AUTENTICIDAD DE LA EVIDENCIA FÍSICA/ Carga probatoria de la Fiscalía para autenticar una evidencia en la cual se ha roto la cadena de custodia/ Fuente probatoria contaminada

“(…) la Fiscalía pretendió utilizar el testimonio como medio alternativo de autenticación, razón por la que llevó al juicio a cada una de las personas por cuyas manos pasó ese elemento material probatorio, Vg. EDILSON ARCE; ABELARDO NENGARABE y OLINTO RUBIEL MAZABUEL, pero es de anotar, acorde con lo dicho en párrafos anteriores, que esa cadena de custodios quedó incompleta puesto que el Ente Acusador falló en lo que atañe con el eslabón inicial, el cual no rindió testimonio debido a que como está bien acreditado nunca se supo sobre la identidad de la persona quien a modo de primer respondiente le hizo entrega a los miembros de la guardia indígena de la susodicha evidencia física, arrojando de esa forma un manto de dudas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que incidieron en su hallazgo, lo que a su vez repercutiría de manera negativa en todo aquello que tiene que ver con el cumplimiento del requisito de la autenticidad como de los fines perseguidos por el principio de la mismidad.

(…) los vicios relacionados con la pérdida de su poder suasorio se deben hacer extensivos hacia el dictamen pericial por haber esta última prueba abrevado de una fuente contaminada como lo es el elemento material probatorio inauténtico, por lo que la evidencia pericial estaría irradiada de todos aquellos defectos que achacan la autenticidad de la evidencia matriz.”

TARIFA PROBATORIA NEGATIVA/ Elementos integrantes de prueba indiciaria/ Indicios como respaldo de la prueba de referencia

“(…) la Sala considera que en el presente asunto los indicios aludidos por el recurrente, que supuestamente fueron preteridos por el A quo al momento de la apreciación del acervo probatorio, no existen por ser muchos de ellos unas simples y meras sospechas que hábilmente el apelante pretendió erigir en indicios, mientas que otros son producto de unas tergiversaciones de las pruebas de los hechos indicadores y de errores en los que se incurrió en los juicios de inferencia.

Por lo tanto al no existir los aludidos indicios con los cuales el recurrente cabalga en la alzada, se puede concluir que la prueba de referencia, relacionada con lo dicho en una entrevista absuelta por ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ, se encontraba huérfana en el proceso y por ende con la misma, como consecuencia de la aludida tarifa probatoria negativa, no era posible edificar una sentencia condenatoria en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias del 30 de marzo de 2006 -rad. 24468-, del 21 de septiembre de 2011 -rad. 36023-, del 13 de febrero de 2013 -rad. 28465- y del 17 de abril de 2013 -rad. 35127-; doctrina: GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, “La prueba en el sistema penal acusatorio”, 1ª Edición. 2011, Leyer Editores. MORA IZQUIERDO, Ricardo, “La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio”, Editores gráficos Colombia Ltda. 2007. REYES ALVARADO, Yesid, “La prueba indiciaria”, 2ª edición, Ediciones Reyes Echandia Abogados Ltda 1989.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 150A de febrero 24 de 2016. H: 10:45 a.m.

Pereira, veinticinco (25) de Febrero de Dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 8:09 a.m.

Procesado: ARSENIO ÁLVAREZ MORALES

Delito: Homicidio agravado

Rad. # 66088-60-00-062-2008-00212-04

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de fallo absolutorio

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 19 de abril del 2.012, por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se absolvió al Procesado **ARSENIO ÁLVAREZ MORALES** de los cargos endilgados en su contra por parte del Ente Acusador, relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio agravado.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que los hechos que concitan la atención de la Sala tuvieron ocurrencia a eso de las 19:30 horas del 25 de julio de 2.008 en la vereda *“Agua bonita”,* jurisdicción del municipio de Mistrató, y están relacionados con el violento deceso de quien en vida respondía por el nombre de HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, el cual para la época de los hechos se desempeñaba en el cargo de gobernador del cabildo de la etnia Embera-Chami.

Según el Ente Acusador, los hechos ocurrieron en el momento en el que el hoy óbito HUGO GONZÁLEZ se movilizaba, en compañía de otras personas, en un campero utilizado para el servicio público de transporte, en la vía que conduce de San Antonio del Chami hacia Mistrató, cuando fueron interceptados por 3 sujetos encapuchados que portaban armas de fuego, los cuales obligaron a los pasajeros del rodante a apearse para así despojarlos de sus pertenecías.

Una vez que expoliaron a los pasajeros, los asaltantes les dijeron que se fueran de esos lares pero dejaron retenido con ellos al Sr. HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, a quien con posterioridad sus captores procedieron a ejecutar mediante el empleo de armas de fuego.

1. Luego de agotar las pesquisas del caso, en las cuales se decía que el ahora Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES se encontraba implicado en la comisión del delito de homicidio, el Ente Acusador, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, el día 28 de septiembre del 2.008 le imputó cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego, de los cuales el entonces indiciado solo se allanó en lo que corresponde con la comisión del delito de Porte ilegal de armas de fuego. De igual forma al Procesado ÁLVAREZ MORALES se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación fue presentado el 16 de octubre del 2.008 ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, cuyo titular se declaró impedido porque había fungido como Juez de 2ª instancia en sede de garantías, razón por la que el conocimiento de la actuación le fue asignado al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, el cual a su vez mediante proveído del 10 de diciembre del 2.008 procedió a remitir el proceso por competencia al Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de esta localidad, en atención a la calidad de la víctima, la cual debía ser considerada como una persona protegida por el D.I.H.
3. Luego de haber sido definida por esta Corporación la competencia hacia el Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de esta localidad, en las calendas del 27 de enero de 2.009 se pretendió llevar a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista en la que la Defensa impugnó la competencia del Juzgado Penal Especializado, lo cual posteriormente fue avalado por esta Colegiatura mediante auto del 27 de febrero del 2.009, en el que concluyó que la víctima no detentaba la calidad de persona protegida, razón por la que el proceso fue nuevamente remitido hacia el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia.
4. La audiencia de formulación de la acusación se celebró el 30 de marzo del 2.009 ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, vista en la que la Fiscalía le enrostró cargos al Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES por incurrir en la presunta comisión del delito de homicidio agravado, tipificado en los artículo 103 C.P. y en el # 7º del articulo 104 ibídem.
5. Luego de finalizar la fase de la acusación, la actuación procesal es nuevamente asignada por parte del Consejo Superior de la Judicatura al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, ante el cual el 9 de Junio y el 2 de septiembre del 2.009 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.
6. La audiencia pública de juicio oral se celebró en sesiones realizadas en las siguientes fechas: 10 de noviembre del 2.009; 13 y 26 de enero del 2.010; 15 de mayo del 2.010; 8 de junio del 2.010; 20 de septiembre del 2.010; 17 y 18 de agosto del 2.011; 27 y 28 de octubre del 2.011. Posteriormente el 27 de febrero del 2.012 se profirió el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio, y finalmente el 19 de abril del 2.012 se dictó la correspondiente sentencia absolutoria, en cuya contra se alzó de manera oportuna la Fiscalía.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia adiada el 19 de abril del 2.012, la cual fue proferida por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la que se absolvió al Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES de los cargos endilgados en su contra por parte del Ente Acusador, relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio agravado.

Es de anotar que el fallo confutado tiene como peculiaridad una serie de diatribas hechas por A quo en contra de la adopción del sistema penal acusatorio[[1]](#footnote-1), aunado a unas críticas formuladas en contra de las decisiones tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura cuando, contario a lo consignado en el artículo 64 C.P.P.[[2]](#footnote-2) procedió a reasignarle nuevamente al Juzgado a su cargo el conocimiento de la actuación. A lo que se debe adicionar unas veladas insinuaciones que hizo sobre la ocurrencia de vicios que maculaban de nulidad el proceso, el que en su opinión era de competencia de la Jurisdicción Indígena.

De igual forma el A quo hizo destacar la ocurrencia de un cúmulo de irregularidades acaecidas en el devenir de la investigación en todo aquello que correspondía con el recaudo y la recopilación de las evidencias físicas, en especial la de la vainilla que acorde con los resultados de un cotejo balístico resultó ser percutida por un arma de fuego que mediante un operativo de dudosa legalidad le fue incautada al Procesado, la que a su vez la Fiscalía utilizó como prueba reina en el juicio.

Asevera el A quo que esa prueba reina adolecía del cumplimiento del requisito de la autenticidad, por lo que su poder suasorio se encontraba en entredicho, puesto que pasó por muchas manos sin saberse quién fue la persona que la encontró en el lugar de los hechos, pues se tiene que ese desconocido, el que no acudió al juicio a declarar, se la entregó a un aguacil de la guardia indígena, quien a su vez se la dio a otro indígena, el cual, luego de 12 días, la puso a disposición de la Policía Judicial.

A lo anterior, según el A quo, se debe tener en cuenta que los testigos presenciales de los hechos no pudieron identificar a los agresores, siendo entonces la única prueba directa que comprometería al acusado lo dicho en una entrevista absuelta por parte de ARLEY SIAGAMA GRISALES, de la que hizo eco JOHN FREDDY ARCE, lo que por detentar las condiciones de prueba de referencia, no sería suficiente como para poder proferir un fallo de condena.

Con base en los anteriores argumentos, el Juez A quo procedió a absolver al Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

Las razones o motivos por las cuales el recurrente discrepa del contenido del fallo confutado, radican en que su opinión el A quo no apreció en debida forma las pruebas habidas en el proceso, las cuales, en caso de haber sido apreciadas de manera conjunta y articulada, si lograban acreditar más allá de toda duda razonable el compromiso penal del acusado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES, razón por la que el apelante solicita la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente declaratoria de responsabilidad penal del acriminado.

Para demostrar la tesis de su discrepancia, alega el recurrente que el A quo se equivocó al aseverar que el acervo probatorio con el que se podía demostrar la responsabilidad del procesado solo estaba conformado por pruebas de referencia, con las cuales en virtud de la tarifa probatoria negativa del articulo 381 C.P.P. resultaba imposible proferir un fallo de condena; lo cual, según el recurrente, no es así, porque dichas pruebas de referencia estaban acompañadas de otras pruebas de naturaleza indiciarias y periciales, que al ser apreciadas de manera conjunta válidamente demostraban indubitablemente la responsabilidad criminal del acusado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES.

En lo que tiene que ver con las pruebas indiciarias, que según el sentir del apelante no fueron apreciadas en debida forma, alega el recurrente que en el proceso se encuentra el dictamen del laboratorio de balística forense proferido por el experto OLAV FERNÁNDEZ, quien concluyó que las vainillas halladas tanto en el sitio de los hechos como en la residencia del procesado, fueron percutidas por un arma de fuego hechiza calibre 7,64 mm la cual le fue incautada al acusado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES en el momento en el que se produjo su captura, quien en la oportunidad procesal pertinente decidió allanarse a los cargos que tenían que ver con la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Alega el recurrente que la evidencia física cuya autenticidad ha sido reprochada por el A quo, fue incorporada de manera técnica al juicio por lo que no había razones de peso para dudar o cuestionar la autenticidad de la misma, si se parte de la base consistente en que ese elemento fue encontrado por los indígenas que acudieron al sitio de los eventos, y si bien es cierto que al juicio no se convocó a la inicial persona que lo halló debido a que por desgracia no se logró su identificación, ello para nada afectó su autenticidad porque en el lugar de los hechos fue donde comenzó el proceso de autentificación, el cual se consiguió demostrar gracias a los testimonios de los Sres. EDILSON ARCE; ABELARDO MENGARABE y OLINTO MAZAGUEL, quienes resultaron ser las personas que en calidad de custodios tuvieron en su poder dicha evidencia física, o sea la vainilla hallada en el teatro de los acontecimientos, hasta el momento en el que la misma le fue entregada a la policía judicial.

De igual forma el recurrente expone que el A quo no tuvo en cuenta la existencia de una serie de indicios que gravitaban en contra del acusado, entre los cuales se encontraban:

* El indicio de mentiras y de mala justificación, el cual surgía de la poca credibilidad que ameritaba el testimonio vertido por el procesado en el juicio respecto de la fantasiosa forma de como obtuvo el arma de fuego de la cual se pudo acreditar que fue utilizada para cometer el homicidio, ya que según el acusado esa arma llegó a sus manos luego de haber sido víctima de un atraco, pero como no tenía dinero suficiente el asaltante le entregó dicha arma de fuego.
* El indicio de aceptación de la conducta, el que se fundamenta en lo que el Procesado expresó en el operativo que condujo a su captura, en el momento en el que pretendía venderle un arma de fuego a otro ciudadano, a quien le dijo *“que lo había vendido y que disfrutará de la recompensa”*. Lo que, según el decir del apelante, el procesado de manera subjetiva corroboraba su participación en los hechos si se partía de la base que las autoridades habían ofrecido una recompensa a quienes suministrarán información que facilitará la captura de los asesinos del gobernador del cabildo indígena.
* El indicio de la capacidad para delinquir, el cual tiene su fuente en las pruebas que demuestran que el procesado tenía en su contra antecedentes penales vigentes por la comisión del delito de homicidio y porte ilegal de armas, lo que al serle referido por la comunidad a los investigadores se constituyó en la punta del *iceberg* de la investigación.
* El indicio de la oportunidad para delinquir, el que está erigido en las pruebas que demuestran que los hechos tuvieron ocurrencia en el sector en el que vivía el Procesado y sus allegados, lo que en opinión del apelante le otorgaba una especial oportunidad para perpetrar el homicidio.
* El indicio de convergencia de circunstancias, el que se basa el supuesto consistente en el que los pasajeros del rodante que viajaban en compañía del hoy difunto, fueron intersectados y asaltados por unos individuos que cubrían su rostro con pasamontañas y armados con escopeta; a lo cual se debe aunar los hallazgos en una diligencia de allanamiento y registro que el 12 de agosto del 2.008 se efectuó en una residencia en la cual pernoctaba el Procesado, en donde se encontraron prendas de similar naturaleza a las utilizadas en el atraco, así como maderos tallados para servir de culata de armas hechizas de proyectiles múltiples.

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente se ratificó en su petición relacionada con la revocatoria del proveído confutado y la subsecuente declaratoria de responsabilidad criminal del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES.

**LA REPLICA:**

Durante el traslado para actuar como no recurrentes, la Defensa presentó sus correspondientes alegatos de conclusión en los cuales solicita la confirmación del fallo confutado, en atención a que las pruebas habidas en el proceso no cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para dictar una sentencia condenatoria.

Los argumentos invocados por la no recurrente para clamar por la confirmación de la sentencia opugnada, básicamente son los siguientes:

* La Fiscalía no cumplió con la obligación que le competía de aportar pruebas que tuvieran la suficiente contundencia que se requería para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, lo que trajo como consecuencia que en el proceso campeara un estado de incertidumbres en todo aquello que tenía que ver con la responsabilidad criminal del acusado.
* La investigación desde un inicio estuvo plagada de anomalías e irregularidades, tanto es así que el sitio de los hechos fue contaminado con la presencia de unas personas que carecían de autorización para estar en ese lugar, quienes sin ningún protocolo manipularon y recopilaron una serie de elementos y de evidencias físicas.
* La vainilla hallada en el sitio de los hechos adolece de una serie de vicios, entre ellos el de la autenticidad, generados como consecuencia de la ruptura de la cadena de custodia porque no se sabe quién fue la inicial persona que recaudó u obtuvo esa evidencia física, lo que a su vez suscitaba una serie interrogantes que no han sido absueltos, tales como: ¿En verdad fue recogida en el sitio de los hechos? ¿Acaso no fue manipulada para inducir la responsabilidad del acusado y de esa forma propiciar el cobro de una recompensa?
* De igual forma la no recurrente alega que en lo que corresponde con la vainilla hallada en el interior de la residencia del encartado, la misma bien pudo ser plantada en ese lugar por intereses oscuros a quienes lo impulsaría la búsqueda de un culpable, máxime cuando el hallazgo de esa evidencia fue producto de un irregular procedimiento en el cual el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES resultó capturado como consecuencia de una emboscada que las autoridades le tendieron por intermedio del individuo conocido como “*PACHO”,* quien indujo al acusado para que de manera ilegal le vendiera un arma de fuego.
* El acervo probatorio de la Fiscalía solo estaba integrado por una prueba de referencia la cual estaba acompañada de pruebas indirectas, con las cuales no se podía edificar una sentencia condenatoria en atención a que la prueba de indicios no tiene sustento legal y normativo en el sistema penal acusatorio.
* Los indicios estructurados por la Fiscalía en contra del procesado son productos de simples y meras especulaciones, por lo siguiente: a) En lo que respecta con el denominado indicio de aceptación de la conducta, el Procesado solo aceptó cargos por la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego, y en lo que corresponde con el delito de homicidio se expuso a los avatares propios del juicio en donde mantuvo incólume su presunción de inocencia; b) En lo que tiene que ver con el indicio de la capacidad para delinquir, ese indicio no puede ser de recibo porque los antecedentes habidos en contra del Procesado corresponden a una sentencia impuesta en su contra por la comisión de un delito de homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor; c) En lo que corresponde con el indicio de convergencia de circunstancias, se parte de un supuesto errado porque en el proceso no se demostró que el Procesado pernoctaba en el sitio en donde se hallaron unas piezas de armas de fuego y otros elementos, porque lo único que se logró demostrar es que se trataba de un inmueble que se encontraba desocupado.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Promiscuo que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Corporación, según las voces del # 1º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidades sustanciales o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a las partes y demás intervinientes, que de manera negativa pueda incidir para que esta Sala de Decisión se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

 **- Problema jurídico:**

En opinión de la Sala, del contenido de las razones del disenso expresadas por el apelante en la alzada, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez A quo en algún tipo de error al momento de la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que en el presente asunto se cumplían a cabalidad con todos los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

 **- Solución:**

**1º) Los cargos relacionados con la autenticidad de las evidencias físicas encontradas en el sitio de los hechos por parte de unos miembros de la guardia indígena y el cumplimiento de los protocolos de la cadena de custodia.**

Uno de los temas que más ha generado controversia entre las partes durante el devenir del proceso, y que se ha constituido en una de las tesis de la discrepancia propuestas en la alzada, es el relacionado con la autenticidad de una vainilla percutida, la que al parecer fue encontrada en inmediaciones del sitio en donde yacían los restos mortales de quien en vida respondía por el nombre de HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, la cual, según lo dicho por un experto en balística de la Fiscalía, resultó ser percutida por un arma de fuego tipo pistola, marca *“Browing”* calibre 7,65 mm que fue encontrada en poder del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES en el momento en el que fue capturado en flagrancia.

Tal situación ha suscitado un interesante debate entre las partes en conflicto, porque según el decir de la Defensa, a lo cual se le dio un espaldarazo por parte del *A quo* en el proveído confutado, durante el recaudo de ese elemento material probatorio se irrespetaron los protocolos de cadena de custodia, al desconocerse la identidad de la persona que la encontró, lo que a su vez ha conspirado de manera negativa en todo aquello que tiene que ver con la autenticidad de dicha evidencia física; lo cual ha sido refutado por la Fiscalía, quien considera que no se encuentra en tela de juicio la autenticidad de la evidencia física de marras, debido a que desde el momento en el que la misma fue encontrada en el sitio de los hechos comenzó el proceso de autenticación, ya que se logró demostrar con los testimonios de las personas que en calidad de custodios tuvieron en su manos el susodicho elemento material probatorio, el que después de haber sido entregada a la Policía Judicial fue introducido en debida forma al juicio.

Estando claro que el escenario de la controversia puesta a consideración de esta Colegiatura gira en torno a la autenticidad de una vainilla que a modo de evidencia física fue introducida en el juicio por parte de la Fiscalía, la cual, según los resultados de una experticia efectuada por parte del perito OLAV ABBEY FERNÁNDEZ BARÓN, había sido accionada o percutida por un arma de fuego tipo pistola calibre 7,65 mm que portaba el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES en el momento en el cual fue capturado por efectivos de la Policía Judicial cuando pretendía negociar dicho instrumento bélico con JOHN FREDDY GUERRERO RUIZ (A) “Pacho”; por lo que resulta imperioso para la Sala determinar si en efecto con la recolección o el recaudo de dicha evidencia física se respetaron los protocolos de cadena de custodia para que de esa forma la misma se pueda pregonar como autentica, o si por el contrario la misma ha sido autenticada gracias a otros mecanismos alternativos de autenticación.

Como punto de partida debemos tener en cuenta que según las voces del articulo 277 C.P.P. la autenticidad es uno de los requisitos que deben cumplir los elementos materiales probatorios, para de esa manera procurar que no existan dudas o máculas de ninguna especie sobre las características o la identidad de las evidencias físicas o de los elementos materiales probatorios que se van a aportar al juicio, lo cual a su vez fortalecerá al momento de la apreciación del acervo probatorio el mayor poder suasorio o de convicción que se generaría de dichos medios de conocimiento.

Es de resaltar que dicho requisito de la autenticidad es una consecuencia del principio de la *“Mismidad”*, el que pregona:

*“Que el elemento que se utiliza para elaborar la hipótesis acusatoria, sea realmente el* ***mismo*** *objeto encontrado en la escena y el* ***mismo*** *sobre el cual, se realizaron los análisis y vínculos, y el* ***mismo*** *que se exhibe en el juicio como «evidencia»……..”[[3]](#footnote-3).*

Uno de los mecanismos ideados por el legislador para garantizar la autenticidad de las evidencias físicas y de esa manera hacer gala del principio de la mismidad en en la *cadena de custodia*, reglamentada en los artículos 254 y 277 C.P.P. la cual consiste en lo siguiente:

*“La cadena de custodia es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.*

*(:::)*

*Dígase que la cadena de custodia es, entonces, un medio a través del cual se demuestra la autenticidad del elemento material probatorio, no siendo el único, pues la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente. En tal caso, la anomalía en la cadena de custodia tendría incidencia en la idoneidad demostrativa del medio de convicción, más no la aplicación de la regla de exclusión.*

*Puede decirse, entonces, que 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 la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción…..”[[4]](#footnote-4).*

Pero es de anotar que la cadena de custodia no es la única herramienta concebida para la autenticación de las evidencias físicas y de los elementos materiales probatorios que se pretendan aducir a un juicio, puesto que existen otros métodos de autenticación, entre los cuales se encuentran el *Testimonio; la marcación; la auto-autenticación y la peritación*. Pero es de anotar que quien acuda a esos métodos, por no estar ellos amparados de los efectos de la presunción de autenticidad que dimana de la cadena de custodia, en aquellos casos en los cuales la evidencia física ha pasado por varias manos, tiene la carga de acreditar la identidad de cada uno de los custodios del elemento material probatorio, quienes a su vez deberán identificar la evidencia y exponer las razones o motivos por las cuales la misma llegó a su poder.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que como consecuencia de las condiciones de orden público que imperaban en la zona en donde fue ultimado quien en vida se llamara HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, gracias al concurso de varios funcionarios del Cuerpo de bomberos de Mistrató, en asocio de un grupo de miembros de la guardia indígena, fue posible el rescate de los restos mortales del óbito. Además, acorde con lo consignado en el informe de policía judicial adiado el 7 de agosto del 2.008, se tiene que el asesor jurídico del cabildo indígena, le hizo entrega a los investigadores de una vainilla percutida calibre 7.65 mm, la cual su vez fue sometida a los correspondientes protocolos de cadena de custodia.

Es de anotar que con posterioridad, gracias al informe pericial emitido por parte del técnico OLAV ABBEY FERNÁNDEZ BARÓN, se pudo establecer que la aludida vainilla había sido percutida por un arma de fuego, tipo pistola calibre 7,65 mm, la que el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES portaba en el momento en el cual fue capturado por efectivos de la Policía Judicial.

Ahora, respecto de la forma como ese casquillo llegó en poder de los indígenas, se tiene establecido qué acorde con lo atestado por parte de EDILSON ARCE y ABELARDO NENGARABE, cuando ellos en su calidad de miembros de la guardia indígena fueron al sitio de los hechos para rescatar los despojos mortales del óbito, se encontraron con muchos curiosos en el teatro de los acontecimientos, y ahí fue cuando un indígena, a quien no pudieron identificar, los abordó haciéndole entrega a EDILSON ARCE de una vainilla, la cual supuestamente fue encontraba en dicho sector por parte del desconocido[[5]](#footnote-5). A su vez EDILSON ARCE le hizo entrega de ese casquillo a OLINTO RUBIEL MAZABUEL QUILINDO, quien, después de quedarse con él por varios días, procedió a entregárselo a los miembros de la Policía Judicial, quienes la sometieron a los protocolos de cadena de custodia.

De lo antes expuesto se desprende que en el presente asunto se dio cumplimiento a lo ordenado en el inciso 2º del articulo 255 C.P.P. porque en efecto los particulares que tuvieron en su poder la evidencia física supuestamente hallada en el sitio de los hechos por los indígenas procedieron a entregársela a la Policía Judicial, pero tal situación *per se* no quiere decir que se deba presumir la autenticidad de ese elemento material probatorio, puesto que los protocolos de cadena de custodia solo empezaron a implementarse a partir del momento en el que la evidencia física fue puesta a disposición de la Policía Judicial por parte de OLINTO RUBIEL MAZABUEL QUILINDO, pero es claro que antes de ese evento no tuvo ocurrencia ningún procedimiento técnico que garantizara su autenticidad, lo cual implicaba para la Fiscalía la carga de demostrar la autenticidad de ese medio de conocimiento, tal y cual como lo ordena el articulo 277 C.P.P.

En tal sentido, es de resaltar que la Fiscalía pretendió utilizar el testimonio como medio alternativo de autenticación, razón por la que llevó al juicio a cada una de las personas por cuyas manos pasó ese elemento material probatorio, Vg. EDILSON ARCE; ABELARDO NENGARABE y OLINTO RUBIEL MAZABUEL, pero es de anotar, acorde con lo dicho en párrafos anteriores, que esa cadena de custodios quedó incompleta puesto que el Ente Acusador falló en lo que atañe con el eslabón inicial, el cual no rindió testimonio debido a que como está bien acreditado nunca se supo sobre la identidad de la persona quien a modo de primer respondiente le hizo entrega a los miembros de la guardia indígena de la susodicha evidencia física, arrojando de esa forma un manto de dudas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que incidieron en su hallazgo, lo que a su vez repercutiría de manera negativa en todo aquello que tiene que ver con el cumplimiento del requisito de la autenticidad como de los fines perseguidos por el principio de la mismidad.

La consecuencia que a nivel del proceso generaría que al proceso haya sido allegado un medio de conocimiento cuya autenticidad se encuentra seriamente cuestionada o más bien que no haya sido acreditada debidamente, acorde con lo consignado en el precedente jurisprudencial citado en párrafos anteriores, {**sentencia del diecisiete (17) de abril de 2013. Rad. # 35127**}, es que el mismo no tendría ningún tipo de poder suasorio o de convicción, por lo que técnicamente tal elemento material probatorio vendría siendo algo inane por carecer de cualquier tipo de valor probatorio.

Ahora bien, en caso que una evidencia física de la cual posteriormente se logré demostrar que no cumplía con el requisito de la autenticidad haya sido utilizada como elemento para la elaboración de una experticia, la Sala es de la opinión que los vicios relacionados con la pérdida de su poder suasorio se deben hacer extensivos hacia el dictamen pericial por haber esta última prueba abrevado de una fuente contaminada como lo es el elemento material probatorio inauténtico, por lo que la evidencia pericial estaría irradiada de todos aquellos defectos que achacan la autenticidad de la evidencia matriz.

Lo antes expuesto nos estaría indicando que en el presente asunto la Fiscalía no logró probar la autenticidad de la vainilla percutida que supuestamente fue encontrada por unos indígenas en el teatro de los acontecimientos, la cual posteriormente fue allegada al juicio, por lo que al contrariar ese elemento material probatorio con el requisito de la autenticidad y los presupuestos que orientan al principio de la mismidad, la Sala opina que su poder suasorio vendría siendo nimio e insignificante. Tales efectos de la irrelevancia e insignificancia probatoria de igual forma afectaron el valor probatorio del dictamen pericial de balística forense rendido por parte del técnico OLAV ABBEY FERNÁNDEZ BARÓN, por ser esta una prueba basada en una evidencia física que adolecía del cumplimiento de los requisitos ya enunciados por la Sala en el presente proveído.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia formulada mediante los presentes cargos por parte de la Fiscalía, y que por el contrario el A quo estuvo atinado en la apreciación que hizo del acervo probatorio, en especial de todo aquello que expuso para cuestionar o poner en tela de juicio la autenticidad de la aludida evidencia física.

Finalmente la Sala no puede pasar por alto que en el dictamen pericial de balística forense rendido por parte del técnico OLAV ABBEY FERNÁNDEZ BARÓN, también se hizo un estudio sobre una vainilla percutida del calibre 7.65 mm que fue encontrada en el inmueble habitado por el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo el 27 de Septiembre del 2.008. En dicha experticia se dictaminó que el cartucho de marras fue percutido por un arma de fuego tipo pistola, marca *“Browing”* calibre 7,65 mm, la cual portaba el Procesado ÁLVAREZ MORALES en el momento de su captura. Pero es de anotar que a pesar que en ese evento si se respetaron los protocolos de la cadena de custodia, por lo que obviamente esa evidencia física se presume como auténtica, para la Sala lo dictaminado por el perito en ese contexto se torna irrelevante y superfluo porque no existe ningún hilo conductor que permita establecer que esa arma de fuego tenga algo que ver con la comisión del delito de homicidio de quien en vida HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, debido a que el único nexo que había entre ambos, el casquillo encontrado en el sitio de los hechos, como bien lo pudo acreditar la Sala, carecía de valor probatorio por no cumplir con el requisito de la autenticidad.

**2º) Los cargos relacionados con la existencia de pruebas de referencia que sumadas a unas pruebas indiciarias cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para proferir un fallo de condena.**

Mediante el presente cargo, el recurrente acusa al A quo de haber incurrido en una serie de yerros en la apreciación del acervo probatorio, porque no tuvo en cuenta que si bien es cierto que en la actuación existía una prueba de referencia, lo dicho en una entrevista por parte de ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ, no era posible aplicar la fórmula de la tarifa probatoria negativa en atención a que dicha prueba de referencia se encontraba acompañada con una serie de indicios, que fueron preteridos por el A quo, con los cuales válidamente se podía proferir un fallo condenatorio acorde con lo establecido en el artículo 381 C.P.P.

Para poder absolver los cuestionamientos que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, como punto de partida se debe tener en cuenta que en materia de prueba de referencia[[6]](#footnote-6), se tiene establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que su valor probatorio es insignificante o fútil por contrariar ese tipo de pruebas los principios de contradicción e inmediación, razón por la cual en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa en cuya virtud no es posible dictar sentencia condenatoria con base en pruebas de referencia admisibles. Pero es de anotar que dicha tarifa probatoria negativa no es absoluta, porque en aquellos casos en los cuales la prueba de referencia se encuentre acompañada de otro tipo de pruebas, con ese conjunto probatorio válidamente se puede llegar a ese grado de convicción que el aludido articulo 381 C.P.P. requiere para poder edificar una sentencia condenatoria.

Sobre lo anterior, de vieja data la Corte se ha expresado en de la siguiente manera:

*“Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.*

*(::::)*

*En síntesis, las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento…..”[[7]](#footnote-7).*

Posición jurisprudencial que ha sido ratificada en los siguientes términos:

*“La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.*

*(::::)*

*En varias oportunidades {Casaciones 25920 del 21 de febrero de 2007; 27477 del 6 de marzo de 2008 y 29609 del 17 de septiembre de 2008.}, la Corporación ha estudiado la naturaleza, admisibilidad y valoración del medio de prueba de referencia, para reafirmar cómo se torna en un elemento de convicción excepcional, cuyo contenido debe encontrar eco en otras pruebas practicadas con inmediación y sometida su producción a la participación de las partes, so pena que opere la regla del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que en últimas, cabe agregar, es clara manifestación de que nuestro sistema procesal propugna por la regla de exclusión de la prueba de referencia……”[[8]](#footnote-8).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que efectivamente en la actuación existe una prueba de referencia admisible como lo es lo dicho en una entrevista absuelta por parte de ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ, la cual fue introducida al juicio por parte del Policial CARLOS ALBERTO REYES CUELLAR ante la indisponibilidad del testigo de quien se dice que lo habían matado, lo que a su vez es ratificado por lo dicho en calidad de *Testis ex auditu* por parte de JOHN FREDDY ARCE SIAGAMA.

Según esa pruebas, se tiene que ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ ante la comunidad indígena hizo una serie de señalamientos en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES de haber sido uno de los asesinos y confesó su participación en los hechos al afirmar que a la víspera de los acontecimientos estuvieron llamando a HUGO GONZÁLEZ BERNAZA para saber por dónde iba, y luego de haber preparado la emboscada Él se quedó oculto en la vegetación para así observar lo que los otros hacían, y que una vez que todo concluyó estuvo ingiriendo licor con los asesinos.

Acorde con la tesis propuesta por la Fiscalía en la alzada, la anterior prueba de referencia no se encontraba huérfana en el proceso, porque en el mismo existían una serie de indicios, que fueron ignorados por el *A quo*, los que de una u otra forma apalancaban o robustecían todo lo dicho en calidad de prueba de referencia por parte de ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ. Entre los indicios preteridos, los que según recurrente no fueron tenidos en cuenta por el *A quo* al momento de la apreciación del acervo probatorio, se encontraban los siguientes: El indicio de mentiras y de mala justificación; el indicio de aceptación de la conducta; el indicio de la capacidad para delinquir; el indicio de la oportunidad para delinquir, y el indicio de convergencia de circunstancias.

Para la Sala los anteriores indicios, que en sentir de la Fiscalía no fueron apreciados en debida forma por parte del A quo, no pueden ser catalogados en su esencia como prueba indiciaria o indirecta, en atención a que el Ente Acusador tergiversó y distorsionó lo que en verdad demostraban las pruebas que acreditaban sus hechos indicadores. Además, en lo que atañe con la probabilidad que se generaba del juicio de inferencia, algunos de dichos indicios deben ser catalogados como simples y meras sospechas.

Para demostrar la anterior afirmación, como punto de partida se hace necesario tener en cuenta que la prueba indiciaria se caracteriza por ser producto de un juicio de inferencia racional en virtud del cual, acorde con las reglas de la experiencia y de la lógica, se permite deducir la existencia de un hecho desconocido con base en un hecho conocido que debe estar plenamente acreditado en el proceso.

En tal sentido la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“Como se sabe, y lo ha repetido la Sala en diversos pronunciamiento, el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.*

*Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece……”[[9]](#footnote-9).*

De lo antes expuesto, se desprende que los elementos integrantes de una prueba indiciaria serían los siguientes: a) La existencia de un hecho indicador o conocido; b) La existencia de un hecho indicado o desconocido; c) Un juicio racional de inferencia, en virtud del cual acorde con las reglas de la experiencia y de la lógica, permitan concluir con probabilidad o posibilidad que del hecho conocido se puede deducir la existencia de uno de naturaleza desconocida. Lo cual a su vez repercutiría en que un indicio contingente pueda ser catalogado como grave o leve, porque si esa relación de probabilidad es fuerte, el indicio debe ser considerado como grave, en cambio en caso de ser frágil o débil, el indicio vendría siendo leve, pero si dicha fragilidad queda en el mero campo de las especulaciones e incertidumbres, se estaría transitado por los senderos de las sospechas.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio tenemos lo siguiente:

1) En lo que tiene que ver con *el indicio de mentiras o de falsas justificaciones*, el cual tiene como prueba de sus hechos indicadores la poca credibilidad que merecían las explicaciones dadas por el Procesado respecto de la forma o manera tan inaudita y fabulesca como obtuvo el arma de fuego que posteriormente tenía en su poder en el momento el que fue capturado por la Policía Judicial, para la Sala dicha prueba indirecta debe ser catalogada como artificiosa e irrelevante, por la sencilla razón consistente en que no existe un hilo conductor que lie el arma de fuego incautada al Procesado con el homicidio de quien en vida respondía por el nombre de HUGO GONZÁLEZ BERNAZA.

Lo anterior se debe a que la evidencia física que podría servir de hilo conductor, o sea el casquillo del arma de fuego supuestamente hallado en el sitio de los hechos, del cual pericialmente se dice que fue accionada por el arma de fuego que el Procesado portaba al momento de su captura, carece de cualquier tipo de poder suasorio en atención a que la misma no cumplía con el requisito de la autenticidad.

Además de lo antes expuesto, es de resaltar que para la Sala dicho indicio solo operaria es dentro del hipotético escenario del proceso que se le adelantaría al Procesado por la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego, en el caso que pretenda justificar el por qué tenía en su poder un arma de fuego sin los respectivos salvoconductos o permisos expedidos por las autoridades competentes, lo cual no acontece en el *subexamine*, porque los cargos enrostrados en contra del Procesado solo giraban en torno de la comisión del delito de homicidio agravado.

2) La Sala considera que en lo que corresponde con el denominado *indicio de aceptación de la conducta*, no nos encontramos en presencia de una prueba indiciaria sino en unas simples y meras sospechas. Para llegar a la anterior conclusión se hace necesario tener en cuenta que la Fiscalía soporta ese indicio con base en los reclamos que el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES, en el momento de ser capturado, le hizo a JOHN FREDDY GUERRERO RUÍZ, (A) “Pacho”, a quien acusaba de haberle tendido una emboscada con el propósito de cobrar una recompensa que se ofrecía a quien o quienes suministraran información sobre los asesinos del gobernador indígena.

De lo anterior no se desprende o se infiere como hecho oculto o desconocido que el Procesado ÁLVAREZ MORALES, ante los reclamos que le formuló a (A) “Pacho”, haya admitido de manera tacita o implícita su autoría en la comisión del homicidio de HUGO GONZÁLEZ BERNAZA, porque lo único que hizo fue expresar su inconformidad con lo acontecido, o sea por la celada que le fue tendida por parte de JOHN FREDDY GUERRERO, quien a modo de agente inductor le había propuesto que le vendiera un arma de fuego[[10]](#footnote-10).

3) Igual situación de tornar unas simple y meras sospechas en indicios aconteció con el denominado *indicio de convergencia de circunstancias*, el cual, según decir de la Fiscalía, tiene como su hecho indicador el hallazgo en el interior de un inmueble habitado por el Procesado, durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro efectuada el 12 de agosto del 2.008, de unas piezas de armas de fuego hechizas y de unas prendas de vestir similares a las utilizadas por los asaltantes. Lo cual para la Sala es errado por ser producto de una tergiversación de la realidad probatoria, porque si nos atenemos al acta de la diligencia de allanamiento y registro efectuada a eso de las 06:05 horas del 12 de agosto del 2.008 en un inmueble ubicado en la vereda “El Tambo” del municipio de Mistrató, los policiales encargados de la búsqueda solo encontraron un par de chapuzas o fundas de armas de fuego de mano.

Tal situación nos estaría indicando que el recurrente distorsionó el contenido de la prueba del hecho indicador para acreditar con ellas aspectos que esa prueba no demostraba, y con base en ese error procedió a inferir cosas que no corresponden con la realidad. Aunado a que la Fiscalía no pudo acreditar que el procesado no residía en ese inmueble.

4) Sobre el *indicio de la oportunidad para delinquir*, vemos que esta prueba indirecta la soporta el recurrente en las pruebas que demuestran que los hechos tuvieron ocurrencia en el sector en el que vivía el Procesado y sus allegados, lo que en opinión del apelante le otorgaba una especial oportunidad para perpetrar el homicidio. Pero para la Sala lo argüido como hecho inferido por el recurrente no es un indicio sino una sospecha que hábilmente ha sido tornada por el recurrente a modo de prueba indirecta, si partimos de la base que esta modalidad de indicios se pregona es en aquellas hipótesis en las cuales el sujeto agente se encuentra en unas circunstancias o condiciones especiales que le hacían posible o le facilitaban la comisión de un hecho delictivo. En tal sentido la doctrina se ha manifestado de la siguiente manera:

*“Entiéndase por ésta la condición especial que tiene el acusado quien se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito……”[[11]](#footnote-11).*

Ahora bien, considerar, como lo asevera el recurrente, que el Procesado se encuentra seriamente indiciado de haber perpetrado el homicidio por el simple y mero hecho de residir o ser vecino del sector en donde tuvo ocurrencia el asesinato, es un despropósito que no se compadece con la razón de ser de la aludida prueba indirecta que se le pretende endosar en su contra, por la sencilla razón que el Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES se encontraba en las mismas condiciones de cualquier otro ciudadano que residía en inmediaciones de dicho sector, a quienes, siguiendo el hilo argumental propuesto por el recurrente, también se les facilitaría la comisión del reato.

Por lo tanto, para la Sala en el presente asunto no se dan esas condiciones especiales que permitan inferir que al Procesado se le facilitaba la comisión del reato por el simple hecho de ser vecino de la región en la cual tuvo ocurrencia el homicidio.

6) Finalmente, en lo que atañe con el denominado *indicio de la capacidad para delinquir*, el cual, según el decir del recurrente tiene como sus hechos indicantes las pruebas que demuestran que el Procesado tenía en su contra antecedentes penales vigentes por la comisión del delito de homicidio y porte ilegal de armas, lo que permitía inferir que bien pudo cometer el delito de homicidio endilgado en su contra, el que se perpetró mediante el uso de armas de fuego; la Sala es de la opinión que el recurrente incurrió en unos errores de raciocinio en el juicio lógico de inferencia efectuado para la deducción de la susodicha prueba indirecta, si tenemos en cuenta que la misma se fundamenta en la aptitud que posee una persona para poder cometer determinado reato. Por ello se ha dicho que si una persona tiene antecedentes penales, Vg. por narcotráfico o hurto, y está siendo procesado por reatos similares, existe la posibilidad que tenga la capacidad para reincidir en la comisión de los delitos que ahora se le enrostran.

Sobre lo anterior la doctrina ha sido del siguiente criterio:

*“Toda aptitud que una persona posea y en virtud de la cual se le facilite el desarrollo de determinada actividad jurídicamente relevante; esas especiales condiciones que posee una persona en relación con la actividad que habiendo sido desarrollada despertó el interés del derecho pueden ser de carácter físico o moral, lo cual ha permitido distinguir entre indicios de capacidad física e indicios de capacidad moral….”[[12]](#footnote-12).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que en efecto en contra del Procesado existe un antecedente penal vigente por la comisión del delito de homicidio simple, en atención a que por sentencia proferida el 25 de mayo del 2.007 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, resultó condenado a la pena de 34 meses y 6 días de prisión. Pero es de anotar que dicho delito de homicidio lo cometió el Procesado en estado de ira e intenso dolor en atención a que en una reyerta mató a garrotazos a otra persona que instantes antes había agredido con un machete a un hermano suyo.

Ahora, si cotejamos las premisas fácticas relacionadas con el antecedente penal habido en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES con aquellas relacionadas con los hechos objeto de la acusación que en el presente caso le endilgó la Fiscalía al acriminado de marras, de bulto se observa que entre ambas no existe identidad fáctica, por lo que resulta un tanto difícil inferir, como hecho oculto o inferido, que una persona que mató a otro bajo el influjo de la ira y el intenso dolor, se encuentre en la capacidad de asesinar a un semejante suyo a sangre fría como aconteció en el caso del hoy occiso HUGO GONZÁLEZ BERNAZA.

Con base en lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto los indicios aludidos por el recurrente, que supuestamente fueron preteridos por el A quo al momento de la apreciación del acervo probatorio, no existen por ser muchos de ellos unas simples y meras sospechas que hábilmente el apelante pretendió erigir en indicios, mientas que otros son producto de unas tergiversaciones de las pruebas de los hechos indicadores y de errores en los que se incurrió en los juicios de inferencia.

Por lo tanto al no existir los aludidos indicios con los cuales el recurrente cabalga en la alzada, se puede concluir que la prueba de referencia, relacionada con lo dicho en una entrevista absuelta por ARLEY SIAGAMA CAIZALEZ, se encontraba huérfana en el proceso y por ende con la misma, como consecuencia de la aludida tarifa probatoria negativa, no era posible edificar una sentencia condenatoria en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES.

**- Conclusiones:**

A modo de conclusiones se puede decir que no le asiste la razón a las tesis de la discrepancia propuestas por el recurrente en la alzada y que por el contrario el *A quo* estuvo atinado en la decisión tomada en el fallo confutado, porque en efecto con las pruebas aducidas al juicio según lo exigido por el artículo 381 C.P.P. no se podía proferir un fallo de condena por lo siguiente:

1. En la actuación procesal solo existía una prueba de referencia en contra del Procesado ARSENIO ÁLVAREZ MORALES.
2. Los indicios que según decir del apelante fueron ignorados por el Juez de primer nivel, son producto de una serie de errores en los cuales el recurrente incurrió al llevar a cabo el juicio de racional de inferencia lógica.
3. La Fiscalía pretendió aducir como prueba *reina* una evidencia física carente de poder suasorio en atención a que adolecía del cumplimiento del requisito de la autenticidad, cuyas maculas se extendían hacia un dictamen pericial de balística rendido con base en ese elemento material probatorio.

Siendo así las cosas, al no prosperar los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, a la Sala no le queda otro opción diferente que la de confirmar la Sentencia opugnada en todo aquello que fue objeto de la impugnación propuesta por el apelante.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto de impugnación, la sentencia proferida el 19 de abril del 2.012, por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en la cual se absolvió al Procesado **ARSENIO ÁLVAREZ MORALES** de los cargos endilgados en su contra por parte del Ente Acusador, relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio agravado.

**SEGUNDO:** **DECLARAR** que contra de la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

1. Lo cual para la Sala no es de recibo, porque existen otros escenarios diferentes al de sentencia en los cuales válidamente los servidores judiciales pueden formular sus críticas a las falencias e inconvenientes que se han generado como consecuencia de la adopción del sistema penal acusatorio, y ofrecer alternativas de solución a las mismas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Las que en sentir de la Sala regulan el principio de la *«Perpetuatio Jurisdiccione»* en el escenario de los impedimentos y recusaciones. [↑](#footnote-ref-2)
3. MORA IZQUIERDO RICARDO: La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio, pagina # 193. Editores gráficos Colombia Ltda. 2.007. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecisiete (17) de abril de 2013. Rad. # 35127. M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que los testigos no presenciaron el momento del hallazgo de la evidencia que les fue entregada a ellos por parte del desconocido. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cuya definición la encontramos en el artículo 437 C.P.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468. M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de septiembre veintiuno (21) de 2011. Radicado # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de febrero de 2013. Proceso # 28465. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-9)
10. De lo cual existen indicios, si se tiene en cuenta que JOHN FREDDY GUERRERO no fue capturado ni judicializada por las autoridades en el momento en el que negociaba ilícitamente con ARSENIO ÁLVAREZ la compraventa de un arma de fuego. [↑](#footnote-ref-10)
11. GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS: La prueba en el sistema penal acusatorio. Página # 931. 1ª Edición. 2.011. Leyer Editores. [↑](#footnote-ref-11)
12. REYES ALVARADO, YESID: La prueba indiciaria. Página # 246, 2ª Ed. 1.989. Ediciones Reyes Echandia Abogados Ltda. [↑](#footnote-ref-12)