REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, jueves treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012)
Hora: 10:32 am.m
Aprobado según Acta No. 282 de la fecha.

Radicación:	*66400-31-890-001-2012-00027-01*
Acusado:	*José Leonidas Jaramillo*
Delito:	*Homicidio agravado*
Procede:	*Juzgado Penal del Circuito de La Virginia*

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía contra la decisión del Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría -en comisión en el municipio de La Virginia-, que ordenó la exclusión de unos reconocimientos fotográficos como elemento material de prueba en la audiencia preparatoria celebrada en el juicio seguido contra JOSÉ LEONIDAS JARAMILLO por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES:

Los hechos que motivaron esta investigación, fueron reseñados en el escrito de acusación en la forma siguiente:

> *"El sábado 8 de diciembre de 2007 hacia las 5:45 de la mañana, cuando LUBIÁN DE JESÚS TORRES BENJUMÉA se disponía abordar el vehículo campero de su propiedad, que se encontraba aparcado diagonal a la casa con nomenclatura 7-17 de la calle 9ª del municipio de Balboa, con el propósito de iniciar su labor consistente en la realización de viajes a las veredas, actividad de la cual derivaba su sustento; de manera intempestiva fue interceptado por JOSÉ LEONIDAS JARAMILLO apodado 'FERCHO', quien se encontraba acompañado de dos hombres, uno de ellos su hermano JHON FREDY JARAMILLO, conocido con el apodo de 'CHURRY', el otro, su sobrino LIBANIEL DE JESÚS CARO OCAMPO, quien para la época de los hechos laboraba en la empresa de agua de la alcaldía de Balboa, iniciándose una discusión que pasó a la agresión física, pues de manera insistente golpeaban a TORRES BENJUMEA al punto que no le permitieron subir al carro, generándose gritos y requerimientos de LEONIDAS JARAMILLLO hacia la víctima, cuando increpó por las razones que tuvo para echarle el carro encima a su hermano JHON FREDY apoderado 'CHURRY', pues días antes el occiso le había hecho un llamado de atención a éste por consumir marihuana al interior de su vehículo, recibiendo por respuesta del señor LUBIÁN DE JESÚS que eso no era cierto, sin embargo, como quiera que JOSÉ LEONIDAS JARAMILLO portaba un arma de fuego en su mano, la accionó en contra de TORRES BENJUMÉA instante en que éste reacciona golpeándolo en su cabeza, hecho que no impidió que finalmente le disparara en repetidas ocasiones ocasionándole la muerte"*.

Con fundamento en tales hechos, la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el señor JOSÉ LEONIDAS ROJAS por el delito de homicidio cometido en circunstancias de agravación, cuya audiencia de formulación se realizó el 26 de marzo de 2012 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia.

El 14 de mayo último, se dio comienzo a la audiencia preparatoria, ante el señor Juez Promiscuo del Circuito de La Virginia, con ocasión de la cual –en su ritualidad- inicialmente el acusado se declara inocente y luego anuncia la defensa las pruebas que tiene por descubrir a la Fiscalía. Seguidamente Se procede a formular por los sujetos procesales el pedimento probatorio, con ocasión del cual el Juez de conocimiento decretó en su totalidad las deprecadas tanto por la Fiscalía como por la defensa, incluso decretó como testigo común el referido a RODRIGO RIVERA.

El defensor intervino para solicitar la exclusión de los informes ejecutivos presentados por el investigador, al referir que los mismos están basados en comentarios de terceros y citó a REINEL CASTAÑEDA MÁRQUEZ, quien tiene afinidad con el acusado, la cual debe ser excluida por no enterarlo del derecho frente a su exoneración para declarar en juicio. Pidió la exclusión de las entrevistas de RICARDO RESTREPO ALZATE, JAIME ÑAÑEZ, LUZ DARY TORRES y ROGELIO RIVERA JARAMILLO, porque no fueron recepcionadas con las formalidades legales, al criticar que se les haya tomado juramento por quien no tiene dicha facultad. Por último señaló los reconocimientos fotográficos realizados por RICARDO RESTREPO ALAZATE y ROGELIO RIVERA JARAMILLO, están viciados de nulidad, porque los mismos se aprecian adulterados en las fotografías del por reconocer, se impuso una marca, señal que afecta la validez de los mismos.

El Fiscal intervino para oponerse a la solicitud, para lo cual expuso respecto de la entrevista rendida por REINEL CASTAÑEDA MÁRQUEZ, que sólo promediando la misma se enteró el investigador de su parentela con el acusado, hecho que no la reviste de irregularidad; también precisó que en las entrevistas rendidas por RICARDO RESTREPO ALZATE, JAIME ÑAÑEZ, LUZ DARY TORRES y ROGELIO RIVERA JARAMILLO, no se tomó

juramento, sino que estas fueron elaboradas en un formato que se utiliza, siendo cuestiones formales que no afectan su legalidad, como tampoco el hecho de no ostentar la firma del investigador que la recibió. Por último y frente a los reconocimientos fotográficos, adujo que estas señas se pusieron luego de realizado el mismo por parte del testigo y que estas diligencias están precedidas de legalidad, con la asistencia del Procurador Judicial.

El señor Juez adoptó decisión mediante la cual al fijar el alcance de las entrevistas refirió que estas no constituyen prueba y podrán ser utilizadas en la audiencia de juicio oral para refutar testigos so refrescar memoria; en cuanto a los reconocimientos fotográficos, ordenó su exclusión, precisó que en atención a que la marcación que aparece en las fotografías del acusado y al no ser posible determinar si estas fue colocada con antelación a la diligencia o posteriormente, decide inadmitirlas.

El Fiscal -recurrente- Interpuso el recurso de apelación frente a la decisión de excluir los reconocimientos fotográficos al referir que las señales que aparecen en cada fotografía fue colocada por el testigo luego de efectuada la diligencia y que las mismas estuvieron avaladas por los respectivos Procuradores Judiciales. Solicitó la revocatoria de dicha decisión.

El Defensor -no recurrente- Pidió la confirmación de lo decidido por el A quo, al señalar que la norma prevista en el artículo 360 del C. de P. Penal, debe ser acatada y que así las informalidad sea nimia, constituye un acto irregular, ya que las fotografías no pueden presentar señales. Agregó que el testigo no puede firmar o señalar el álbum fotográfico, así lo haga en forma posterior. Al término de esta intervención, el señor Juez concedió el recurso en el efecto suspensivo.

CONSIDERACIONES:

Competencia.

Acorde con lo estipulado por el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya égida se impartió este trámite procesal, la Sala se encuentra investida de la facultad jurisdiccional para revisar por vía de alzada las decisiones que se adopten en primer nivel por los Jueces Penales del Circuito.

Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver por parte de la Sala, consiste en determinar si los elementos materiales probatorios consistentes en reconocimientos fotográficos, cuya introducción en juicio se pretende a instancias de la Fiscalía, ¿deben ser inadmitidos o excluidos, porque posiblemente, presentan alteración material en su contenido?.

Solución.

El asunto que concita la alzada se enfoca a la probabilidad de inadmisión de un elemento material de prueba que en el discurrir de la audiencia preparatoria, se ha planteado su ilicitud, en tanto que presenta una aparente adulteración que tuvo lugar al momento de ser utilizado por el testigo para quien fue creado.

Lo anterior obliga a abordar inicialmente las reglas relativas al régimen probatorio en el Sistema Penal Acusatorio y allí encontramos que el mandamiento inmerso en el artículo 356, impone la ritualidad de la audiencia preparatoria en la que básicamente se regula el procedimiento para la actividad probatoria de las partes, quienes deben enunciar en su totalidad

las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio oral, de las cuales se corre traslado a las demás para los efectos previstos en el artículo 359. Efectuadas las solicitudes por los interesados, corresponde al juez emitir pronunciamiento sobre ellas para acceder a su práctica tal como lo prevé el artículo 357 del Estatuto Adjetivo Penal, aplicando los parámetros de licitud, pertinencia y admisibilidad.

En este orden de ideas, el régimen probatorio se sujeta a lineamientos de licitud, legalidad, conducencia, pertinencia y utilidad, ante lo cual resulta de importancia para el caso en estudio, recordar que la licitud está referida respecto de la vulneración de derechos fundamentales para su consecución o práctica[1], en tanto que la legalidad, tiene que ver con el desbordamiento de las normas de orden legal[2]; la conducencia de la prueba es una comparación entre el medio probatorio y la ley, con lo que se busca determinar *"… si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio"*, en tanto que la pertinencia: *"Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste"*; y, la utilidad está definida como: *"… llevar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez"*.[3]

Bajo el cumplimiento de estos requisitos, las partes formulan en audiencia preparatoria sus aspiraciones probatorias, de suerte que estando dentro de este marco jurídico, definido no solo por los

[1] Artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004: *"Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia"*.
[2] Artículos 276 ejusdem, en armonía con el 360: *"El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se hayan practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previsto en este Código"*.
[3] Parra Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Décima Octava Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Editorial ABC, Bogotá D.C., Abril de 2011.

doctrinantes, sino por la jurisprudencia, se torna viable la pretensión. En caso contrario se presenta la exclusión o rechazo, dependiente de las causas que afecten la prueba.

Viene entonces a renglón seguido en la audiencia preparatoria, el escenario procesal oportuno para pedir la inadmisión o exclusión de un medio probatorio, aunque nada se opone a que dicha petición pueda ser formulada también en la futura audiencia de juicio oral, dadas las excepciones a la regla general.

Descendiendo al punto concreto, advierte la Sala que le asiste razón al censor en cuanto a su planteamiento relativo a que el elemento material de prueba que aporta la Fiscalía, no contiene una adulteración material -por lo menos no está acreditado- de tal forma que se imponga anteladamente su inadmisión o exclusión.

En efecto, la inadmisión de los medios de conocimiento ordenada por el Juez A Quo, se fundamenta en que los dos reconocimientos fotográficos, cuya actuación estuvo a cargo de los señores RICARDO RESTREPO ALZATE y ROGELIO RIVERA JARAMILLO, presentan señalamientos manuscritos precisamente en la fotografía del acusado JOSÉ LEONIDAS JARAMILLO, intríngulis frente al que explicó el Fiscal, fueron impuestas por los propios testigos luego de cumplida la diligencia.

No es posible que la defensa con su sola atestación, sin presentar medios de prueba que conduzcan a señalar la falsedad de tales reconocimientos, pretenda tan anticipada exclusión, máxime que los mismos aún no han sido sometidos a pruebas tendientes a la impugnación de su credibilidad. Por si fuera poco, estos documentos gozan de una presunción de legalidad, máxime cuando los respectivos Procuradores Judiciales -garantes de los derechos ciudadanos- actuaron en aquellas diligencias.

De otra parte y como ya se ha expuesto por la judicatura frente a temas probatorios, los reconocimientos fotográficos que se hacen en forma anticipada, tienen por propósito establecer la identidad de los posibles autores o partícipes del hecho, con la finalidad de dirigir una investigación, pero el reconocimiento efectivo, se puede llevar a efecto en fila de personas o en la misma audiencia de juicio oral, cuando tenga lugar la comparecencia de aquél testigo.

En tal sentido, se ha producido jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en su aparte pertinente dice:

> *"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 reconocente 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".*[4]

Esto conduce a que, como lo dispone la ley procesal penal y lo avala la jurisprudencia, el elemento material probatorio que constituye aquél reconocimiento fotográfico, puede llegar a ser avalado con diligencia de reconocimiento en fila de personas, acto que se cumple con la anuencia del defensor del acusado o en la audiencia de juicio, con el señalamiento directo del acusado por parte del testigo que lo ha reconocido, razón por la que se ha sostenido, que el reconocimiento fotográfico hace parte integral de la prueba testimonial y que por ende, debe ser apreciado de manera articulada a la misma.

[4] Sala de Casación Penal, Radicado 26276, Sentencia del 29 de agosto de 2007, MP. Mauro Solarte Portilla

No sobra advertir, que en aquél instante tiene lugar la oportunidad para que la contraparte trate de demeritar el reconocimiento fotográfico mediante el contrainterrogatorio, o con los demás medios de prueba preparados para sustentar su teoría del caso.

La inconsistencia advertida no comporta violación del derecho fundamental a la defensa o infracción a disposición de orden legal sin que afecte las reglas probatorias, y por ende no opera en este evento la aplicación de la cláusula de exclusión, puesto que el quid del asunto no radica en la violación de tales garantías fundamentales, sin que se asalte la buena fe de la defensa o exista deslealtad de la Fiscalía; tampoco podría abrigarse la posibilidad de una inadmisión, dado que no es posible concluir que dichos medios de conocimiento sean ilícitos por adulteración, es decir, que contengan una falsedad material.

Todo converge a que posiblemente se trató de un error involuntario, no de un actuar antiético o ilícito por parte de los funcionarios del C.T.I., sino de una ratificación por parte del testigo respecto de la persona que había reconocido en tal diligencia; aunque en últimas, el criterio de valoración del elemento material de prueba corresponde al juez con fundamento en el debate que se desarrolle acerca de su legalidad, autenticidad, cadena de custodia y grado de aceptación, quien al momento del fallo, resolverá tal aspecto.

La Sala encuentra equivocada la postura del señor Juez A quo en torno a la inadmisión de las referidas actas de reconocimiento fotográfico como elementos materiales probatorios y por tanto, será revocada, para en su lugar, ordenar que los mismos sean introducidos en el juicio, con los respectivos testigos de acreditación.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

Primero: Revocar la decisión adoptada en audiencia del 14 de mayo de 2012 por el señor Juez Promiscuo del Circuito La Virginia, para en su lugar, ordenar la introducción de los reconocimientos fotográficos efectuados por los señores RICARDO RESTREPO ALZATE y ROGELIO RIVERA JARAMILLO en la respectiva audiencia de juicio oral.

Segundo: Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno; en consecuencia se devolverá la actuación al juzgado de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario