

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA PENAL**

**Magistrada Ponente:**

**MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO**

**APROBADO POR ACTA N° 260**

**INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

Radicación	660886006220080021200
Procedente	Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría
Procesado	ARCENIO ÁLVAREZ MORALES
Delito	Homicidio Agravado
Decisión	Confirma decisión de primera instancia, ordena la práctica de la prueba en los términos solicitados por la Fiscalía

**1.- ASUNTO**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Arcenio Álvarez Morales** contra la decisión asumida en audiencia pública por el Juez Único Promiscuo de Belén de Umbría que aceptó la admisión de prueba sobreviviente.

## 2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. El 28 de septiembre de 2008, ante el Juzgado de Control de Garantías se formuló Imputación contra **ARCENIO ÁLVAREZ MORALES**, por el delito de **homicidio agravado**, conducta descrita en el artículo 103 y numerales 7º, 9º y 10º del artículo 104 del Código Penal en concurso heterogéneo con **fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones** consagrado en el artículo 365 *ídem*, aceptando el segundo y disponiéndose la ruptura de la unidad procesal.

2.2. Correspondió desatar la etapa del juicio al Juzgado Promiscuo de Belén de Umbría, estrado ante el cual se formuló acusación el 30 de marzo de 2009 por el delito de **homicidio agravado** –artículos 103 y numeral 7º del 104-.

2.3. El 2 de septiembre de 2009 en el curso de la audiencia preparatoria el *a quo* aceptó las solicitudes probatorias de las partes decretándolas en su totalidad.

2.4. El 10 de noviembre de 2009 se da curso al juicio oral.

2.5. En la continuación del juicio -9 de junio de 2010-, la Fiscalía pone en conocimiento la declaración de un testigo presencial de los hechos –*Arley Siagama*

*Caizales*- recepcionada el 25 de enero de 2010 por el policía judicial *Carlos Alberto Vélez Cuellar* con quien pretende introducirla, informando que no fue descubierta en audiencia preparatoria al surgir con posterioridad.

La Fiscalía con base es dicha declaración solicitó la declaración del Gobernador Indígena *Jhon Fredy Arce*, con el objeto de que indique lo relacionado con la ausencia del testigo.

La Defensa se opone a la solicitud de la Fiscalía, bajo el argumento de que ésta pretende introducir una prueba con una persona diferente a quien rindió la declaración.

El Despacho no se pronuncia de fondo sobre la solicitud probatoria deprecada, empero ordenó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

2.6. El 20 de septiembre de 2010, previo a la continuación del juicio la Agencia Fiscal manifestó que estaba pendiente de resolver su solicitud de introducción de prueba sobreviniente acorde con el inciso final del artículo 344 de la Ley 906/04, por tanto, como hasta enero de 2010, ocasión en la que ya había iniciado el juicio, el Cabildo del Resguardo Indígena "*Embera Chami*", informó a la Fiscalía que uno de los integrantes de la comunidad fue testigo presencial del hecho, procedió a recibir declaración a *Arley Siagama*

*Caizales*, en presencia del agente de policía judicial, con quien pretendía introducirse, en razón a que no había sido posible localizar al testimoniante, respecto de lo cual se pronunciaría el Gobernador del Resguardo.

La Defensa se opuso a la pretensión de la Fiscalía bajo el argumento de desconocer el debido proceso y el derecho de defensa.

No obstante, efectuado un estudio concatenado de la situación como se observa en el registro el juez admitió la introducción de la prueba sobreviniente, al considerar que el testigo era significativo en el proceso, al tratarse de una prueba directa.

2.7. Decisión contra la cual el defensor del procesado interpuso recurso de apelación.

Consideró que la prueba vulneraba los principios de inmediación, contradicción, igualdad, imparcialidad, entre otros. En particular se refirió al hecho de recibir el testimonio del Gobernador Indígena, persona interesada en que el procesado fuera declarado culpable, con lo cual se rompía la imparcialidad del proceso.

De otro lado consideró que la prueba debía excluirse del proceso, porque el derecho de contradicción sólo podía garantizarse si el testigo hacía presencia en el juicio, y no a través del investigador como ocurría en el *sub*

*judice*, al no ser conocedor directo de los hechos, limitándose a expresar sobre cómo declaró el testigo, pero no en relación con los hechos, tornándose innecesaria la misma.

Tratándose de una prueba de referencia en la modalidad de entrevista, de conformidad con los artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, le correspondía a la Fiscalía, como parte interesada, demostrar los requisitos para su admisión excepcional, sin que tal exigencia se cumpliera en el caso.

Adujo que no podía presumirse la buena fe por el simple hecho que la comunidad indígena asegurara que el testigo está desaparecido.

La prueba de referencia sólo podía utilizarse para fines de impugnación y ello se lograba en la medida en que el testigo compareciera a juicio y la defensa contara con igualdad de armas para interrogar, tratándose de una prueba extemporánea.

2.8. La Fiscalía en condición de no recurrente solicitó confirmar la decisión, retomando sus argumentaciones en el sentido que no se trata de una entrevista como lo indicó la Defensa sino de una declaración juramentada –artículo 221 de la Ley 906/04-, por tanto el Fiscal debía estar presente en su recepción, con miras a un eventual interrogatorio que le permitiera apreciar su

credibilidad, por tanto, no se violentaba el principio de imparcialidad.

### **3.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

3.1. Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1º del artículo 34, el artículo 90 de la Ley 1395/10 modificadorio del artículo 178 de la Ley 906/04, resuelve la Colegiatura el asunto planteado por el recurrente dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

3.2. El disenso de la Defensa que centró en considerar que el *a quo* al permitir que el policía judicial *Carlos Alberto Reyes* introdujera a juicio la declaración rendida por el miembro de la comunidad indígena *Arley Siagama Caizales*, presencial de los hechos, la cual se surtió con los respectivos interpretes ante su imposibilidad de hablar español y el testimonio del Gobernador del Cabildo, *Jhon Fredy Arce*, para que explicara lo relacionado con la ausencia del testigo basado en prueba sobreviniente, no era más que una prueba de referencia que desconocía los derechos del debido proceso y defensa de su asistido, presentándose con ello una desigualdad de armas.

3.3. Establece el inciso final del artículo 344 de la Ley 906/04, respecto al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, que si durante

el juicio alguna de las partes encontraba un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debiera ser descubierto, lo pondría en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y a la integridad del juicio decidiría si es excepcionalmente admisible o si debía excluirse.

3.4. Revisados los registros de la actuación advierte la Corporación que las razones que motivaron a la Fiscalía a efectuar el pedimento tienen sustento en la actuación, que no es otro, que el conocimiento que de un testigo presencial de los hechos se tenía una vez iniciado el juicio, aspecto por completo ajeno al ente fiscal, cuando en el curso de la audiencia preparatoria nada dice sobre el particular.

Véase cómo explicó el peticionante que el Cabildo del Resguardo Indígena "*Embera Chami*", le informó que uno de sus integrantes fue testigo presencial del suceso delictual, siéndole puesto de presente *Arley Siagama Caizales*, a quien escuchó en declaración con la asistencia de un agente de policía judicial y los traductores que participaron en la diligencia al no hablar español, así mismo, que pese a querer traerlo a juicio para que explicará lo consignado en el documento y permitir el conainterrogatorio, lo cierto era que el mismo desapareció, situación que explicaría el Gobernador del Resguardo.

Proceder en el que está ajeno el sorprendimiento que quiere hacer ver la Defensa, cuando al interior del juicio oral cuenta con las herramientas para impugnar la credibilidad de los testigos, incluso con la misma declaración que se permitió fuera introducida a través del policía judicial, cuando lo pretendido no es otra cosa que llegar a la verdad, por tanto, en este punto la decisión se mantendrá.

3.5. Ahora en cuanto a que se está ante una prueba de referencia por escuchar al agente de policía judicial *Carlos Alberto Reyes* y al Gobernador Indígena *Jhon Fredy Arce*, el primero que realizó la entrevista y el segundo para que explique las razones por las cuales no concurre a juicio, son situaciones que deben ser igualmente debatidas al interior de la actuación y no buscar desvirtuarse sin haber sido debatidas en debida forma.

Como lo determina el precedente, la apreciación de las pruebas por el funcionario judicial está limitado por: a) por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuesta ni es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material; b) por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio; c) por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley y, d) por



la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador.

La definición de la **prueba de referencia** la trae el artículo 437, al señalar que se considera tal toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Así mismo no puede pasar por alto el recurrente que en este caso el funcionario de policía judicial a través del cual se pretende introducir el testimonio del *Arley Siagama Caizales*, si bien no fue presencial de los hechos, si de lo ocurrido en la declaración y lo narrado por éste, circunstancia que lo lleva a ser considerado un testigo mixto, esto es, de referencia y directo y es en el curso del juicio oral y no en otro estadio procesal que debe ser desvirtuado su dicho a través de las técnicas del conainterrogatorio o la impugnación de credibilidad del mismo. Además, estamos ante un evento de no disponibilidad del testigo (literal b. art.438 del C.P.P.).Asunto examinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal radicado27.477 de marzo 6 de 2008, M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN.

**En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, en Sala de Decisión,**

**RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la decisión asumida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en audiencia de juicio oral, llevada a cabo el 20 de septiembre de 2010.

**SEGUNDO.-** Contra esta decisión no procede recurso alguno.

**TERCERO.- REMÍTASE** en forma inmediata la actuación al Juzgado de Conocimiento para que continúe con el curso de la audiencia.

Quedan notificados en estrados.

**MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO**

**MAGISTRADA**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**MAGISTRADO**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MAGISTRADO**