

¡Error! Marcador no definido.

Proceso No 26279

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 158

Bogotá, D.C., veintinueve de agosto del año dos mil siete.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra la Sentencia de segunda instancia proferida el 12 de junio de 2006, mediante la cual absolvió a los procesados CARLOS JULIÁN TUÑÓN GALVIS y RICARDO LAVERDE BURGOS del concurso de delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, a ellos imputado en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Pereira, fueron declarados por el juzgador a quo, de la manera siguiente:

“Tuvieron ocurrencia el día 21 de septiembre de 2005, en horas de la tarde, en sector rural cercano a la Vereda La Gramínea, sitio por el cual se desplazaba el Sr. José Fabio

Salazar, a bordo de su vehículo automotor Mazda HS Placa PES 928 y con destino a su vivienda ubicada en esas inmediaciones, cuando fue interceptado por tres sujetos que provistos de armas de fuego, lo intimidaron para proceder a despojarlo del rodante y elementos que allí llevaba.

“Posteriormente el vehículo fue hallado en paraje rural de la ciudad, desprovisto de sus rines, llantas, radio y otros”.

2.- En el escrito de acusación se indica, además, que “el día 27 de septiembre de 2005, el ofendido se dirigió a las instalaciones de la URI de la Fiscalía de Pereira, cuando observó un vehículo parqueado a la entrada de dicha oficina, el cual llevaba instalados los rines que eran de su propiedad, por lo que procedió a solicitar a los funcionarios de la policía judicial que allí laboran, el decomiso de los mismos. La (señora) Gloria Tuñón Ardila, persona que se movilizaba en el vehículo que tenía los rines hurtados, dijo que era tía de un muchacho de nombre CARLOS JULIÁN TUÑÓN GALVIS y éste a su vez estaba acompañado de un primo de nombre RICARDO LAVERDE BURGOS, personas que estaban detenidas por el hurto de una motocicleta”.

Se precisa asimismo, que “luego se realizó reconocimiento fotográfico con el ofendido, quien reconoció a dos de los tres sujetos que lo habían asaltado, por lo que la Fiscalía procedió a solicitar a un Juez de Garantías las respectivas órdenes de captura de los señalados, las cuales se hicieron efectivas”.

3.- Lograda la aprehensión de los requeridos, la Fiscalía 15 Seccional con sede en Pereira, presentó el caso ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, en donde solicitó llevar a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en desarrollo de la cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal de 2004, les imputó la realización del concurso de delitos de

hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cuyos cargos no fueron aceptados por los imputados, quienes se encontraban asistidos por un profesional del derecho.

4.- El dieciséis de diciembre de dos mil cinco, la Fiscalía presentó escrito de acusación en el cual les imputó a los inculcados CARLOS JULIÁN TUÑÓN GALVIS y RICARDO LAVERDE BURGOS la realización del concurso de delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, definidos por los artículos 240.4 -inciso segundo-; 241, numerales 9º y 10º; y 365 de la Ley 599 de 2000, modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

5.- Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, el 18 de enero de 2006, se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación; el 13 de febrero siguiente la audiencia preparatoria, y finalmente, los días 17, 18 y 19 de abril el juicio oral; en esta última fecha se anunció el sentido condenatorio del fallo por el concurso de delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La sentencia fue dictada el dos de mayo de dos mil seis y en ella se resolvió condenar a los señores CARLOS JULIÁN TUÑÓN GALVIS y RICARDO LAVERDE BURGOS a la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, entre otras determinaciones, a consecuencia de hallarlos penalmente responsables del concurso de delitos a ellos imputado en la acusación.

6.- El fallo fue apelado por la defensa, que expuso, entre otras, las siguientes consideraciones: a) hubo parcialidad en el juicio toda vez que se cree que el ofendido y la juez son amigos, pues, según dijo, la víctima es un fiscal del que dijeron que actuó en esa doble condición; b) la vinculación de los imputados se dio por simples coincidencias; c) se debe excluir el reconocimiento fotográfico introducido al juicio por la

investigadora, pues, de una parte, no fue elaborado por ella sino por una persona que no declaró, de otra, las fotografías empleadas no pertenecían a personas de rasgos similares, y por último, la diligencia se realizó pese a conocerse que los imputados se hallaban privados de la libertad en otro asunto; d) el ofendido expresó haber permanecido un tiempo considerable con los autores del hurto y sin embargo hizo una descripción morfológica muy pobre; e) se impugnó la credibilidad del testigo toda vez que se cree que tenía alterado su ánimo luego de haberse llevado a cabo el hurto; f) se encuentra probado que el ofendido, antes de participar en el reconocimiento fotográfico vio a los acusados cuando fueron sacados a la sala de reseña; g) la defensa introdujo un documento para demostrar la propiedad de los rines y la Fiscalía otro con la investigadora Ángela Zarabanda, pero sin cumplir el requisito de autenticidad, dado que no fue reconocido por quien lo suscribió; y finalmente, entre los aspectos relevantes, anotó que los rines no podían ser del denunciante porque la fecha de fabricación es posterior a la de la compra de tales elementos por parte del señor Edgar Montoya.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra el fallo de primer grado, mediante sentencia proferida el doce de junio de dos mil seis, decidió revocarlo íntegramente y, en consecuencia, absolver a los acusados de los cargos que les fueran formulados.

7.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación del escrito de demanda, el cual fue admitido por la Corte (fl. 5 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en lo dispuesto por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el demandante formula un cargo contra la sentencia del Tribunal, en el que la acusa de ser violatoria, por vía indirecta, de disposiciones de derecho sustancial y en su desarrollo postula dos errores: uno por desconocimiento de las reglas que rigen la aducción de la prueba, y otro por equivocaciones en la apreciación de los medios.

Estos desaciertos, dice, condujeron a la falta de aplicación de los artículos 240.4, 241.9-10 y 365 del Código Penal, relativos a los delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, así como “también las siguientes normas procesales (violación intermedia), equivocadamente examinadas por el Tribunal Superior y regulativas de las pruebas fueron: artículos 380 -criterios de valoración-, 381 -conocimiento para condenar-, 382 -medios de conocimiento- y 404 -apreciación del testimonio-, todas de la Ley 906 de 2004”.

CAUSAL TERCERA. Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se fundó el fallo.

ÚNICO CARGO. (Violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial. (Falta de aplicación de los artículos 240.4, 241.9-10 y 365 del Código Penal de 2000, que definen los delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal).

PRIMER REPROCHE. (Error de derecho por falso juicio de legalidad. Desconocimiento de las reglas que rigen la aducción de la prueba).

En la pretensión de darle desarrollo a dicho enunciado, manifiesta que a través de la investigadora Ángela Zarabanda Oviedo, de la Unidad de Indagación Preliminar de la Fiscalía 11 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Pereira, el señor Jhon Jairo Clavijo Buitrago, en su condición de Artista Forense Criminalístico IV, del área de Identificación de Personas, Morfología Facial, del Cuerpo Técnico de Investigación de

la Fiscalía General de la Nación, conformó dos álbumes para reconocimiento fotográfico, incluyendo fotografías de los señores RICARDO LAVERDE BURGOS y CARLOS JULIÁN TUÑÓN, cada uno con siete reproducciones fotodigitales, incluidas las de estas dos personas.

Precisa que el reconocimiento fotográfico fue practicado con las formalidades legales, y por ende, era deber del juzgador valorarlo desde esa perspectiva. No obstante, equivocadamente le negó valor al estimar que era ilegal porque consideró que ha debido practicarse reconocimiento en fila de personas, cuando lo cierto es que se cumplió lo previsto por el artículo 252 de la Ley 906 de 2004, en cuanto se llevó a cabo antes de haberse formulado la imputación.

Si el Tribunal no hubiera cometido el yerro que denuncia, anota, la decisión inevitablemente tendría que haber sido la convalidación de la sentencia de condena. “En otras palabras, la comisión de la equivocación anotada, determinó la absolución de los acusados Tuñón y Laverde”.

Por razón de lo expuesto, solicita a la Corte casar el fallo recurrido y mantener la condena expedida por el Juzgado de primera instancia.

SEGUNDO REPROCHE. (Error de hecho por falso raciocinio).

Indica que la inferencia que realizó el Tribunal, en el sentido de que el doctor José Fabio Salazar no “podía ni transmitir los rasgos físicos de los otros dos, ni tampoco reconocerlos”, viola los postulados de la sana crítica, toda vez que “al describir a los asaltantes y al reconocer a dos de ellos en el reconocimiento fotográfico, demostró que estaba en capacidad de imputar, con la seriedad de un funcionario judicial que administra justicia, específicamente a los señores Carlos Julián Tuñón Galvis y Ricardo Laverde Burgos, la comisión del crimen”.

Sostiene que el Tribunal incurre en contradicción, pues primero señala que el ofendido reconoció sin dubitación alguna a los implicados como dos de las personas que lo asaltaron, y hasta indicó el rol que cada uno de ellos cumplió en las conductas punibles; no obstante, enseguida descalifica la actuación del juzgado de instancia al conferirle crédito, porque la credibilidad del testimonio de la víctima había sido impugnada.

Afirma asimismo, que el Tribunal continuó su errático discurso cuando considera que “la imputación se hizo con una inferencia muy débil”, con lo cual pareciera ahora que de manera impropia devuelve atrás el proceso cuestionando la audiencia preliminar de la formulación de imputación, la cual había sido convalidada por el juez de control de garantías.

Censura la consideración del ad quem, según la cual, dadas las dificultades que tuvo el testigo en el proceso de rememoración, su declaración debe ser valorada negativamente, pues, según dice, “no resulta conforme a la sana crítica del testimonio y de todos los medios probatorios allegados como pruebas al juicio, que un discurso tan extenso culmine en una deducción tan desafortunada. No le importó al Tribunal que la declaración del ofendido José Fabio Salazar en la audiencia pública del juicio y su complemento el reconocimiento directo y sin dubitación alguna –como la misma Corporación lo aseveró-, sirvieran para construir el fallo que debía ser condenatorio. Tampoco que enmendara así las hipotéticas falencias destacadas por los Magistrados y que como bien se examinó no existieron sino en sus raciocinios”.

Señala que las reglas de la sana crítica fueron conculcadas cuando el Tribunal apreció erradamente el testimonio del doctor José Fabio Salazar y su complemento, los reconocimientos que en la audiencia pública hizo de los acusados Carlos Julián Tuñón Galvis y Ricardo Laverde Burgos, al desconocer todos los elementos fácticos y concomitantes con el hecho criminal del cual fue víctima, y que le permitieron escrutarlos en las diligencias de reconocimiento fotográfico y posteriormente en el

juicio con todas las garantías del debido proceso.

Manifiesta que el Tribunal tampoco llevó a cabo un análisis objetivo y ponderado sobre la personalidad del ofendido, como sí lo hizo acertadamente la primera instancia. En tal sentido destaca que se trata de un servidor judicial que en condiciones normales merecía credibilidad, más aún cuando no había ningún elemento de juicio que enervara dicha apreciación. Esto contrasta con los testimonios de los acusados, quienes aceptaron haber sido condenados al allanarse a la imputación por el hurto de una motocicleta, en hechos casi coetáneos a éstos.

Anota, además, que el Tribunal, para responder el planteamiento de la defensa en lo relativo a la solicitud de excluir el reconocimiento fotográfico, admitió la legalidad de éste tras considerar que fue ordenado en la audiencia preparatoria e incorporado como tal en el juicio oral. Por razón de ello, en opinión del casacionista, ha debido conferirle credibilidad, pero en lugar de ello descartó el medio tras sostener que ha debido practicarse reconocimiento en fila de personas.

Precisa que como el patrullero de la Policía, señor Eliberto Orrego Zapata, en el juicio declaró no haber visto que alguna persona distinta de él hubiere entrado al calabozo en donde se encontraban privados de la libertad los señores CARLOS JULIÁN TUÑÓN GALVIS y RICARDO LAVERDE BURGOS, debía inferirse que el doctor José Fabio Salazar no los vio antes de la diligencia de reconocimiento fotográfico practicado con la investigadora del CTI.

Señala, entonces, que “si el Tribunal admitió la legalidad del reconocimiento fotográfico hecho en contra de los señores Tuñón y Laverde al haberse ordenado en la audiencia preparatoria y luego su incorporación al juicio oral, debió por lo tanto ser consecuente y mantener ilado su discurso para darle congruencia convalidando la condena impugnada” (fls. 139 y ss. carpeta).

Audiencia de sustentación.-

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, que la Corte dispuso llevar a cabo de conformidad con lo previsto por el inciso último del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, se presentaron las siguientes intervenciones.

1.- Del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Es de advertir que mediante Resolución Número 0-1506 expedida el 2 de mayo de 2007, el Fiscal General de la Nación designó especialmente al doctor Eudoro Echeverri Quintana, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, para sustentar e intervenir como sujeto procesal, en representación de la Fiscalía General de la Nación, en el presente asunto.

En uso de la palabra, manifestó no tener nada nuevo que agregar a su demanda de casación.

2.- Del Ministerio Público.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, en uso de la palabra, en relación con el reparo que por falso juicio de legalidad postula el censor contra el fallo del Tribunal, manifiesta que el desarrollo que se le imprime no corresponde al tipo de error enunciado, en tanto el fallador no le otorgó al reconocimiento un mérito distinto del que le atribuye la ley, ni le confirió mérito a una prueba que no reunía los presupuestos legales.

Lo que el sentenciador hizo fue dejar de apreciar el medio pretextando su

improcedencia. Por lo tanto, considera que el ataque ha debido centrarse en la apreciación de dicho elemento material por la vía de los errores de hecho.

Advierte que la Corte, en sentencia de 21 de febrero de 2007, con ponencia del Magistrado Javier de Jesús Zapata Ortiz, frente al sistema procesal de la Ley 906 de 2004, en particular, el artículo 273 que regula los criterios de valoración, a propósito de los defectos sobre la cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de evidencia, objeto, elemento material probatorio, precisó que podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio y que de cara a ello se ha de enfilarse la crítica.

Es decir, dice, descartó para dichas hipótesis la configuración de un falso juicio de legalidad, el que sólo tendría cabida si el elemento material probatorio y la evidencia física se hubiesen obtenido sin observar lo prescrito en la [Constitución Política](#), en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Ley.

Desde esta óptica, considera que la crítica resulta desatinada. Anota, sin embargo, que si se superan las falencias que la censura ostenta, la Procuraduría coincide con el demandante en que el sentenciador ha debido apreciar dichos elementos materiales, los cuales fueron debidamente aportados en el juicio oral. Es decir, aclara, el Tribunal debió haber apreciado los dos reconocimientos fotográficos practicados por el denunciante respecto de las fotografías presentadas, cada álbum con siete personas, en donde se encontraban los procesados TUÑÓN y LAVERDE.

Aclara que dichos reconocimientos fotográficos se llevaron a cabo luego de que en la URI de la Fiscalía de Pereira el ofendido observó un automotor, que allí se hallaba parqueado, tenía unas llantas con unos rines de las mismas características de los que le habían sido hurtados, y se enteró que el vehículo pertenecía a una señora que visitaba a dos individuos que se encontraban privados de su libertad en esas instalaciones, es

decir, las mismas personas sobre las cuales se hizo seguidamente los reconocimientos.

Esto significa, anota, que para dicha ocasión los investigadores no contaban aún con un sindicato conocido. Sólo se sabía que dos personas retenidas eran visitadas por alguien que se desplazaba en un vehículo automotor, el cual tenía unas llantas iguales a las que le habían sido hurtadas, junto con el automotor, al ofendido.

Considera por tanto, que en aras de individualizar a los autores, resultaba procedente, conforme al artículo 252 de la ley 906 de 2004, la práctica de los reconocimientos, en los que la víctima señaló en cada uno de los álbumes las fotografías 3 y 4, respectivamente, como pertenecientes a dos de sus tres asaltantes.

Si el sentenciador se hubiese detenido en esos reconocimientos fotográficos, habría podido advertir que, a pesar de lo elemental de las descripciones hechas por el ofendido en la entrevista consignada en el informe ejecutivo y en la denuncia presentada por él con posterioridad, no vaciló en reconocerlos desde el mismo momento en que pudo visualizar el rostro de sus victimarios.

Esto unido a las otras consideraciones que más adelante se hacen por la Delegada, dice, habría llevado al Tribunal a mantener el fallo condenatorio objeto del recurso de apelación.

Sobre el falso raciocinio, la Procuraduría opina que está acreditado que en el juicio oral, José Fabio Salazar, bajo la gravedad del juramento reconoció a los acusados que se encontraban presentes, como dos de los asaltantes que el 21 de septiembre de 2005 cerca de las seis y diez de la tarde, cuando se dirigía a su residencia, en zona despoblada lo despojaron del vehículo automotor de su propiedad mediante intimidación con armas de fuego, y relató las actividades realizadas por cada uno de ellos en el episodio. Todo esto tuvo lugar en el juicio oral.

Para la Procuraduría, el sentenciador de segundo grado, al apreciar los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, no lo hizo en conjunto como lo dispone el artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

Y al examinar el testimonio que el ofendido rindió en el juicio oral, tampoco consideró los principios técnico - científicos sobre la percepción y la memoria, y especialmente en lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad, criterios todos ellos previstos en el artículo 404 de la ley 906 de 2004.

Considera que, si como quedó consignado en el informe ejecutivo, el cual fue aportado como elemento material probatorio número 1, el ofendido en la entrevista vertida ante los investigadores del CTI, después de describir a los 3 hombres que lo asaltaron, dijo estar en capacidad de realizar el retrato hablado del tercero, no resulta razonable que el sentenciador de ahí dedujera como lo hizo que el citado no estaba en capacidad de reconocer a los otros dos.

Una cosa es que una persona se sienta con posibilidades de aportar datos, para que un experto dibuje un retrato de alguien, y otra distinta es que, llegado el caso, si lo tiene de presente, pueda o no pueda reconocerlo, o que a pesar de no aportar datos sobre una segunda o tercera persona, pueda en un momento dado reconocerlas.

Si en la denuncia el mismo ofendido describió a sus victimarios, y agregó respecto del tercero, de quien ya había hecho un retrato hablado, que estaba en condiciones de reconocerlo si lo volvía a ver, esto no significa que necesariamente fuera a reconocer al tercero con posterioridad, ni que pese a no manifestar nada sobre su capacidad de conocer a quienes señaló como el primero y el segundo hombres, después no pudiera

reconocerlos, por ello no se puede cuestionar la señalización en la forma que lo hizo el fallador de segundo grado.

En verdad, la experiencia demuestra que bien puede suceder que el testigo no esté en condiciones de informar ni siquiera un rasgo de la morfología de su atacante, y sin embargo cuando lo vuelva a ver y se enfrente a sus rasgos propios, pueda sin dubitación, distinguirlo de los demás.

De ahí que para la Procuraduría se tornen válidos los reproches que sobre el particular formula el casacionista.

Advierte que en el informe ejecutivo, la víctima describió al primer hombre como un individuo con 1.60 mts. de estatura, trigueño medio y de 26 a 27 años, y recuerda que sobre el mismo dijo en la denuncia que era muy joven y que tenía por lo menos unos 25 años de edad.

Respecto del segundo hombre, precisa que en la primera oportunidad mencionó que tenía 1.70 mts. de estatura, era trigueño medio y cercano a los 30 años y en la segunda ocasión manifestó que no lo pudo ver bien.

Y sobre el tercer hombre, informó a los investigadores que su estatura era de 1.70 mts., cara cuadrada, cabello negro crespo, de 34 ó 35 años y describió las prendas que vestía. Y en la denuncia anotó que era moreno, cara “amemada”, cabello corto y frente amplia.

Señala que el ofendido estuvo en capacidad de brindar los datos que poseía sobre los individuos, y que la única diferencia que arroja la confrontación entre una y otra descripción, la edad del primer individuo, son circunstancias traídas a colación por el juzgador en el fallo absolutorio y en verdad denotan la dificultad para el momento en el proceso de rememoración, pero no conducen a la conclusión a la que se llega cuando se

dice que por esto la declaración debe valorarse negativamente.

Afirma lo anterior, en consideración a la contundencia de la señalización que hizo José Fabio Salazar en su testimonio donde indicó que el sujeto que lo sorprendió por la derecha y le apuntó con un arma, fue el que se llevó el vehículo y era el mismo que se encontraba presente en la audiencia quien se identificó como CARLOS JULIÁN TUÑÓN. Y en la misma diligencia aseguró que uno de los otros dos que lo abordaron por la izquierda y se quedaron con él, no estaba armado, y también estaba presente en la audiencia y respondió al nombre de RICARDO LAVERDE.

No consideró el Tribunal que el declarante desde la denuncia dijo que el hombre que se le acercó por la derecha armado fue el que se fue en poder del automotor y no vaciló al reconocerlo en el juicio oral; tampoco que en esta diligencia también explicó que mientras el sujeto regresaba, los otros dos lo estuvieron cuidando por un lapso aproximado de 10 minutos, lo que le indica a la delegada que tuvo tiempo para observarlos de cerca por lo que se le facilitó brindar más datos sobre este tercer sujeto y reconocer al segundo también en el juicio oral, al margen de las imprecisiones en que incurrió al describirlos en un inicio.

De ahí que resulte evidente, según la Delegada, que las condiciones en que el ofendido percibió los hechos, le permitieron después identificar a dos de los sujetos como sus victimarios y que recién sucedido el acontecimiento lo pudo narrar ante la autoridad y hacer una descripción de los hombres de acuerdo a sus impresiones.

Agrega que no toda persona, ni aún que se desempeñe en el cargo de Fiscal, tiene las aptitudes propias de un experto morfológico, y por ello no es dable exigirle al testigo medio la rigurosidad que se demanda del perito técnico.

A esto debe sumarse, dice, que el denunciante manifestó en el testimonio que se encontraba mentalmente bien, que no se observó alteración en su organismo que

incidiera en la percepción sensorial de la realidad, y aunque resulta indiscutible que un hecho como el juzgado genera un serio impacto en quien lo padece, según lo advirtieron policías, investigadores, y lo admitió el mismo ofendido, no quiere esto decir que por ello haya perdido sus facultades de atención, memorización y comprensión, que le hicieran posible después relatar lo ocurrido y grabar los pormenores que conllevaron a la identificación de sus atacantes.

En su criterio el Tribunal no podía dejar de considerar la claridad, contundencia y objetividad de la narración sobre hechos que personalmente percibió, así como la valentía que la víctima asumió a lo largo de la actuación, reiterando la sindicación contra los procesados, a sabiendas de que conocían sus datos y los de su familia, situación que como él lo informó le hizo incluso pensar en un cambio de residencia.

Señala que el sentenciador tampoco podía pasar inadvertido, que José Fabio Salazar era una persona respetable, que administraba justicia en el cargo de Fiscal Seccional de Dosquebradas, contra quien no obraba ningún reparo, mientras que los mismos procesados habían manifestado que fueron investigados simultáneamente con estos hechos por el hurto de una motocicleta y haber tenido que indemnizar, y por lo demás residían en la Vereda Gramínea, cerca al lugar donde sucedieron los hechos.

Recuerda que el Tribunal afirma en el fallo que la credibilidad del testigo fue impugnada con relación a las entrevistas y exposiciones; acá no fue objeto de discusión que la declaración de la víctima versó sobre aspectos que directa y personalmente conoció, y si la defensa confrontó lo dicho por el testigo en el juicio oral con lo expuesto en la entrevista o la denuncia, esto, en opinión de la Delegada, era de fácil superación si la prueba se hubiese apreciado conforme al sistema de la sana crítica y otorgándole mérito a las diligencias de reconocimiento fotográfico que no fueron estimadas.

Todo lo anterior, dice, para resaltar que cuando el sentenciador desecha el testimonio de

José Fabio Salazar rendido en el juicio oral se aparta ostensiblemente de los criterios legales establecidos para el efecto y de ahí que, en su criterio, le asista razón al casacionista cuando plantea los errores de raciocinio y reclama que se le otorgue credibilidad.

Es de la opinión que precisamente la credibilidad que ofrece el testigo, conlleva que se rechacen las exculpaciones de los procesados, corroboradas por algunos de sus familiares y allegados, cuando sostienen que en el momento de la comisión de los delitos ellos se encontraban en otro lugar.

Y eso mismo hace que pierdan trascendencia las discusiones sobre la propiedad y preexistencia de los rines incautados, si la prueba demuestra que los acá procesados fueron los autores responsables del hurto violento de un automotor, de que fue víctima José Fabio Salazar en zona despoblada, por tres personas, y que el vehículo después apareció abandonado, sin las llantas, sin los respectivos rines y sin otros objetos que en él se encontraban.

Por todo esto, para la Procuraduría, el cargo debe prosperar por lo cual solicita a la Corte casar la sentencia absolutoria para en su lugar mantener la sentencia condenatoria dictada por el funcionario a quo.

3.- Del defensor del procesado CARLOS JULIÁN TUÑÓN GÁLVIS

Como sujeto procesal no recurrente, el defensor de este procesado se opone a las pretensiones contenidas en la demanda, y por el contrario solicita mantener la decisión absolutoria adoptada por el ad quem.

Considera al efecto que la sentencia de segunda instancia refleja una correcta y debida aplicación de los parámetros legales y de valoración probatoria.

Sobre el primer reproche formulado en la demanda, sostiene que en el reconocimiento fotográfico intervino un perito que no introdujo la prueba en el juicio, sino que la juez de primera instancia autorizó que ello fuera realizado por una persona distinta, en contra de la solicitud de la defensa.

Anota que en el juicio quedó demostrado que con antelación al reconocimiento, la víctima vio a los procesados cuando se hallaban privados de la libertad en las instalaciones de la URI de Pereira, al momento de sacarlos del calabozo para la respectiva reseña, más aún, cuando mencionó que los rines, que pertenecían a la señora Gloria Tuñón, eran de su propiedad, contaminándose la apreciación para el pluricitado reconocimiento.

Comparte la apreciación del censor, en el sentido de que el álbum fotográfico fue introducido legalmente al juicio. Anota sin embargo, que si la víctima inicialmente en las entrevistas no pudo describir a sus agresores, no se explica cómo hizo para señalarlos en un álbum. Advierte que el denunciante sí sabía con certeza quiénes eran las personas que se encontraban detenidas en la URI de Pereira, e infirió erradamente que por unos rines similares a los que le hurtaron, eran estos dos procesados los autores del ilícito por el cual el Tribunal Superior expertamente absolvió.

Señala que el Tribunal Superior cuestiona la ausencia en el juicio del perito que elaboró el álbum fotográfico, poniéndose en duda su autenticidad, ya que fue reconocido por una servidora pública diferente a aquél, de manera que la valoración no es el álbum fotográfico sino el poder de convicción de esa diligencia, atacada por la defensa en postura avalada por el juez de segunda instancia.

Advierte que los imputados estaban disponibles y sin embargo no se hizo diligencia de reconocimiento en fila de personas, como lo indica el inciso sexto del artículo 252 de la Ley 906 de 2004, según el cual el reconocimiento fotográfico no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas. Por este motivo, dice, se debió haber

acudido a este método y no al reconocimiento fotográfico que es subsidiario.

Resalta que si la víctima no suministra una información clara, un fundamento que guíe a los expertos sobre la técnica a emplear, se está haciendo a un lado el oficio de ejecución técnico científico aplicable a estos casos en donde injustamente se procesa a un ciudadano.

Considera errada la apreciación de la Fiscalía en donde alude a lo dispuesto en el último inciso del artículo 253 del C.P.P., ya que dicha norma no resulta aplicable al caso por lo anteriormente expuesto.

En relación con el segundo cargo, manifiesta que el Tribunal Superior realizó una valoración conforme a lo indicado en la Ley 906 de 2004, que fija algunos factores que permiten dilucidar las críticas por falso raciocinio, concretamente en los artículos 380, 403 y 404, habiendo realizado una interpretación de los medios de convicción, esto es, elementos materiales probatorios de manera racional, lógica y coherente.

En cuanto hace al reconocimiento de los probables autores del hecho, estima acertada la consideración del Tribunal cuando afirmó que esa Sala de decisión entiende que existen unos métodos para identificar personas, pero ellos de nada sirven si previamente, como en este caso, la víctima no suministra una descripción, una información, un fundamento que guíe a los expertos sobre la técnica a emplear.

Resalta que la defensa impugnó la credibilidad del testimonio de la víctima, por la disparidad existente en relación a la descripción morfológica que hiciera de los probables autores del hecho, concretamente en lo que al respecto se encuentra inserto en el informe ejecutivo, en la entrevista, en la denuncia y en su declaración en el juicio oral.

En sentido estricto, dice, lo afirmado por la víctima no corresponde a una descripción morfológica, ya que del primero destaca la edad, el segundo es definido como quien le

apuntaba con un arma y resaltó no haberlo podido ver bien, mientras que del tercero se hizo un retrato hablado que no corresponde a las descripciones de los dos enjuiciados. Esto, en su criterio, significa la insistencia de la víctima en la imposibilidad de reconocer a las dos personas autoras del ilícito y la posibilidad de reconocimiento del hombre moreno con cara “memada”, morfología que nada tiene que ver con los acusados.

Anota que de nuevo en el formato del investigador de campo, la víctima realiza una incipiente y contradictoria descripción de los autores del crimen y concluye que la víctima dijo estar en condiciones de hacer el reconocimiento de una tercera persona, la cual hasta el momento no ha podido ser identificada. Igualmente, que la descripción de los dos primeros sujetos, de acuerdo a las características que anunció la víctima, tanto en la entrevista, como en la denuncia y la ampliación de ésta, imposibilitan la elaboración de una real morfología.

Indica que cuando el ofendido intervino en la audiencia de juicio oral, obviamente tuvo oportunidad de hacer un señalamiento directo de los hoy absueltos, lo que no podía ser de otro modo, ya que por ley de descarte debía señalar a quienes no fueran la defensa, el juez, la fiscal o el ministerio público.

Así las cosas, dice, si bien es cierto los dichos de la víctima constituyen un testimonio único, en el caso concreto no puede considerarse al mismo tiempo una prueba exclusiva de la que irremediablemente deba nutrir su conocimiento el juzgador, en detrimento de otras legalmente incorporadas al proceso, y que sin lugar a equívocos contribuyeron a trazar el camino rector de los hechos, pues siendo la víctima como único testigo, sus atestaciones resultan insulares y no contribuyen a dar claridad acerca de los autores del suceso del que fue víctima.

La conclusión que resulta coherente, dice, es que el Tribunal Superior de Pereira, hizo un

análisis con fundamento en la sana crítica. Insiste que fue la propia víctima, quien manifestó imposibilidad de reconocer a dos personas y una somera posibilidad de reconocimiento a un tercero, cuya descripción es totalmente distinta a las de los acusados.

Considera que la única inferencia lógica que puede realizarse, de acuerdo a la regla general de la experiencia, es que el ofendido, ante el hecho tan grave de que fue víctima, entró en un lamentable estado de confusión, de alteración y nerviosismo, generando un estado de nubosidad mental que le impidieron inexorablemente reparar en detalles morfológicos que le permitieran en un futuro evocar la morfología de sus agresores, y ello lo corrobora la imposibilidad manifiesta de suministrar una descripción morfológica completa, tal y como se desprende en sus manifestaciones.

Consecuencialmente, dice, el señalamiento hecho en juicio, única oportunidad de reconocimiento directo, debe descartarse de plano como tal. Por esto la defensa, como acertadamente fue valorado por el juez de segunda instancia, acudió a la figura jurídica de impugnación a la credibilidad del testigo, entrando en contravía con lo manifestado por la víctima en el juicio.

Precisa, en consecuencia, que de acuerdo con los artículos 380, 403 numeral 4º, y 404 de la ley 906 de 2004, los medios fueron apreciados de una manera conjunta y racional, los cuales, sumados al estado de ánimo, factores de rememoración, estado de sanidad de los sentidos, tiempo y modo en que se percibieron los hechos y demás, permitieron al Tribunal arribar a la justa decisión de la absolución.

Menciona al efecto las sentencias proferidas por la Corte el 25 de octubre de 2001, con radicación 15149, y el 19 de julio de 2001, radicado 13881, ambas con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Córdoba Poveda.

En tales condiciones, dice, la censura no tiene ninguna posibilidad de prosperar, pues

de acuerdo con el sistema de la valoración probatoria establecido en la ley, el deber de apreciar en su totalidad el conjunto probatorio, no puede oponerse a la facultad que tiene el juzgador de desestimar todo aquello que no le dé certeza de lo que en el proceso se pretende probar.

Considera que resulta inadmisibile que se cuestione la valoración probatoria contenida en el fallo de segunda instancia, puesto que la censura no alcanzó a demostrar desapego alguno de las pautas de la sana crítica, que son las que rigen el sistema de apreciación probatoria, lo que en modo alguno se percibe a lo largo de este reproche.

Insiste en señalar que la valoración que el Tribunal hizo del testimonio, las entrevistas de la víctima y demás medios de persuasión, corresponden a la asignación del mérito de la prueba, conforme a los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica, y las máximas de la experiencia o el sentido común. Por lo demás, anota, que la valoración de las pruebas presentadas por la defensa en juicio, y más específicamente la que apunta a acreditar que los enjuiciados se encontraban en un lugar diferente a la misma hora y el mismo día de ocurrencia de los hechos, material que en su conjunto no fue objetado ni mucho menos contrariado en el más mínimo detalle por la Fiscalía, resulta suficiente para demostrar la inocencia de los enjuiciados y no como lo ha querido hacer ver el ente acusador, que sólo con un señalamiento por descarte en juicio de parte de la víctima, es suficiente para condenar.

Indica que los elementos probatorios en su conjunto se valoraron y racionalmente arrojaron el resultado, lógico y socialmente aceptable de la absolución.

Con fundamento en lo expuesto, solicita no casar la sentencia de segunda instancia.

4.- De la Defensora de oficio del procesado RICARDO LAVERDE BURGOS.

La profesional del derecho que oficiosamente atiende los intereses del procesado en

mención, comienza por solicitar a la Sala mantener la sentencia de segunda instancia, en cuanto ninguno de los reproches planteados por la Fiscalía están llamados a prosperar.

En relación con el primer reparo a que se alude en la demanda, sostiene que el censor no indica en qué sentido el Tribunal desconoció las reglas que rigen la aducción de la prueba, ni cuáles disposiciones resultaron transgredidas por el Tribunal cuando se refirió al reconocimiento en fila de personas.

Cuestiona el planteamiento del demandante, según el cual a la diligencia de reconocimiento en fila de personas no se le dio el valor que le correspondía tras considerarlo ilegal. Esto dice, no es cierto, porque a folio 118 de la sentencia el Tribunal declara que no se puede discutir la legalidad de la diligencia de reconocimiento por medio de fotografías, porque no solo fue ordenada en la audiencia preparatoria sino que fue incorporada en el juicio oral.

Precisa que esta consideración del Tribunal se formuló cuando en el fallo se analizan los ataques postulados por la defensa a la sentencia de primer grado en torno a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, para concluir que dicho medio sí merecía la apreciación de los juzgadores por haber sido legalmente aducido al juicio.

Por esto considera que el primer reproche por falso juicio de legalidad, por haber desconocido una prueba que sí se tuvo en cuenta no debe prosperar, pues el Tribunal sí tuvo en cuenta la prueba, cosa distinta es que no le haya conferido poder de convicción porque comparó el reconocimiento explícito que el ofendido hizo en el juicio oral, con otros antecedentes probatorios, tales como las entrevistas, el informe de campo de los investigadores y con el informe ejecutivo rendido por los mismos investigadores, sin dejar de lado una denuncia que apareció sin fecha ni firma de recibido, precisamente un día antes de la captura de los procesados por un hecho distinto al que ocupa este proceso, y que fue presentada como prueba, valorada por el Tribunal y que le

sirvió de fundamento, junto con las otras evidencias, para rechazar ese reconocimiento que a última hora hizo el ofendido.

Ruega por tanto, que la Sala rechace el primer reproche, porque el Tribunal sí tuvo en cuenta la prueba y la valoró como legalmente producida.

En torno al segundo de los reparos formulados, manifiesta que al sostener el casacionista que el Tribunal tuvo como legal la diligencia de reconocimiento fotográfico pero no le dio el mérito de convicción que la Fiscalía esperaba, no hace otra cosa que desvirtuar el primer reproche, siendo, por tanto, excluyentes, por lo que la demanda, en su criterio debería ser desestimada por la Sala.

Sostiene, no obstante, que el Tribunal no se equivocó al realizar la inferencia lógica de que el ofendido no se encontraba con capacidad física suficiente para recordar, y después reconocer, a los procesados, precisamente teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodearon el hecho.

Afirma que el Tribunal tuvo en cuenta el informe ejecutivo, el informe de campo y la misma denuncia. Sostiene que si se analiza el informe ejecutivo, se encuentra que los investigadores estuvieron en el sitio de los hechos, que el hecho ocurrió a las seis y unos minutos de la tarde, y que hay poca visibilidad. El Tribunal valoró este informe y fue uno de los argumentos que utilizó para rechazar la credibilidad del reconocimiento realizado en el juicio oral por parte del ofendido.

Menciona que de acuerdo con tesis reiterada de la Corte, la credibilidad no es un tema que se pueda atacar en casación. La circunstancia de que a los ojos de los operadores de justicia los medios de convicción merezcan determinada credibilidad o mérito persuasivo respecto de lo que se está debatiendo, no evidencia error alguno, pues apenas son formas distintas de mirar las cosas.

El Tribunal tuvo en cuenta cada uno de los elementos probatorios oportunamente presentados y aceptados como tales, de manera que no podían ser rechazados, los cuales apreció de manera coherente y coordinada, y por eso no le dio credibilidad al testigo cuando en el juicio oral señaló a los dos procesados como los agresores de aquella noche de los hechos.

Sostiene que el reconocimiento que hace un testigo, en este caso la víctima, no puede ir divorciado de su propio testimonio. El reconocimiento en fila de personas tiene que estimarse de acuerdo a las capacidades de ese mismo testigo, conforme a todas las circunstancias en las cuales el testigo aprehendió ese hecho que está relatando. Un testigo no puede ir, por una parte, diciendo que no reconoció a las personas para finalmente decir que sí.

Anota que la credibilidad del testigo influye directamente en la credibilidad de lo que ese testigo señala, porque no puede haber un reconocimiento en fila de personas por parte de un testigo si no hay testigo. Lo que el Tribunal dijo fue que a este testigo le cree en relación con que fue asaltado y las circunstancias en que ello ocurrió, pero no le cree en que los dos procesados hayan sido los autores del delito que el testigo denunció.

Advierte que para llegar a dicha conclusión, estimó el informe ejecutivo rendido un día después de sucedidos los hechos y en el que además se relata que efectivamente el testigo manifestó que solamente podía reconocer a uno de sus atacantes. De esta suerte, a partir de esto, es claro que un día después el testigo no podía reconocer a los atacantes.

Señala asimismo que el Tribunal encontró en la actuación que coincidentalmente había una denuncia sin fecha ni firma de recibido y que solamente aparece con fecha 26 de septiembre, lo que indica que pudo haber sido formulada después de ese día, y ello le resta credibilidad al testigo.

Agrega que el Tribunal también estudió el formato del investigador de campo, en donde aparece el ofendido suministrando otros rasgos mucho más precisos. No obstante, este informe ni siquiera contiene la fecha de elaboración. De modo que cualquier mente suspicaz podría haber pensado que ese informe se llenó con unos datos suministrados por el ofendido los cuales pudo haber detectado de los procesados cuando se encontraban privados de la libertad en la sala de retenidos del CTI, pero por un delito distinto del que ocupa la actuación.

Considera entonces que el Tribunal sí encontró razones suficientes, después de hacer una valoración conjunta de los elementos probatorios, para rechazarle credibilidad a esa parte del testimonio, porque en su concepto el reconocimiento forma parte del testimonio sin que puedan ir divorciados.

Estima que el Tribunal no se equivocó en el juicio lógico. Lo que dijo fue que los hechos planteados por el juez de instancia fueron los correctos, es decir que el testigo sí reconoció de manera contundente y certera a los procesados en el momento del juicio oral, pero, a diferencia del juez de primera instancia, no le confirió crédito. De esta suerte no cometió ningún error de lógica al llegar a esa conclusión, pues no le creyó al testigo después de haber analizado los elementos materiales probatorios que vienen de ser reseñados.

Anota que con alguna suspicacia se hubiera podido analizar que en los formatos de reconocimiento fotográfico, curiosamente en el sitio en donde se anota el número de la fotografía a reconocer que correspondía a los procesados, se presentan enmendaduras.

Es del criterio que Tribunal no se equivocó al adoptar la decisión que se censura, sino que por el contrario hizo un estudio juicioso, argumentativo y acorde con los elementos materiales probatorios que tenía a su disposición. Y si el asunto que afectó

los intereses del ofendido era de credibilidad, la credibilidad no puede ser discutida en casación.

Anota, en referencia a la postura del demandante sobre la personalidad de la víctima y de los procesados, que de acogerse dichos planteamientos se estaría frente a un derecho penal de autor y no de acto, el cual dejó de existir hace mucho tiempo ya que hoy en día se juzgan son los actos de las personas y no a las personas mismas.

Sostiene, además, que el demandante se desbordó al considerar que se trata de un derecho penal de víctimas, de modo que si la víctima es un servidor público y más un Fiscal, se le debe dar plena credibilidad a pesar de las falencias que su dicho presenta. Como en este caso sucede con la circunstancia relativa a que la denuncia aparece a última hora, y con los informes ejecutivos que ni siquiera ostentan fecha de elaboración.

Con fundamento en lo expuesto solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, pues en este caso no se cumple ninguno de los fines de la casación, y tampoco en la sentencia se advierte la violación de garantías constitucionales.

SE CONSIDERA:

1.- La Corte aprehenderá el estudio de los reproches formulados por el casacionista contra el fallo del Tribunal, en el mismo orden observado en el resumen que se hizo del libelo impugnatorio.

2.- De acuerdo con los términos de la demanda y las intervenciones de las partes en la audiencia de sustentación, la controversia gira en derredor de la apreciación que el sentenciador y hizo de la diligencia de reconocimiento fotográfico y el testimonio del denunciante José Fabio Salazar rendido en la audiencia de juicio oral.

3.- Como quiera que la demanda se orienta a denunciar que el Tribunal incurrió en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, la Corte no puede menos que reiterar que dicho tipo de desacierto no corresponde a nada diverso de la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, la que se configura cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho.

4.- Los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente, presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo transgrede los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

Debe reiterar la Sala que cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se aluda a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral, es su deber concretar la parte pertinente de la

audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto amodificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Ha de señalar asimismo, que si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (art. 380 cpp), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió

tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

5.- Los errores de derecho, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad),

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el error, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

6.- Cada una de estas especies de error, obedecen a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentren concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de

impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley, y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

7.- Además, de acogerse a la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera insular sino conjunta, esto es, en confrontación con lo acreditado por las pruebas debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige.

8.- Con fundamento en los presupuestos que vienen de ser anotados, procede la Sala a dar respuesta a las censuras formuladas, de la manera que sigue:

8.1.- CAUSAL TERCERA. ÚNICO CARGO. (Violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial. (Falta de aplicación de los artículos 240.4, 241.9-10 y 365 del Código Penal de 2000 que definen los delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal).

8.1.1.- Primer Reproche. (Error de derecho por falso juicio de legalidad. Trasgresión de las reglas que rigen el recaudo, práctica o aducción del medio de conocimiento).

Como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, el casacionista censura que el Tribunal hubiere incurrido en error de derecho por falso juicio de legalidad en relación con la diligencia de reconocimiento fotográfico en que el ofendido, señor José Fabio Salazar, señaló las fotografías de Carlos Julián Tuñón Galvis y Ricardo Laverde Burgos como pertenecientes a dos de las personas que intervinieron en el delito de hurto materia de investigación y juzgamiento.

8.1.1.1.- Respecto de los antecedentes de dicha diligencia, cabe señalar que de conformidad con el Formato del informe del Investigador de Campo suscrito por la

funcionaria de Policía Judicial del CTI, señora Ángela Zarabanda Oviedo, el cual corre a folios 44 y siguientes de la carpeta original, y que fue introducido al juicio por la Fiscalía como elemento material probatorio, consta que, después de haber entrevistado al ofendido -quien narró las circunstancias en que tuvo lugar el hecho noticiado y realizó una descripción morfológica de los agresores- “el día 27 de septiembre cuando fui a la URI a realizar diligencias de incautación ordenadas por la Fiscalía 11 Local, solicitadas por la suscrita en razón a que el doctor José Fabio había reconocido los rines de lujo pertenecientes al vehículo objeto del hurto en investigación, al tomar datos de la señora Gloria Tuñón Ardila, para el acta de incautación, persona que se encontraba visitando a un sobrino de nombre Carlos Julio Tuñón Galvis y un primo que por estos días había venido de Bogotá y se encontraban capturados por el hurto de una motocicleta, este último de nombre Ricardo Laverde Burgos, quienes residían con ella en la finca la Soberana, vereda La Graminia, la cual queda por la vía a Armenia”.

Anotó además lo siguiente:

“Diligencia que tuvo como bases el reconocimiento presencial de los rines por parte del doctor José Fabio y el testimonio de los investigadores Miguel Ángel Idárraga Ramos del C.T.I. y Leonardo Morales de la SIJIN de turno para este día 27 de septiembre de los corrientes en la URI los cuales entrevistaron al señor Diego Mauricio Giraldo Gallo con C.C. 10.004.338 de Pereira, en la carrera 9 No. 34-52, almacén Todollantas, quien les manifestó a los investigadores que hace cuatro años tienen este negocio y que estos rines para automóvil no los venden por costosos, venden es para campero. Al igual la entrevista de Jaime Sánchez Cruz con C.C. 10.076.766 de Pereira, de ocupación montallantas, residente en la Mz 5 Cs 63 La Curva del Caracol, donde se encontró un rin, como muestra en la fijación fotográfica el vehículo Ford Fiesta de placas LUB 801, le faltaba un rin y este se ubicó en esta dirección”.

“En virtud a la anterior exposición y teniendo en cuenta la similitud morfológica, dicha

por el doctor Jose Fabio y el retrato hablado y el lugar de residencia de los sujetos capturados en flagrancia, solicité a usted señora Fiscal reconocimiento mediante álbum fotográfico de acuerdo al artículo 252 capítulo IV del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del mes de agosto de 2004, donde cita al final del inciso primero: La autorización previa del Fiscal que dirige la investigación.

“El mismo día 27 de septiembre llevé a cabo diligencia de incautación ordenada por su despacho, de los cuatro rines; los que se encuentran con cadena de custodia en el almacén de evidencias de la Fiscalía a su disposición, según oficio 071 de agosto 29 de 2005, fotocopias del seguro del vehículo, licencia de tránsito 03-66001-095926 a nombre de Gómez Jiménez Rodrigo, documentos que portaba Gloria Tuñón Ardila, en el momento de la incautación del vehículo Ford Fiesta de placas LUB 801; de esta diligencia adjunto acta de incautación.

“A su disposición quedan documentos que fueron resultado de actos urgentes por parte de funcionarios de la URI, tales como fijación fotográfica al lugar de los hechos, fijación fotográfica al vehículo Ford Fiesta de placas LUB 801, vehículo que tenía colocados los rines que reconoció el doctor José Fabio, retrato hablado de uno de los sujetos que cometió el latrocinio.

“Según solicitud hecha por la suscrita, el día 30 de septiembre, queda pendiente que por parte de la Sección de lofoscopia, remitan respuesta de la confrontación dactiloscópica con fragmentos hallados en la diligencia realizada al vehículo PES -928.

“Se llevó a cabo diligencia mediante álbum fotográfico y como testigo la víctima, dando como resultado el reconocimiento en el álbum No. 1311B la fotografía No. 4 la cual corresponde a Carlos Julián Tuñón Galvis con cc.c. 4.518.208 de la que adjunto tarjeta alfabética; del álbum 1311 A su resultado fue la fotografía No. 3 la que pertenece

a Ricardo Laverde Burgos. Estas dos actas de reconocimiento quedan en el almacén de evidencias de la Fiscalía General de la Nación”.

8.1.1.2.- En la ponderación de dichos medios de conocimiento, el Tribunal consideró lo siguiente:

“Sostiene la defensa que en la audiencia de juicio oral, se debió excluir el reconocimiento fotográfico que introdujo la fiscalía con el testimonio de la investigadora Ángela Zarabanda Oviedo, porque para llevarlo a cabo, la servidora pública empleó un álbum fotográfico que no fue elaborado por ella sino por John Jairo Clavijo, quien no declaró. A lo anunciado replicó la Fiscalía que ese pedido no se hizo en la audiencia preparatoria.

“Examinado el registro de la audiencia preparatoria encuentra esta Sala que la Fiscalía anunció como elemento material de prueba y evidencia física el reconocimiento fotográfico realizado por Ángela Zarabanda Oviedo y al respecto la defensa guardó silencio.

“No se puede discutir la legalidad de la diligencia de reconocimiento por medio de fotografías, porque en la audiencia preparatoria se ordenó y fue incorporada en el juicio oral.

“El reconocimiento fotográfico es un acto complejo que se compone de dos momentos distintos pero complementarios, como son, la elaboración previa del álbum fotográfico y el reconocimiento propiamente dicho. En este caso se cuestiona la ausencia del primero de ellos por cuanto no fue introducido en el juicio oral por quien lo elaboró, poniéndose en duda su autenticidad, ya que no fue reconocido por su autor (John Jairo Clavijo), sino por la servidora pública que practicó el reconocimiento.

“Lo para valorar no es el álbum fotográfico solo, sino el poder de convicción de

esa diligencia de reconocimiento que fue atacada por la defensa”.

“La juez decidió condenar porque consideró que la declaración que rindió el ofendido en el juicio oral y el señalamiento que hizo en esa audiencia, tenía mucha solidez y no se podía enervar con lo dicho en una entrevista o lo vertido en la denuncia”.

El Tribunal seguidamente advirtió que las descripciones morfológicas de los agresores, las cuales fueron suministradas por la víctima, resultaban precarias a los propósitos de identificar los responsables del hurto y en tal sentido consideró que “los autores permanecieron en el anonimato, porque con descripciones tan someras, tan superficiales como las que se acaban de mencionar, era imposible identificar o por lo menos individualizar a alguien”.

Para la Sala, de lo considerado por el Tribunal dos conclusiones pueden extraerse: i) que el juzgador no excluyó de su análisis la diligencia de reconocimiento fotográfico porque la hubiese estimado ilegal, como de modo contrario se sugiere por el casacionista, pues fue expreso en indicar que el citado medio de conocimiento fue autorizado en la audiencia preparatoria e introducido al juicio por la Fiscalía a través de un testigo de acreditación y; ii) que al evaluar su contenido, en contraste con otros medios, concluyó que debía restarle mérito persuasivo al dicho de la víctima, atendiendo las inconsistencias en que incurrió las varias veces en que procedió ante la policía judicial a describir a los autores del delito.

Si ello es así, como en efecto es lo que se colige de los registros de la actuación, la Corte considera que asiste razón a la Delegada de la Procuraduría cuando califica como desatinada la crítica que por falso juicio de legalidad el censor formula a las diligencias de reconocimientos fotográficos, pero no la tiene cuando dice coincidir con el demandante en que el sentenciador ha debido apreciar dichos medios, menos aún si precisamente lo que se establece es que sí los ponderó, sólo que no les confirió el mérito

que el casacionista reclama, para lo cual el demandante ha debido acudir al sendero del error de hecho por falso raciocinio.

Observa la Corte, además, que el casacionista se orienta por la senda del error de derecho (aunque erradamente por el falso juicio de legalidad cuando ha debido serlo por el de convicción), tras advertir que el Tribunal les restó eficacia demostrativa a los reconocimientos fotográficos para respaldar el dicho de la víctima, atendiendo la circunstancia de encontrar acreditado que se incumplió con lo normado por el inciso último del artículo 252 de la Ley 906 de 2004, según el cual “Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado” (se destaca), y es precisamente por ello que trae a colación el siguiente aparte de la sentencia que censura, y que la Corte reproduce con mayor amplitud para una mejor comprensión del asunto:

“Otra pregunta que hay que formular es, cómo fue que sin conocerse la identificación de los autores del hurto del vehículo Mazda, de repente aparecieron Carlos Julián Tuñón Galvis y Ricardo Laverde Burgos vinculados a la investigación?. La respuesta es que por casualidad, el 27 de septiembre del año pasado, el Fiscal Salazar iba para la URI y vio estacionado un vehículo de modelo no muy reciente que, tenía tres (3) rines de la misma marca de los que le hurtaron; situación que lo llevó a transmitir sus sospechas a la Policía Judicial, a cuyos servidores públicos solicitó se inmovilizara el automotor mientras se aclaraba el asunto.

“Averiguando se estableció que el carro que tenía los tres (3) rines sospechosos, era de la señora Gloria Tuñón, mujer que en esos momentos estaba pendiente de la suerte de su sobrino Carlos Julián Tuñón Galvis y de su amigo Ricardo Laverde Burgos, que estaban siendo investigados por el hurto de una motocicleta.

“Todo parece indicar que ese parentesco de la mujer cuyo carro tenía los rines, con los hombres a quienes se imputaba la comisión de un hurto y la cercanía del sitio de residencia de todos ellos a la del lugar donde sucedieron los hechos (vereda la Gramínea), fueron considerados por los investigadores como materia prima para inferir razonablemente que Tuñón Galvis y Laverde Burgos eran dos de los coautores de las conductas punibles que se investigaron.

“Ahora detállese lo que siguió de allí en adelante. Bien o mal, ya existían dos indiciados relacionados con el hurto del vehículo del señor Salazar y por eso y porque estaban disponibles para la realización de un reconocimiento en fila de personas, se debió haber acudido primero a ese método de identificación y no al reconocimiento fotográfico que es subsidiario y al que sólo se puede acudir en los eventos que enseña el art. 252 de la Ley 906 de 2004 (se destaca).

“La Fiscal en la audiencia de sustentación sostuvo que no se realizó reconocimiento en fila de personas porque los indiciados estaban identificados. Seguramente la Delegada dio esa explicación porque el art. 253 ejusdem enseña que ese método se emplea en los casos en los que se imputa la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignora. En el caso a estudio, se mencionaron dos sospechosos, Carlos Julián Tuñón Galvis y Ricardo Laverde Burgos, pero la imputación se hizo con una inferencia muy débil.

“Esta Sala de Decisión entiende que existen unos métodos para identificar personas, pero ellos de nada sirven, si previamente y como en ese caso, la víctima no suministra una descripción, una información, un fundamento que guíe a los expertos sobre la técnica a emplear.

“Podría llegar incluso a debatirse si se podía practicar un reconocimiento por medio de fotografías o en fila de personas, con un ofendido que como el señor José Fabio Salazar, no había aportado el más mínimo detalle sobre el rostro de dos de los hombres que lo

asaltaron; que no fue más allá de mencionar alguna estatura, color de piel, contextura y edades aproximadas y que desde un principio había advertido que solo estaba en condiciones de reconocer a UNO de los delincuentes.

“Considera esta instancia que dadas las dificultades que tuvo el testigo en el proceso de rememoración, su declaración debe ser valorada negativamente”.

Se observa, entonces que el Tribunal le restó eficacia demostrativa al reconocimiento fotográfico en cuya diligencia la víctima identificó a los imputados, y con ello le mermó crédito al testigo, al evidenciar que le hizo falta un complemento, esto es, el reconocimiento en fila de personas, el cual, aún de haber sido practicado con las formalidades legales, tampoco habría conducido a robustecer su dicho por la precariedad de la información suministrada a los investigadores.

Pero sobre ello ningún planteamiento se presenta por parte del casacionista, quien, por el contrario, hábilmente acude al argumento de sostener que lo relativo al reconocimiento en fila de personas sólo tiene aplicación cuando los reconocimientos fotográficos se llevan a cabo después de formulada la imputación, y en este caso sucedió que cuando se practicaron las diligencias de reconocimiento a través de fotografías, dicha diligencia aún no había tenido lugar lo que hacía inaplicable la norma.

Éste, por supuesto, no puede ser el entendimiento que ha de darse a los aludidos preceptos. Lo que la norma dice, es que dicho procedimiento también se aplica, en lo pertinente, cuando el reconocimiento tiene lugar después de formulada la imputación, en cuyo evento siempre se requerirá la presencia del defensor del imputado, pues lo de común ocurrencia es que el reconocimiento, cuya finalidad es identificar al autor o partícipe del hecho, sea practicado antes de llevar a cabo la diligencia de formulación de imputación, ya que para realizar ésta, indefectiblemente se requiere de la “individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que

sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones” (art. 288.1 del Cpp).

Las diligencias de reconocimiento, fotográfico y en fila de personas, como unos de los métodos legalmente establecidos para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación por la Fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados, aparecen reguladas en los artículos 252 y 253 de la ley 906 de 2004.

Según estas disposiciones, en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el solo reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para dotar de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima o el testigo. Si bien el reconocimiento fotográfico puede llegar a ser considerado como uno de los métodos válidos para encauzar la investigación hacia una determinada persona, para que pueda tener algún mérito persuasivo en el juicio oral en relación con el señalamiento que el testigo realiza, es indispensable que durante la fase de investigación se practique la diligencia de reconocimiento en fila de personas “en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado”, como forma de confirmar la identificación fotográfica llevada a cabo, y comportar de este modo un verdadero elemento material probatorio de cargo por parte de la Fiscalía, el cual, de todos modos, necesariamente debe ser presentado a través de un testigo de acreditación (art. 337.5. d).

Esto último indica que al juicio debe comparecer personalmente la víctima o el testigo que llevó a cabo el reconocimiento, a fin de que ratifique o rectifique el señalamiento y la identificación practicada en la investigación, salvo el caso que el reconocimiento se pretenda hacer valer como prueba de referencia a términos de los artículos 437 y siguientes del Estatuto Procesal Penal.

En este sentido y por corresponder en tal aspecto con las previsiones normativas

internas, pertinente resulta traer a colación lo indicado sobre dicho particular por la doctrina extranjera:

“El reconocimiento fotográfico, por sí mismo, carece de cualquier aptitud probatoria. Sólo puede llegar a producir eficacia probatoria cuando queda confirmado mediante un ulterior reconocimiento en rueda.

“Dice la sentencia del Tribunal Supremo 723/1996, de 21 de octubre (Sr. Soto Nieto), que ‘la identificación de los acusados mediante fotografías en sede policial no puede reemplazar a las diligencias judiciales de reconocimiento con las formalidades legales (Sentencia 80/198, de 6 de mayo (Sr. Martín Pallín), que ‘la exhibición de fotografías de un sospechoso a las personas que pudieran identificarle es un método de investigación que sirve para orientar las pesquisas que realiza la policía judicial, pero en modo alguno constituye un medio de prueba válido, por sí solo, para fundamentar una inculpación’.

“Con mayor extensión, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 150/1997, de 9 de diciembre (Sr. Soto Nieto):

‘En cualquier caso ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial reiterada en el sentido de que la llamada prueba de reconocimiento o identificación por fotografías no es sino un método útil para iniciar una investigación policial dirigiéndola contra persona concreta y determinada, pero sin que, por sí sola, sirva de prueba de cargos contra una persona sobre cuya identidad se tengan dudas, el único medio identificador autorizado por la ley es el que se contempla en los artículos 368 y siguientes del citado texto legal advertidores de todas las garantías necesarias para asegurar la identidad del delincuente, requiriéndose además la participación de un letrado que represente a la persona que va a ser identificada y que pueda establecer la exigible contradicción en esa fase procedimental (cfr. Sentencias de 14 de marzo de 1990 y 31 de enero y

27 de septiembre de 1991)'.¹

“Por lo tanto, el reconocimiento fotográfico no tiene ningún valor por sí solo, sino que precisa su confirmación mediante un reconocimiento en rueda. Sólo así queda conformado como una prueba sumarial preconstituida”.¹

De este modo, para la Corte carece de toda *sindéresis* la consideración del demandante, según la cual “el Tribunal Superior incurrió en el falso juicio de legalidad advertido y demostrado por el censor, cuando sorprendentemente le restó todo valor al indicar que debió haberse materializado el reconocimiento en fila de personas y no del fotográfico, interpretación absolutamente errada y en la cual no habría incurrido si hubiera leído analizado con atención el aparte transcrito y resaltado del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal”.

Se observa, por el contrario, que fueron los organismos de investigación quienes desconocieron la vigencia y aplicabilidad al caso de la norma contenida en el inciso último del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, pues, a sabiendas de que los señores Tuñón Vargas y Laverde Burgos se encontraban privados de la libertad, según se indicó en el informe de la investigadora de campo Ángela Zarabanda Oviedo, con la esperanza de que el juzgador asumiera el reconocimiento fotográfico como prueba incriminatoria suficiente en contra de los imputados, dejaron de practicar el reconociendo en fila de personas cuando, como ha sido visto, éste método de identificación es complemento de aquél, obviamente, en los eventos en que no se tiene certeza de quién es la persona supuestamente responsable de haber llevado a cabo la conducta criminal, como así sucedió en este caso.

No está indicando la ley, no sobra advertirlo, que en todos los eventos de investigación criminal resulte obligatorio practicar ambas diligencias, el reconocimiento

fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas, ya que en tal aspecto también operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa; de otro modo no tendría sentido que la ley radique en cabeza del fiscal la elaboración de un programa metodológico en la labor de investigación.

En este sentido cabe resaltar que si el autor del comportamiento criminal ha sido sorprendido o aprehendido en situación de flagrancia, o la identificación ha sido suficientemente realizada a través de alguno o varios de los otros métodos autorizados por la ley (art. 251), o se trata de una persona conocida por la víctima o por un testigo presencial, o el indiciado o imputado ha admitido su responsabilidad en el hecho, o de manera casual o fortuita sea la víctima o sea el testigo presencial quienes se encuentran con el autor o autores del hecho delictivo investigado, resulta evidente que en dichos eventos, esto es, en los que no hay dudas sobre la identidad del indiciado, obviamente la identificación se entiende lograda, de modo que en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según el caso, resultan superfluas.

Lo cierto es que aquí, durante el juicio se estableció que el afectado con la conducta, doctor José Fabio Salazar, suministró a los investigadores una información muy precaria, por no decir contradictoria, sobre las características morfológicas de los autores del comportamiento, de quienes, además, no se contaba con ningún medio que diera lugar a su identificación, y esto, unido a las circunstancias en que dijo a los investigadores haber visto parte de los elementos que le fueron hurtados, hizo necesario practicar reconocimiento fotográfico.

Pero lo que la realidad procesal ofrece, es que al realizarse la diligencia de reconocimiento fotográfico, dado el hecho indiscutible de que para ese preciso momento los indiciados se encontraban privados de la libertad y de ello tenía conocimiento la policía judicial y la fiscalía, resultaba imprescindible llevar a cabo el reconocimiento en fila de

personas, toda vez que “este tipo de reconocimiento (el fotográfico) no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado”, según previsión del inciso último del artículo 252 del Estatuto Procesal Penal.

Como esto no fue lo que se hizo por parte de los investigadores, con tal desacierto, unido a otras situaciones a que se alude en el fallo y sobre las cuales en este acápite de la censura el casacionista guarda silencio, se facultó al Tribunal para advertir que “dadas las dificultades que tuvo el testigo en el proceso de rememoración, su declaración debe ser valorada negativamente”.

Alguien podría preguntar, no sin razón, cuál entonces podría ser la finalidad de una tal disposición, si se toma en cuenta que si bien el reconocimiento fotográfico permite a los organismos de investigación individualizar al sujeto señalado de ser el autor o partícipe de una conducta punible y esta circunstancia posibilita, a su vez, la formulación de la imputación y la posterior acusación, de todas maneras en el juicio oral la Fiscalía tiene por deber presentar el testigo reconociente a fin de que, como testigo de acreditación, se ratifique en su identificación durante el acto público de juzgamiento, salvo el caso, valga la aclaración, de que se pretenda utilizar el medio como prueba de referencia excepcionalmente admisible por la imposibilidad de comparecencia del testigo al juicio.

A este respecto, cabría anotar, que si la pretensión de la Fiscalía es demostrar que su teoría del caso cuenta con sustento probatorio, debe llevarle al juez los elementos de convicción que le permitan concluir cómo, a partir de una situación de absoluta incertidumbre sobre el autor o partícipe de una conducta delictiva, se llegó a establecer la identidad de éste para someterlo a juicio, pues tal aspecto podría tener incidencia frente al sentido de la decisión que ha de tomar el juzgador, al momento de ponderar el

conjunto de los elementos de conocimiento puestos a su disposición por las partes.

Sobra decir que no es lo mismo señalar a una persona que aparece en un álbum conformado por varias fotografías, generalmente obtenidas de los archivos de las oficinas que expiden documentos de identificación, o en los registros policiales de delincuentes reseñados, que poderla reconocer después de verla personalmente, cuando forma parte de una fila integrada por varias personas con características morfológicas similares y estar vestidas de manera semejante, pues a diferencia de lo que sucede con el reconocimiento a través de fotografías, en el reconocimiento personal no ofrece duda alguna que es esa y no otra respecto de quien se realiza un señalamiento concreto de haber sido el autor o partícipe de una específica conducta delictiva.

De todos modos, no puede perderse de vista que el reconocimiento sea fotográfico o en fila de personas, por sí solo, no constituye prueba de responsabilidad con entidad suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, pues la finalidad del juicio no es, ni podría ser, la de identificar o individualizar a una persona sino que tiene una cobertura mayor. Esto si se tiene en cuenta que una vez lograda la identidad de autor en la fase de investigación, por medio del juicio se debe establecer su responsabilidad penal o su inocencia en una específica conducta delictiva, sin dejar de reconocer que es allí, en el juicio, en donde el acto de reconocimiento necesariamente debe estar vinculado con una prueba testimonial válidamente practicada, pues es en la apreciación de ésta, en conjunto con las demás pruebas practicadas, en que tal medio de conocimiento puede dotar al juez de elementos de juicio que posibiliten conferirle o restarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo.

Descartado entonces que el Tribunal hubiere incurrido en falso juicio de legalidad, menos aún en falso juicio de convicción al haberle restado eficacia demostrativa al reconocimiento fotográfico, la Sala abordará seguidamente lo relativo al error de raciocinio en la apreciación del testimonio brindado por de la víctima y que el casacionista

denuncia haber sido cometido en el fallo de segunda instancia.

8.1.2.- Segundo Reproche. (Error de hecho por falso raciocinio).

El casacionista, en postura avalada por la Delegada, sostiene que el sentenciador incurrió en error de hecho por falso raciocinio al inferir que el doctor José Fabio Salazar no podía ni transmitir los rasgos físicos de los delincuentes ni tampoco reconocerlos, y pese a ello, sin dubitación alguna en el juicio oral reconoció a los procesados como dos de las personas que lo asaltaron.

Para la Corte, por el contrario, no asiste razón al recurrente en la postulación del reparo. No puede olvidarse que para impugnar la credibilidad del testigo, la defensa acudió a los informes de policía judicial y a la denuncia formulada por el señor José Fabio Salazar, a fin de destacar cómo en ellos ofreció descripciones superficiales, y reiteró cómo estaría en condiciones de identificar a sólo uno de los autores. Evidenció, además, como curiosamente la morfología de éste no coincide con la de ninguno de los procesados por ostentar características muy especiales en el tono de la piel (trigueña oscura) que permiten diferenciarlo de los demás.

El recurrente apoya su planteamiento en que desde la misma denuncia el ofendido describió a los autores del hecho y que tal vez por haber sido incorporada al juicio por la Fiscalía como elemento probatorio, el juzgador debía conferirle entero mérito persuasivo.

Deja de aludir, sin embargo, que en la fase probatoria del juicio la defensa puso de presente los reparos que el documento de denuncia ofrece, pues el denunciante dijo haberla elaborado en su oficina y haberla remitido a la Fiscalía de Pereira para su asignación. Sin embargo, si se revisa el texto del documento se establece que carece

de firma del funcionario que supuestamente la recibió, y no explica por qué, si fue el propio denunciante quien la elaboró, cómo es que tiene asignado de antemano un número de radicación y en su texto aparece figurando como si se le hubiera tomado un juramento que en realidad no existió, o se le hubieren enterado de sus derechos por un funcionario distinto al propio denunciante.

Sobre este particular dijo el Tribunal:

“Lo que no vio muy normal ni regular la defensa fue que esa denuncia no se presentara de inmediato y lo que es más importante, que no tuviera constancia de recibido en la oficina de asignaciones de la Fiscalía. Con ello seguramente la defensa pretendió demostrar que la querella se formuló con posterioridad a la incautación de los rines y a la captura por otro asunto, de los acusados Carlos Julián Tuñón y Ricardo Laverde Burgos.

“Examinado el escrito de denuncia, encuentra esta Sala que la misma fue suscrita por el señor José Fabio Salazar y en ella se lee como fecha de recepción, puesta por el mismo denunciante ‘26 de septiembre de 2005’, pero como lo indicara la defensa, la querella carece de constancia de haber sido recibida verbalmente o por escrito. La explicación que dio el querellante en el contrainterrogatorio para esa falta de recibido de esta: ‘Se envió por medio de un funcionario...Tengo conocimiento que una entidad receptora de denuncias debe firmar los documentos que recibe, se me hace extraño que en el documento que nos han aportado a nosotros, no está la firma de quien recibe la denuncia...’

“Como si lo anterior fuera poco, al responder el ofendido el interrogatorio redirecto, por lo menos dejó en el ambiente la duda de que la denuncia se hubiera presentado el 26 de septiembre del año pasado, porque expresó: ‘Yo no estoy muy seguro pero yo envié la denuncia en la fecha en que allí aparece...’ (La negrilla no es original).

“Se pregunta entonces, par qué presentar una denuncia en esas condiciones, si los delitos eran investigables de oficio y ya había una indagación en curso?. La realidad es que esa querella entró a controvertir lo que existía”.

En tales condiciones, si el documento de denuncia aportado al juicio por la Fiscalía ofrece severas inconsistencias tanto en su autenticidad como en la fecha de su elaboración, pudiendo incluso haber sido confeccionada después de que el ofendido vio instalados en el vehículo de la señora Tuñón unos rines similares a los que le habían sido hurtados y después de que los imputados Tuñón y Laverde se hallaban privados de la libertad, las cuales le permitieron al juzgador de alzada restarle eficacia demostrativa a lo allí contenido, no resulta lógico pretender que la Corte acoja sin reserva el planteamiento según el cual desde la misma denuncia la víctima hizo una descripción de los tres autores del hecho, y que esto, unido a la aprehensión de los imputados, posibilitó llevar a cabo la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Pero hay más, si reiteradamente el señor Salazar dijo ante los investigadores de la Fiscalía estar en condiciones de reconocer sólo a uno de los delincuentes de quien incluso dijo haber hecho un retrato hablado, cuya morfología no corresponde a ninguno de los dos acusados, y el documento de denuncia ofrece serios reparos en su autenticidad, no resulta contrario a las reglas de experiencia el cuestionamiento que el Tribunal realizó a la credibilidad del testigo, al preguntar “¿Por qué si siempre fue enfático en decir que sólo podía reconocer a una sola persona, terminó reconociendo a dos?”.

Sucede también que después de revisar la Corte los registros videográficos del juicio oral, se establece que la investigadora Doleida Rojas Arboleda, al ser interrogada en relación con el estado anímico en que encontró a la víctima, dijo haber observado que ésta se encontraba alterada o asustada, como de igual modo fue indicado por el patrullero de la Policía John Serna González quien dijo que el ofendido estaba muy asustado muy nervioso.

Si esto es así, y si el señor José Fabio Salazar manifestó que sólo estaba en condiciones de reconocer solamente a uno de los autores del hecho, de quien dio sus características, las cuales no coinciden con ninguno de los dos acusados en este caso, no resulta contrario a las reglas de la sana crítica la consideración del Tribunal en el sentido que “dadas las dificultades que tuvo el testigo en el proceso de rememoración, su declaración debe ser valorada negativamente”.

Y si bien, como lo anota la Delegada, puede suceder que el testigo no esté en condiciones de informar siquiera uno solo de los rasgos de la morfología de su atacante, y sin embargo cuando lo vuelva a ver y se enfrente a sus rasgos propios, pueda sin dubitación distinguirlo de los demás, no debe pasarse por alto que en este caso los rasgos que paulatinamente fue suministrando el único testigo de los hechos en su condición de víctima, son absolutamente etéreos, equívocos y contradictorios incluso en torno a la estatura y edad de los autores del hecho noticiado.

Al respecto baste con observar que en relación con la persona que identifica como el primer agresor, a quien posteriormente en el juicio señaló como Tuñón Galvis, dijo en la denuncia que se trataba de un sujeto joven de aproximadamente 21 años; ante los investigadores que era bajito de 1,60 de estatura, con una edad entre 26 y 27 años; y sin embargo en el escrito de acusación se le describe como de 1.74 de estatura, lo que sin lugar a equívocos denota que en cada ocasión se está refiriendo a personas distintas.

En tales condiciones, este reparo tampoco tiene vocación de éxito, como igual sucede con la crítica general que el demandante formula a la decisión del Tribunal, pero sin relacionar para nada los elementos de descargo aducidos por la defensa y a los cuales se hizo alusión en el fallo, lo que patentiza la precariedad de la censura, pues sigue insistiendo en la diligencia de reconocimiento fotográfico, en el señalamiento directo que la víctima hizo de los acusados en el juicio oral, y en la personalidad del ofendido, para aducir que a éste no se le podía exigir la rigurosidad de un morfológico.

Ello no denota nada diverso de la simple y llana oposición al sentido del fallo tan sólo porque no se le dio la razón a la Fiscalía sino a la defensa cuando ésta recurrió en apelación, pero no la seria demostración de que el juzgador de alzada hubiere incurrido en un concreto error de apreciación probatoria que diera lugar variar los supuestos fácticos en que se sustentó la sentencia de segunda instancia.

No escapa a la Corte que la decisión absoluta no se fundó en aparecer acreditado que el hecho no hubiera existido o que éste no hubiera sido realizado por los acusados, sino en que la Fiscalía, a través de las pruebas aportadas al juicio, no logró desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que les asiste.

A dicho propósito ha de recordar la Sala que el señor José Fabio Salazar, en ningún momento dijo, y tampoco la Fiscalía logró demostrarlo, que los rines incautados en poder de la señora Gloria Tuñón Ardila, correspondieran exactamente a los mismos que le fueron hurtados cuando se encontraban en su vehículo, pues no puede olvidarse que cuando en el juicio se le interrogó sobre dicho particular dijo tan solo que los bienes incautados eran de características similares a los suyos, no que fueran éstos.

Tampoco puede pasarse por alto, que el testigo que la Fiscalía llevó al juicio para acreditar la preexistencia de los rines y la propiedad de estos en cabeza de la víctima, el señor Edgar Montoya Orozco, al ser contrainterrogado por la defensa puso de presente inconsistencias entre lo relatado a los investigadores y lo dicho en la audiencia en torno a la fecha de adquisición de los citados elementos, lo cual resultó relevante para el juzgador, si se toma en cuenta la fecha de fabricación a que se aludió por parte del señor Diego Mauricio Giraldo Gallo, propietario del almacén Todollantas, quien además expidió certificación, allegada al juicio, en el sentido de haberle vendido los citados accesorios a la señora Tuñón Ardila.

O como se indicó por el Tribunal: “Téngase en cuenta que según afirmaciones del señor

Mauricio Giraldo Gallo, los rines incautados tienen unos códigos de barra que enseñan como fecha de fabricación de los mismos, el 20 de septiembre de 2003, posterior a la de la compra por parte del señor Edgar Montoya Orozco y que tal data no fue controvertida por la Fiscalía”, a lo cual tampoco se alude por el recurrente, lo que denota falta de objetividad en la formulación de los reparos.

Debe decir la Corte, con todo, que el Tribunal asimismo analizó la coartada propuesta por la defensa, en torno a que en el mismo momento en que los hechos tuvieron ocurrencia los acusados se encontraban celebrando el cumpleaños del hermano de uno de ellos en un establecimiento público de la ciudad de Pereira, para lo cual allegó el registro civil, las declaraciones del encargado de atender la mesa y del jefe de éste, así como constancias documentales sobre la vinculación laboral de ambos.

Sin embargo para el juzgador ello no fue suficientemente demostrativo de la inocencia de los acusados, tras considerar, de una parte, que los testigos no pueden confirmar la fecha exacta en que tuvo lugar dicha reunión, y que uno de los testigos, el señor Giovanni Posada Londoño, mantuvo una relación afectiva con la hermana de una mujer que fue novia del procesado Tuñón Galvis lo que le resta credibilidad.

Entonces, no habiendo demostrado el recurrente que el Tribunal hubiere incurrido en los errores de apreciación probatoria que pretendió denunciar, el cargo no puede prosperar, y ello impone a la Sala no casar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 LA PRUEBA PENAL. Doctrina y Jurisprudencia. CLIMENT DURÁN Carlos. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Págs. 1115-1116.