23 de mayo de 2006, Radicación: 25260, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez; Sentencia de 23 de abril de 2008, Radicación: 29416, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia de 08 de octubre de 2008, Radicación: 28195, M.P. Julio Enrique Soacha

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

“Impera recordar que los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada cadena de custodia no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aún en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida, ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo”³³.

Por lo tanto, cuando no se cumplen cabalmente los procedimientos de la cadena de custodia no se está afectando la legalidad del decreto de la prueba ni de su incorporación en el juicio, sino su mérito probatorio³⁴.

La cadena de custodia no puede ser tomada como un requisito de legalidad, por lo tanto no condiciona la admisibilidad de la prueba, su decreto o práctica. Por lo tanto cuando hay un incumplimiento de los requisitos de la cadena de custodia la prueba no deviene ilegal, sino que esta debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción³⁵.

En conclusión, en caso de ruptura de la cadena de custodia el funcionario judicial les debe otorgar un mérito menguado pero jamás su declaratoria de ilegalidad o ilicitud con fundamento en la regla de exclusión³⁶: “el demandante

Salamanca; Sentencia de 09 de junio de 2010 Radicación: 33816, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca; Sentencia de 15 de septiembre de 2010, Radicación: 32361, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; Sentencia de 17 de noviembre de 2010, Radicación: 34940, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 23 de mayo de 2012, Radicación: 35565, M.P. Luis Guillermo Salazar Olero; Sentencia de 10 de diciembre de 2012, Radicación: 40101, M.P. María del Rosario González Muñoz ; Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Radicación: 44376, M.P. María del Rosario González Muñoz ; Sentencia de 11 de febrero de 2015, Radicación: 45121, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 08 de octubre de 2008, Radicación: 28195, M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 21 de septiembre de 2011, Radicación: 32136, M.P. María del Rosario González de Lemos; Sentencia de 27 de febrero de 2013, Radicación: 4643, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; Sentencia de 04 de junio de 2013, Radicación: 41000, M.P. María del Rosario González Muñoz; Sentencia de 11 de febrero de 2015, Radicación: 45121, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de febrero de 2013, Radicación: 40643, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Radicación: 43691, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

cuando presente una demanda de casación por este motivo, debe probar no solo que el proceso de cadena de custodia no se cumplió, sino que la autenticidad del elemento no se probó por otros medios y además que existen motivos razonables para pensar que la prueba no es genuina o que pudo ser alterada”³⁷.

En conclusión, las presuntas falencias en la cadena de custodia, no pueden ser entendidas como un problema de ilegalidad que haga viable la exclusión de la prueba, de manera que no le asiste razón al Defensor recurrente cuando erróneamente afirma que al no garantizarse la cadena de custodia la evidencia deja de ser prueba, correspondiéndole al Juez en el juicio oral excluirla o declararla nula bajo los parámetros de valoración, no siendo cierto que tal tesis esté expuesta en el precedente jurisprudencial por él citado del 9 de marzo de 2011 en el radicado 35173, que dice todo lo contrario, reiterando lo ya expuesto.

Como se ha dicho, la jurisprudencia ha indicado que las consecuencias del desacato de los estándares de fijación, identificación, recolección, embalaje, transporte y depósito de los medios de conocimiento, son relevantes en el marco de la aptitud probatoria que el elemento o evidencia pueda reportar, en tanto, lo que ha de verificar el juzgador es si la autenticidad se pudo o no establecer a través de otros medios y si existen motivos razonables para estimar que el elemento no es original, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación, para restarle todo mérito suasorio; en más reciente pronunciamiento, así lo reiteró la Corte Suprema de Justicia:

“No obstante lo anterior, también se ha precisado que si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de agosto de 2010, Radicación: 33559, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

En tal evento, la parte debe ofrecer los medios probatorios tendientes a la articulación de los factores que, en orden a establecer su pertinencia, determinen la mismidad de la evidencia física, esto es, presentando los testimonios a través de los cuales se pueda demostrar que el instrumento recogido es el mismo presentado como prueba ante el juez de conocimiento.

Respecto a las consecuencias del desacato de los estándares de fijación, identificación, recolección, embalaje, transporte y depósito de los medios de conocimiento, es claro que tales circunstancias serán relevantes en el marco de la aptitud probatoria que el elemento o evidencia pueda reportar, en tanto, lo que ha de verificar el juzgador es si la autenticidad se pudo o no establecer a través de otros medios y si existen motivos razonables para estimar que el elemento no es original, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación, para restarle todo mérito suasorio³⁸.

En el presente caso el análisis de la prueba testimonial y documentos aportados, fácil se puede inferir que el alijo que la Dragoneante HERMIDA PRIETO le incautó a la procesada, es el mismo que fue embalado y rotulado por el funcionario de policía judicial ESPINEL BENÍTEZ, que contenía sustancias prohibidas en un peso bruto de 168.32 gramos, peso neto de sustancia vegetal de 55.98 gramos positivo para marihuana, peso neto de sustancia sólida de 18.11 gramos positivo para cocaína, no pudiéndosele restar poder suasorio a la prueba el hecho de no haberse iniciado formalmente el registro de la cadena de custodia por la Dragoneante HERMIDA PRIETO al momento de recibir de la acusada el elemento que de inmediato entregó al funcionario de policía judicial, sin que exista resquicio de duda o motivo razonable para estimar que el elemento no es el original incautado, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación.

³⁸ CSJ Sentencia de 18 de enero de 2017, rad. 44741.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

2.3.- De la conducta punible y responsabilidad de la acusada.

A JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO se le formuló imputación, acusó y condenó en primera instancia como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, contemplado en los artículo 376 inciso 2 del C.P. modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, y artículo 384 literal b del mismo estatuto, descrito en los siguientes términos:

“Art. 376. Modificado L.1453/2011, art. 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que 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, suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en (...).

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína (...), la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...).”

“Art. 384. Circunstancias de agravación punitiva. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1.- Cuando la conducta se realice:

a) (...)

b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;

(...).”

De conformidad al artículo 381 de la ley 906 de 2004, C. de P.P., se exige para condenar el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio; es decir, se requiere de una certeza objetiva que es a lo que se refiere el

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

conocimiento más allá de toda duda, la cual también debe ser razonable y objetiva.

Como quedó analizado del acervo probatorio, en el presente caso se demostró que el 18 de mayo de 2014, JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, ingresó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Combita, aproximadamente a las once de la mañana, a visitar al señor ORLANDO ALEXANDER PEÑA CIFUENTES recluso en el pabellón 3 de tal penitenciaría, y que al ser sometida al registro con el ejemplar canino de nombre niña, esta dio señal positiva para estupefacientes, en varias oportunidades, por lo que dicha señora le informó a funcionario del INPEC, JAIRO ALDEMAR PINILLA PEDRAZA, quien cumplía funciones de guía canino, que ella portaba un elemento vía intravaginal y que era su voluntad entregarlo.

Así mismo se probó que ante dicha situación, se adelantó la investigación en sus actos urgentes por el funcionario de policía judicial del INPEC, el Dragoneante Distinguido ANDRÉS ESPINEL BENÍTEZ, quien acudió al apoyo de la Dragoneante CLAUDIA PATRICIA HERMIDA PRIETO para que recibiera el alijo, el que le fue entregado por la señora JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO en uno de los baños, que de inmediato fue puesto a disposición de ESPINEL BENÍTEZ quien lo embolsó y rotuló, registró la cadena de custodia, procedimiento que plasmó en fotografías, tratándose de un elemento en forma cilíndrica de aproximadamente 14x 6 cm envuelto en cinta aislante negra y dentro de un preservativo, sin quedar duda alguna sobre la mismidad de la evidencia física incautada.

Practicada la prueba pericial de PIPH y ratificada con el experticio de laboratorio químico, se determinó que el elemento incautado a la acusada en un peso bruto de 168.32 gramos, contenía sustancias estupefacientes en un peso neto de 55.98 gramos positivo para marihuana y un peso neto de 18.11 gramos para cocaína.

En consecuencia, esta Sala de Decisión considera que fueron demostrados los elementos del tipo penal descrito en el artículo 376, inciso segundo, del C.P., antes citado, con la circunstancia de agravación punitiva prevista en el literal b del artículo 384 del mismo estatuto, quedando acreditado la realización de la conducta

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes por parte de la acusada JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO en el establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad de Cómbita, comportamiento antijurídico, al haber lesionado el bien jurídico de la salud pública, sin causal que la justifique, siendo la acusada persona imputable, al tener plena capacidad al momento de ejecutarla para comprender su ilicitud y para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Por todo lo expuesto, se concluye que se tiene el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la conducta punible y responsabilidad penal de JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, por los cargos formulados en su contra y por los que se condenó en primera instancia, debiéndose confirmar la sentencia en lo que fue motivo de apelación.

En cuanto a la pena impuesta, si bien no fue motivo de impugnación, la Sala considera procedente hacer la siguiente precisión específicamente en lo que corresponde a la pena de prisión:

El juez de primera instancia al fijar la pena de prisión, teniendo en cuenta la pena prevista en el inciso segundo del artículo 376 del C.P. de 64 a 108 meses de prisión, aplicó el aumento señalado en el artículo 384 del mismo estatuto, esto es, duplicó el mínimo, lo que le resultaba una pena de 128 a 108 meses de prisión, por lo que erróneamente señaló que debía hacerse una inversión de los extremos punitivos en acatamiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1080 de 2002 y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 12579 del 11 de abril de 2012, así entonces señaló que el ámbito de movilidad oscilaba de 108 a 128 meses de prisión, determinando los cuartos, seleccionando el cuarto mínimo por no tener circunstancias genéricas de mayor punibilidad, fijando la pena de prisión en el mínimo de 108 meses.

Y es errónea esa inversión que hiciera el *a quo*, porque precisamente la Corte Constitucional en la sentencia C-1080 de 2002 al hacer el examen de constitucionalidad del artículo 384 del C.P., lo declaró exequible en el entendido que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la ley para cada delito, por lo que ante la incongruencia que se presentaba con el aumento del doble del mínimo, superando éste el máximo, debía entenderse que la conducta agravada conforme a dicha norma quedaba con pena única, esto es,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

la fijada en el máximo, es decir, 108 meses de prisión.

Por tanto, la pena de 108 meses de prisión impuesta a JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, contemplado en los artículo 376 inciso 2 del C.P. modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, y artículo 384 literal b del mismo estatuto, es correcta pero por las razones antes expuestas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, proferida el diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante la cual se CONDENÓ a JENNY VIVIANA GARCÍA BUITRAGO, como autora responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de Casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ
Magistrado

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretaria