



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP1875-2021

Radicación # 55959

Acta 112

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS:

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado Eugenio Fernández Carlier, resuelve la Sala la impugnación especial promovida por el defensor de RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA, quien luego de ser absuelto el 9 de marzo de 2018 por el Juzgado Penal del Circuito de Anserma por los delitos de homicidio en Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez (a. *Pícaro*) de 18 años de edad y Jonatan Stiven Montoya Díaz (a. *Mono*) de 17, además del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, fue condenado como autor de tales punibles por el Tribunal Superior de Manizales el 24 de abril de 2019.

HECHOS:

En la noche del 21 de mayo de 2017, en una residencia ubicada en la vía principal que une a los municipios de Riosucio y Supía en el Departamento de Caldas, sector denominado *tumbabarreto*, departían Jonatan Montoya Díaz, Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo Largo, Brahian Mauricio Trejos Bañol, RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA, Ramón Zapata Córdoba (hermano del anterior) y Eduard Guapacha Gutiérrez ingiriendo licor, hasta que se suscitó una riña entre los dos últimos.

Entonces, RAFAEL ZAPATA se fue del lugar y minutos más tarde regresó con un revólver en la mano, con el cual disparó contra Jonatan Montoya e hizo lo propio con Eduard Guapacha cuando trató de huir, causándoles su deceso.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 21 de mayo de 2017 en el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Supía, la Fiscalía imputó a RAFAEL ZAPATA la comisión de dos delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. En la misma oportunidad, a pesar de la solicitud de la Fiscalía, el imputado no fue afectado con medida de aseguramiento, decisión que al ser impugnada fue revocada el 15 de junio de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio y, en consecuencia,

libró orden de captura para hacer efectiva la medida cautelar en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación, el 25 de septiembre de 2017 se realizó la respectiva audiencia, en la cual la Fiscalía insistió en los mencionados punibles. Surtido el juicio, el Juzgado Penal del Circuito de Anserma profirió fallo absolutorio el 9 de marzo de 2018.

Apelada tal determinación por la Fiscalía, el Tribunal de Manizales la revocó, mediante sentencia contra la cual se interpuso impugnación especial, proferida el 24 de abril de 2019, para condenar a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA a 356 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años y privación del derecho al porte o tenencia de armas por 54 meses, como autor de los delitos objeto de acusación. Le fue negada tanto la condena de ejecución condicional como la prisión domiciliaria.

Si bien inicialmente el Tribunal manifestó que únicamente procedía recurso de casación contra su fallo, el 22 de mayo de 2019 señaló que también era viable la impugnación especial, por tratarse de la primera sentencia de condena contra ZAPATA CÓRDOBA, la cual fue promovida por el defensor del acusado conforme a las reglas definidas por la Corte¹ mientras el legislador, a quien compete definir el procedimiento, cumple su obligación constitucional en tal

¹ Cfr. CSJ AP, 3 abr. 2019. Rad. 54215.

sentido. Los no recurrentes permanecieron en silencio durante el término de traslado.

SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal concluyó que el acusado *“más allá de cualquier duda, fue el autor del doble homicidio que se le endilgó, valiéndose para ello de un arma de fuego que ilegalmente portaba”*.

Sustentó su determinación en que el juez de primer grado omitió valorar de fondo las versiones rendidas por los testigos antes del juicio, pues únicamente se atuvo a lo manifestado por ellos en el debate oral, sin detenerse a apreciar las razones para variar significativamente su relato inicial.

Aunque la Fiscalía confrontó a los declarantes por medio de la lectura de sus entrevistas anteriores al juicio, procedieron a dar explicaciones poco creíbles sobre su estado de embriaguez, *“pérdida selectiva de la memoria e incluso narraciones incoherentes tanto interna como externamente, en tanto se avizoran incompatibles con sus propias dicciones y los demás medios de conocimiento”*.

Con base en jurisprudencia de esta Sala² reiteró que la posibilidad de utilizar como pruebas las declaraciones anteriores al juicio oral requiere, que lo manifestado en el

² Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950.

debate oral resulte inconsistente con lo expresado previamente y que la parte contra la cual se aduce el testimonio tenga oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

En este caso, los testigos Airon Guevara, Oswaldo Naranjo, Julián Largo y Brahian Trejos se retractaron en el juicio, pero estuvieron disponibles en el mismo para ser interrogados sobre lo declarado previamente, de modo que era viable admitir excepcionalmente las declaraciones rendidas en sus entrevistas antes del debate oral.

Adicionalmente, aquellos reconocieron sus firmas, fueron interrogados por las inconsistencias entre sus entrevistas y lo expuesto en el juicio y se efectuó la introducción de las declaraciones.

Hay convergencia de los medios de conocimiento para otorgar credibilidad a lo manifestado antes del debate oral por los mencionados testigos, quienes en esa primera oportunidad, ante los funcionarios de policía judicial, *“apuntaron sin ambages a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA como el perpetrador del doble homicidio”*, guardando coherencia interna de esos relatos y armonía con los restantes elementos probatorios de corroboración de la tesis acusatoria.

Insistió en que las razones de los testigos para modificar su relato inicial no fueron coherentes ni encontraron asidero alguno.

Así pues, resultó por lo menos curioso que Guevara Blandón afirmara en el juicio no recordar nada por su excesiva embriaguez, pero que evocara con nitidez los momentos anteriores al hecho delictivo, el sitio donde estuvo, la actividad que desarrolló, las personas con las cuales compartió en el inmueble, la presencia del hermano de RAFAEL ZAPATA y la discusión generada por una “*recocha brusca*” entre Ramón Zapata y Eduard Guapacha.

Precisó el Tribunal en el fallo que, en sus dos versiones, Guevara Blandón manifestó que RAFAEL ZAPATA sí estaba en la casa con ellos, pero que había salido del lugar cuando se presentó la discusión y 15 minutos más tarde sonaron los disparos.

Similar análisis realizó con las manifestaciones de Oswaldo Naranjo Calvo quien recordó con lucidez los instantes previos, el lugar, las personas que allí se encontraban, la ingesta de alcohol, así como la presencia de ZAPATA CÓRDOBA, compañero de labores en la mina, y la disputa entre Ramón Zapata y Eduard Guapacha.

En la entrevista rendida el mismo día de los acontecimientos, Naranjo Calvo *“afirmó que Ramón se puso a pelear con ‘Pícaro’, como le dicen a Eduard, y al rato llegó Rafael, el hermano de Ramón, provisto de un fierro con el que le apuntó a todos, disparándole al ‘Mono’ en la cara, provocando su caída mientras ‘Pícaro’ salió corriendo herido, porque fue al primero que se lo estallaron. Detalló incluso que*

también a él –al testigo—, Rafael le apuntó con el arma sin dispararle”.

Al ser interrogado sobre los motivos del cambio en su versión, no suministró una explicación específica y a pesar de reconocer su firma en el documento receptáculo de la entrevista, sostuvo que no había realizado tales manifestaciones.

Destacó el Tribunal que lo narrado por Naranjo Calvo en entrevista guardaba correspondencia con la necropsia practicada a Jonatan Montoya, pues según lo estableció el Médico Legista, presentaba una herida causada por proyectil de arma de fuego en la región nasal izquierda con ahumamiento y tatuaje, lo que indicaba que había sido disparado a corta distancia.

Consideró inverosímil que luego *“de indicar que las dos víctimas se encontraban cerca de él discutiendo, Eduard al frente suyo y Jonatan a su lado, pretendiera insistir en no haber visto la persona que les disparó, máxime si en cuenta se tiene que el tatuaje y ahumamiento entrañan una distancia muy corta del pistolero”.*

Respecto de Brahian Trejos encontró que, de forma similar a los otros, ubicó el lugar, la actividad y los participantes, pero adujo en el juicio desconocer entre quiénes se había presentado la discusión por estar dormido

en un sofá del inmueble, pese a haber manifestado que de la casa salieron *Pícaro*, *Mono* y *Pirri*.

Además, en la entrevista, cuya firma reconoció, había expresado que al suscitarse la discusión, *Pirri* y *Mono* sacaron de la casa a *Pícaro*, y que RAFAEL ZAPATA había salido del inmueble, para minutos después regresar armado, procediendo a dispararle a *Mono* y a *Pícaro*. Además, en el juicio aseveró que nada de eso había dicho en su entrevista al funcionario de policía judicial y también expresó que no vio a RAFAEL ZAPATA regresar a la casa con un arma.

Precisó el Tribunal que Brahian Trejos fue asistido por la Comisaria de Familia del municipio de Marmato al rendir la entrevista, tal como se acredita con la firma obrante en dicho documento.

En suma, la Corporación de segundo grado consideró que las declaraciones rendidas antes del juicio oral por parte de los referidos testigos, son congruentes entre sí y coinciden con los hallazgos de las necropsias, así como con lo manifestado por la progenitora del occiso Jonatan Montoya, al decir que cuando arribó al lugar de los hechos, Brahian Trejos le informó que a su hijo lo había matado RAFAEL ZAPATA, el hermano de Ramón.

En apoyo de la credibilidad de las versiones primigenias de los citados testigos, el Tribunal recordó que Adrián Giraldo Cárdenas, Agente del CTI, declaró que el día de los hechos

fue informado acerca de una persona que voluntariamente reivindicaba la autoría de los homicidios, razón por la cual se desplazó hasta una vivienda donde un señor de nombre RAFAEL le ratificó la información de que fue el homicida y se trasladaron a las instalaciones del CTI de Riosucio, donde le comentó voluntariamente que se encontraban ingiriendo licor en una vivienda de *Tumbabarreto* con su hermano Ramón y otros muchachos, a dos de los cuales les disparó con un revólver, huyendo luego del lugar con su consanguíneo y otro muchacho.

A partir de lo anterior, el Tribunal consideró acreditado el compromiso penal de ZAPATA CÓRDOBA en los dos homicidios, descartó el mérito de las pruebas ofrecidas por la defensa, especialmente lo manifestado por el investigador privado Felipe Romero Medellín, pues acerca de las amenazas de terceros que presuntamente pesaban sobre los dos occisos no se contó con prueba directa o información adicional que así lo acreditara.

Tampoco el video aportado por la defensa dio cabida a la posible intervención de otras personas, pues únicamente da cuenta de *“cuando este joven viene caminando por la vía con dificultad, pasa una motocicleta a la que se dirige sin recibir atención, y finalmente se va trastabillando hacia el borde de la vía donde finalmente se desploma, para luego ser auxiliado y transportado en un vehículo de la policía”*.

El Tribunal descartó la configuración de la circunstancia de mayor punibilidad y la de agravación, contenidas en los artículos 58-2 y 104-7 del Código Penal, pues la Fiscalía no cumplió con la respectiva carga probatoria y, además, no precisó a qué supuesto de hecho se refería la acusación.

Ahora, respecto del delito contra la seguridad pública se adujo en el fallo de segundo grado que en la comisión de los dos homicidios RAFAEL ZAPATA utilizó un arma de fuego para la cual carecía de permiso, pues según fue certificado por el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos de la seccional Manizales, el procesado no aparece registrado como poseedor legal de tal especie de armas, documento directamente introducido por la Fiscalía con base en el artículo 429 de la Ley 906 de 2004.

Entonces, ubicado entre los extremos del primer cuarto de movilidad punitiva para el delito de homicidio que es de 208 a 268 meses, el Tribunal tasó la pena partiendo de 260 meses de prisión en cuanto el acusado *“demostró un especial menosprecio por la vida de dos hombres jóvenes, como reacción frente una discusión en la que no tenía parte él sino su hermano, y donde incluso una de las víctimas, Jonatan Stiven, no tenía nada que ver, y sin embargo le propinó un disparo a quemarropa en la cara, luego de lo cual, aun estando ya mortalmente herido en el piso, y después de arremeter a balazos contra la segunda víctimas, volvió a dispararle”*.

Adicionó 60 meses por el otro homicidio y 36 por el porte ilegal de arma de fuego, para un total de 356 meses de prisión, condena que debe cumplirse intramuros por no estar satisfechos los requisitos previstos en los artículos 63 y 38b del Estatuto Penal y por la expresa prohibición contenida en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto Jonatan Stiven Montoya Díaz era menor de edad para la fecha en la que el procesado le causó la muerte. También le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 54 meses.

Finalmente, el Tribunal precisó que sólo procedía recurso extraordinario de casación.

A su vez, dispuso compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, en orden a investigar a los testigos Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo Largo y Brahian Mauricio Trejos Bañol por un posible delito contra la eficaz y recta impartición de justicia.

A través de proveído del 22 de mayo de 2019, el Tribunal indicó que también procedía la impugnación especial por tratarse de la primera sentencia de condena en contra de RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

El defensor solicitó la revocatoria del fallo condenatorio, con base en los siguientes argumentos:

La condena se sustentó en las declaraciones de Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo y Brahian Mauricio Trejos, las cuales: i) Fueron rendidas por fuera del juicio, ii) No se aportaron al proceso, iii) No se decretaron en la audiencia preparatoria y iv) No fueron reconocidas por los declarantes en la audiencia pública.

El Tribunal incurrió en un error de legalidad al incorporar las entrevistas por fuera del juicio oral, integrándolas a la prueba testimonial y contrarrestar las declaraciones que rindieron los testigos en el debate oral.

Se le dio “*carácter de prueba a un acto jurídico que no lo tenía*” y, además, fueron privilegiadas esas declaraciones sobre las vertidas con inmediatez del juez de conocimiento.

La falta de decreto de tales pruebas en la audiencia preparatoria, así como la naturaleza de acto de investigación de las entrevistas violó el debido proceso probatorio.

Soportado en decisiones de esta Corporación³, sostuvo que si la Fiscalía pretendía hacer valer esas declaraciones

³ Aludió a CSJ SP, 11 jul. 2018. Rad 47789 y CSJ SP, 4 dic. 2018. Rad. 51896.

anteriores al juicio oral, debió incorporarlas “a la manera de prueba de referencia”.

El ente acusador no solicitó la incorporación de las entrevistas para que fueran valoradas y por ello no es aceptable que el Tribunal Superior las apreciara y les diera peso suficiente para derrumbar la presunción de inocencia, pese a que no se agotaron los procedimientos orientados a garantizar el debido proceso, y no se suministraron los insumos suficientes para establecer cuál de las dos versiones merece credibilidad, pues las mismas pueden ser desestimadas.

Las únicas declaraciones que pueden ser judicialmente valoradas son las rendidas en el juicio oral.

Si la Fiscalía utilizó las entrevistas de los testigos para impugnar credibilidad y refrescar memoria, pero no solicitó su incorporación, no podía el Tribunal valorarlas.

Como los declarantes negaron haber realizado las manifestaciones contenidas en el formato de entrevista, se advierte un “*posible actuar fraudulento de los investigadores (...) lo cual pone en dudas sobre todo su proceder en este caso*”.

Reprochó que no fue explorada otra hipótesis en el curso de la investigación, ni se pensó en una posibilidad diversa a la consignada en la acusación, máxime si los

funcionarios a cargo “*capturaron y escucharon a un sospechoso sin presencia de un abogado violando todos sus derechos y garantías procesales*”.

Las entrevistas de los testigos no fueron conocidas en debida forma por la defensa, por cuanto las mismas no eran pruebas ni fueron solicitadas como testimonio adjunto, situaciones que afectaron el ejercicio del derecho de contradicción de su asistido.

No es cierto que los testigos cambiaron su versión inicial y si no se demostró una retractación, no se cumplió uno de los requisitos para que las entrevistas pudieran ser apreciadas.

Adicionalmente, la solicitud de incorporación de las declaraciones anteriores debió provenir de la parte interesada y nunca del juez de conocimiento. La Fiscalía no formuló una petición en tal sentido y el Tribunal no podía, como se abstuvo de hacerlo el juez de primer grado, analizar el contenido de esas versiones.

En apoyo de lo expuesto refirió que el mismo Tribunal reconoció expresamente que el Juez y la Fiscalía desconocían la técnica para la incorporación de las declaraciones inconsistentes con lo dicho en el juicio oral.

No contó con la posibilidad de impugnar la credibilidad de los testigos a la luz de lo manifestado en las entrevistas,

con mayor razón si cualquiera de los presentes en el inmueble el día de los hechos resultaba sospechoso. Además, todos los declarantes coincidieron en afirmar que RAFAEL ZAPATA no participó en la disputa y había abandonado el lugar antes de la ocurrencia de los disparos, lo cual excluía su autoría.

Reclamó la aplicación del principio *in dubio pro reo*, derivada de apreciar únicamente las declaraciones practicadas en el juicio oral, máxime si de lo dicho por Airón Terri Guevara podía concluirse que había otras armas en el inmueble, pero no se estableció quién era el autor de los homicidios.

Dicho testigo manifestó en la entrevista desconocer quién portaba armas, había buena visibilidad del sector y estuvo en la tarde de los hechos con Ramón, quien era el responsable de los hechos. Sin embargo, en el juicio expresó que Eduard Guapacha estaba armado y desconocía quién fue el autor de los sucesos, versiones contrarias que imposibilitan despejar las dudas sobre tal aspecto.

En cuanto atañe a Brahian Trejos, en la entrevista señaló el tiempo transcurrido entre la disputa y los disparos, así como haber escuchado 5 detonaciones, pero en la audiencia negó haber realizado tales manifestaciones, luego debe concluirse que el testigo desconoce totalmente esos asertos, es decir, los investigadores hicieron agregados

malintencionados en la entrevista, todo lo cual genera dudas que deben resolverse en beneficio del acusado.

Reiteró que el menor estuvo acompañado durante la entrevista únicamente por el investigador encargado de recibirla.

Insistió en que Oswaldo Naranjo, Julián Andrés Largo y Brahian Trejos rechazaron el contenido de las entrevistas, en especial respecto de la sindicación de RAFAEL ZAPATA como posible autor del doble homicidio, de modo que la duda debe ser resuelta a favor del procesado.

Con fundamento en lo expuesto, el defensor solicitó a la Corporación revocar la sentencia de condena para, en su lugar, absolver a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala es competente para resolver la impugnación especial de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la primera sentencia de condena proferida en contra de RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA por el Tribunal Superior de Manizales.

Para comenzar se advierte que la solución del caso está circunscrita, en primer lugar, a establecer si lo expuesto por testigos directos de los hechos en sus entrevistas rendidas a los investigadores, en las cuales señalaron a ZAPATA

CÓRDOBA como el autor de los disparos que acabaron con la vida de Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez (a. *Pícaro*) y Jonatan Stiven Montoya Díaz (a. *Mono*), puede o no fundamentar el fallo de condena, toda vez que fueron practicadas antes del juicio.

Y en segundo término, a verificar si, además, con las pruebas recibidas en el debate oral se sostiene o no la sentencia impugnada.

1. El testimonio adjunto.

La figura del *testimonio adjunto*, también llamada *declaración complementaria*, ha sido desarrollada por la jurisprudencia⁴, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones, proceder en ocasiones determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

⁴ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 20 may. 2020. Rad. 52045, entre otras.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

En España, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

A su vez, en el artículo 802, literal a, de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, es necesario para incorporar una declaración anterior como prueba que sea inconsistente con lo expuesto en el juicio por el mismo testigo (retractación o cambio de versión), que haya sido rendida bajo juramento, el declarante debe estar disponible para ser contrainterrogado y la versión precedente ingresa como medio de prueba, de modo que el juez tiene ante sí la exposición anterior y la rendida en la vista pública.

Tiene dilucidado la Sala⁵ que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen

⁵ Cfr. CSJ SP, 14 dic. 2019. Rad. 55651 y CSJ SP, 17 jul. 2017. Rad. 49509, entre otras.

lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como *testimonio adjunto*. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia⁶, respectivamente.

Entonces, la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como *testimonio adjunto*, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.

Así, para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será

⁶ Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.

confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser concontrinterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y *testimonio adjunto*, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito

probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el *testimonio adjunto*, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como *testimonio adjunto*, una vez

cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un *testimonio adjunto*.

Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas *pruebas ilegales*, en contraposición a las llamadas *pruebas ilícitas*.

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente. Lo anterior, sin perjuicio de los requisitos establecidos para cada medio de prueba se cumplan a cabalidad, precisamente para evitar situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte.

2. Las entrevistas anteriores al juicio en el caso concreto.

Precisado lo anterior se tiene, que en entrevista suscrita y con imposición de la huella del índice derecho de quien la rindió, realizada el 21 de mayo de 2017, esto es, diez días

después de la ocurrencia de los hechos, Brahian Mauricio Trejos Bañol expuso ante el Investigador de Policía Judicial, asistido por la Comisaria de Familia de Marmato, por tratarse de un menor de edad, lo siguiente:

“Los conocía, al Mono desde pequeños somos amigos y vecinos, entonces a él lo conocía de toda la vida, teníamos una amistad y nunca tuve problemas con él. A Pícaro también lo conocía, también era amigo (...). El día de los hechos “nos cogió las 12 de la noche (...) jugamos billar un rato hasta que cerraron y en medio de la juerga tomamos aguardiente suave, cuando cerraron estábamos en sano juicio todavía (...) llegamos a la casa de Pirry y nos sentamos todos en la sala a tomar aguardiente y a escuchar música (...) hubo una discusión entre Ramón y Pícaro no sé por qué fue, cuando vi fue que estaban alegando y Ramón le pegó una patada suave (...). Ahí empezó a gritar Pícaro bobadas y Rafael le dijo qué era lo que quería y Pícaro le dijo que hágale que si quiere pelear peleamos”.

“Tomando suave y hablando bobadas (...). Yo no vi a nadie armado (...). Pirry y el Mono sacan a Pícaro y los demás nos quedamos con Ramón calmando todo. Estando ahí sale Rafael de la casa de Pirry y vuelve al rato con un fierro, yo vi que era un revólver, no lo vi bien, pero se veía plateado y se escuchó el alboroto de la familia de él corriendo detrás de él para tratar de detenerlo, pero no pudieron y le disparó al Mono en el cuerpo, y ahí salió corriendo Pícaro hacia el pueblo y le

disparó en la espalda, le hizo dos tiros y después se volteó y remató al Mono en el suelo y le pegó otros dos disparos en la cara, le apuntó a Pirry en la cabeza y Pirry empezó a gritar ‘soy Pirry’, ‘soy Pirry’ y pues yo me tiré al suelo a tratar de ayudar al Mono y ahí él salió corriendo por los carriles con Ramón...”.

Y refirió al culminar:

“Yo quiero pedir a la Fiscalía que reserve mis datos lo más posible porque tengo miedo de que me puedan hacer algo y por eso me tocó salir del pueblo, porque me estaban preguntando mucho en el barrio y en la casa y por eso tengo temor y espero que ustedes me ayuden, así como yo estoy dando la versión de quién fue quien mató a Pícaro y al Mono, les agradezco porque Rafa está suelto y me da vaina”.

En similares circunstancias dijo Oswaldo Naranjo Calvo en entrevista realizada el 25 de mayo de 2017, es decir, cuatro días luego de los sucesos:

“Estábamos tomando en la casa de unos parceros y hubo un problema ahí, Ramón se aleteó y se puso a pelear con alias el Pícaro, que es peluquero. Tratamos de calmar eso y al rato llegó Rafael, el hermano de Ramón, con un fierro, no sé si era pistola o revólver y le apuntó a todos, a Pícaro, al Mono y a mí, él de una le disparó al Mono en la cara y el Mono cayó. Pícaro salió corriendo pero él ya iba herido, a él fue el primero que se lo estallaron, y a mí,

me apuntó pero no me disparó y después se lo llevaron no sé en qué. Yo no quiero manifestar nada más, lo único que sé es que Ramón y Rafael son hermanos y son mineros y pido a ustedes que no me mencionen en nada porque me da temor de mi seguridad y mi familia ya que ellos vienen del llano y no se la verdad qué clase de personas son...”.

Ahora, en el juicio oral, Brahian Mauricio Trejos Bañol, asistido por su representante legal, manifestó que conoció a Jonatan Stiven Montoya Díaz (a. *Mono*) desde su infancia y a Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez (a. *Pícaro*) únicamente lo distinguía. Sobre la noche de los sucesos recordó que además de él había siete personas, esto es, los dos mencionados, además de Ramón Zapata, Julián Andrés Largo, *Pirry*, RAFAEL ZAPATA y Airon Terri Guevara Blandón. Todos estaban muy embriagados, hasta cuando se suscitó la discusión entre Ramón y *Pícaro*, momentos después escuchó unos disparos, sin saber cuántos, pero no vio quién atacó a las víctimas, pues estaba dormido en un sofá.

Como la Fiscalía le puso de presente y leyó la entrevista rendida el 31 de mayo de 2017, antes del juicio, reconoció su firma, así como haber comparecido a la Comisaría de Familia a rendir su exposición, pero adujo que no suministró tal información y firmó el documento sin leerlo, pues estaba muy asustado con lo ocurrido. También dijo que por el habitual consumo de alcohol ha perdido la memoria y debe iniciar tratamientos médicos para superar su adicción.

Finalizado el interrogatorio directo, la funcionaria preguntó a la Fiscal si iba a introducir la entrevista por la impugnación de credibilidad, a lo cual respondió afirmativamente y la entregó para ser incorporada al expediente.

Por su parte, Oswaldo Naranjo Calvo declaró en el juicio que conocía a los occisos, a *Pícaro* desde sus estudios de primaria y a *Mono* de la calle. La noche de los hechos estuvo en un billar llamado El Emperador y al cierre se fue con sus amigos a la casa de *Pirry* para seguir ingiriendo licor.

Allí discutieron Ramón y *Pícaro* y fueron separados por los demás. Luego salió de la casa, escuchó unos disparos, sin recordar cuántos y se asustó. Como la Fiscalía le puso de presente y leyó las entrevistas rendidas el 21 y el 25 de mayo de 2017 antes del debate oral, reconoció su firma y huella, pero insistió en no saber quién causó la muerte a sus compañeros. A preguntas complementarias de la juez se limitó a referir que él se encontraba de espaldas a la casa, mientras Eduard Esteban Guapacha estaba en frente cuando le dispararon sin haber hecho nada.

En el fallo absolutorio de primer grado se afirmó:

“La floja investigación adelantada por el persecutor penal, la carencia de un ejemplar plan metodológico integral tendiente a lograr el esclarecimiento de esta trágica muerte dual, cuando entre los noctámbulos se

desató un conato de riña y después se escucharon los disparos, era necesario más y mejores elementos suasorios para elaborar una tesis acusatoria fuerte, consistente, perdurable, no tan endeble como la sugerida con el escrito y la prueba aducida en el juicio, que en lugar de aportar certeza, afloró un cúmulo de incertidumbres, vacíos, vacilaciones que abren paso a la teoría defensiva, finalmente vencedora en este investigativo”.

(...).

“La tesis acusatoria quedó bajo la ilación de la conjetura y la premonición, en tanto los únicos que realmente pudieron aportar elementos de juicio serios, como los testigos prementados (Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo Largo y Brahian Mauricio Trejos Bañol, se precisa), durante su intervención se mostraron dubitativos, inseguros, parcos en sus respuestas, lejanos de los postulados del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, como para convertirlos en creíbles y contundentes”.

En este caso constata la Sala que lo expuesto por Brahian Mauricio Trejos Bañol y Oswaldo Naranjo Calvo en el juicio, denotó su evidente retractación voluntaria de lo informado de manera detallada en las entrevistas rendidas a los investigadores antes del debate, para lo cual adujeron que al momento de los hechos estaban embriagados, no

recordaban, estaban durmiendo o firmaron sin dar lectura al escrito en el cual aparece la rúbrica y huella que reconocieron como suyas.

Sin dificultad se advierte cómo en sus entrevistas fueron prolíficos, de modo que la coincidencia de aducir su estado de embriaguez, de sueño o de falseamiento de cuanto expusieron pone de presente su interés en retractarse para favorecer a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA, muy seguramente por el miedo que expresamente dijeron en sus entrevistas le tenían.

También la juez de primer grado señaló en el fallo absolutorio:

“Incurrió la señora Fiscal en una imprecisión procesal al impugnar la credibilidad de su propio testigo (Brahian Mauricio Trejos Bañol, se precisa), incrementando la duda de su teoría estatal y, mutatis mutandi, acrece la dubitación sobre la posible sindicación o señalamiento efectuado contra el procesado”.

Al respecto, encuentra la Sala que la consideración es cierta pero descontextualizada, pues la Fiscal confió razonablemente, como es lo habitual, no lo excepcional, en que los entrevistados procedieran en el juicio a repetir y ahondar los relatos efectuados a los investigadores y, a partir de ello, contaba con suficiente sustento para soportar demostrativamente su teoría del caso.

Pero cuál no sería su sorpresa al advertir que aquellos, en particular Trejos Bañol, que fue tan prolijo en detalles en su entrevista, al declarar en el juicio se mostrara ajeno a su relato inicial, motivo por el cual fue impugnada su credibilidad, obviamente, respecto de lo dicho en el debate oral, no con relación a lo expuesto en su versión previa, en la cual señaló sin dubitación alguna a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA como el autor material de los dos homicidios, pues observó y narró todo el acontecer.

Ahora, aunque no resulte frecuente, es posible que una parte se vea forzada a impugnar la credibilidad de un testigo solicitado por ella misma, como cuando, en medio del juicio, se percata que el declarante ha mentado. Es más, es posible que el testigo no se retracte o cambie su versión y sea posible que su credibilidad deba ser impugnada, si en un momento específico de su declaración se constata que ha faltado a la verdad (antes y/o durante el juicio).

En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello.

En ese contexto, materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o cambio de versión. Esto es importante, porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones.

Al respecto se tiene que la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de *testimonio adjunto*. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que el *testimonio adjunto* supone la incorporación de una prueba –en este caso la versión rendida por fuera del juicio—, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena.

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como *testimonios adjuntos*.

Así fue asumido por todos los intervinientes, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía –la cual

fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado—, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones —lo que es propio de la impugnación de credibilidad—, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores.

En cuarto término, cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores —lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción—, la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas hicieran parte del acervo probatorio. Por último, aunque la juez utilizó el término “*impugnación de credibilidad*”, de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como *testimonios adjuntos*.

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones. El ente acusador de manera poco ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad.

Es atinente destacar que la defensa tuvo la oportunidad de oponerse y pudo conainterrogar a los testigos sobre lo

declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello. En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de *testimonios adjuntos*, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas.

Debe destacarse que los testimonios recibidos en la vista pública no versaron únicamente sobre la imposibilidad de los declarantes de haber percibido la comisión de los homicidios, pues también se abordó el tema de lo expuesto antes del juicio, de modo que, se reitera, no fue sorprendida la defensa al respecto, estando en posibilidad de confrontar y contradecir, pues todo ocurrió en su presencia.

Así las cosas, le asiste razón a la Corporación de segundo grado, pues conforme al mandato legal y en especial, a los principios de inmediación, contradicción y confrontación, las entrevistas rendidas previamente al juicio, en especial las de Brahian Mauricio Trejos y Oswaldo Naranjo Calvo, corresponden materialmente a *testimonios adjuntos* y, como tales, sirvieron de fundamento al fallo de condena.

Debe resaltarse que tales declaraciones anteriores se desarrollaron días después de los hechos, de modo que ya no había embriaguez, ni sueño y posiblemente tampoco susto o temor; se trata de relatos consistentes con otros elementos probatorios, como la declaración de María Teresa Montoya Díaz, madre de Jonatan Stiven Montoya Díaz (a. *Mono*), quien

expuso en el juicio que al llegar al lugar de los hechos Brahian Trejos Bañol, quien “*no estaba tan embriagado*”, le dijo que RAFAEL había matado a su hijo.

También son confirmadas con la necropsia practicada al cadáver de Jonatan Montoya, en la cual se registra un disparo en la región nasal izquierda con ahumamiento y tatuaje sin orificio de salida y otro en la región escapular, mientras que en el cuerpo de Eduard Guapacha se encontró herida con orificio de entrada en el tercio medio inferior del dorso hemitorax izquierdo con salida en el séptimo espacio intercostal izquierdo y otro con entrada en el tercio inferior de dorso hemitórax izquierdo, sin ahumamiento ni tatuaje, con salida en el séptimo espacio intercostal, todo lo cual concuerda con el pormenorizado relato de Brahian Trejos.

Respecto de los motivos de inconformidad planteados por el defensor se tiene:

1. Acerca de que las entrevistas fueron rendidas por fuera del juicio, es cierto, pero se leyeron públicamente en el debate oral, de ellas se ocupó el interrogatorio formulado a Brahian Mauricio Trejos Bañol y Oswaldo Naranjo Calvo, en el cual reconocieron sus firmas y huellas y aceptaron haber respondido los cuestionamientos de los investigadores, además de que se preguntó a la defensa si era su voluntad conainterrogar, sin que hubiera procedido a ello.

2. Con relación a que no se aportaron al proceso, baste señalar, como ya se dilucidó, que sí fueron aducidas por la Fiscalía, pero a instancia de la juez se registraron impropriamente como impugnaciones de credibilidad, cuando era clara la finalidad de la Fiscalía de que allí obraran, esto es, como *testimonios adjuntos*, sobre los cuales formuló preguntas que de manera imprecisa respondieron los declarantes.

3. En cuanto atañe a que las entrevistas no fueron decretadas como pruebas en la audiencia preparatoria. Es cierto, y no podían serlo porque para tal diligencia la Fiscalía no podía adivinar que los testigos soporte de su acusación variarían sus dichos en el juicio. Además, ya se reconoció que materialmente corresponden a *testimonios adjuntos*.

4. Respecto de que tales declaraciones anteriores al juicio no fueron reconocidas en la audiencia pública por quienes las rindieron, es necesario insistir en que sí reconocieron sus firmas y huellas y aceptaron haber sido interrogados por los investigadores, asunto diverso es que a partir del temor que tenían a RAFAEL ZAPATA, suficientemente explicado por ellos mismos en sus versiones primigenias, puede concluirse que modificaron sus relatos pasados en procura de favorecerlo, y a fe que lo lograron, al conseguir la absolución en primera instancia.

3. Aporte de las pruebas practicadas en el juicio.

En este caso se probó lo siguiente:

(i) Quienes estaban en el lugar de los hechos –los que por las razones mencionadas variaron las atestaciones rendidas en sus entrevistas—, identificaron en el juicio a los que allí se encontraban departiendo, entre los cuales ubicaron a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA.

(ii) Ninguno de los declarantes en la causa pública refirió que en el sitio donde departían estuviera o hubiera aparecido alguna persona diferente a las mencionadas.

(iii) Coincidieron acerca de que en desarrollo de la ingesta de alcohol se suscitó una discusión entre Ramón Zapata, hermano del acusado, y Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez (a. *Pícaro*).

(iv) Momentos después –refirieron en el juicio— escucharon unos disparos y se percataron que Jonatan Stiven Montoya Díaz (a. *Mono*) y Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez (a. *Pícaro*) estaban tirados en el piso, uno afuera del inmueble y otro, metros más allá, el cual fue conducido al Hospital San Juan de Dios a donde llegó sin signos vitales.

(v) En la necropsia practicada al cadáver de Jonatan Montoya se registró un disparo en la región nasal izquierda con ahumamiento y tatuaje sin orificio de salida y otro en la región escapular, de lo cual se deduce que el arma fue percutida a corta distancia de su rostro.

(vi) En el cuerpo de Eduard Guapacha se encontró herida con orificio de entrada en el tercio medio inferior del dorso hemitórax izquierdo con salida en el séptimo espacio intercostal izquierdo y otro con entrada en el tercio inferior de dorso hemitórax izquierdo, sin ahumamiento ni tatuaje, con salida en el séptimo espacio intercostal, es decir, el agresor le disparó por la espalda.

(vii) En su declaración complementaria Brahian Trejos dijo que vio cuando luego de una discusión entre Ramón Zapata y Eduard Guapacha, RAFAEL ZAPATA salió de la casa donde se encontraban y regreso minutos más tarde con un revólver, disparando contra Jonatan Montoya en la cara, y a Guapacha Gutiérrez cuando intentó huir, causándoles la muerte.

(viii) En su *testimonio adjunto*, Oswaldo Naranjo dijo que luego de la referida discusión, RAFAEL ZAPATA le disparó al *Mono* (Jonatan Montoya) en la cara y a *Pícaro* (Eduard Guapacha).

Del anterior cuadro conjunto de elementos de convicción se consigue arribar a la certeza más allá de toda duda razonable, que quien disparó a las víctimas mortales fue RAFAEL ZAPATA pues, en primer lugar, así fue señalado de manera específica y contundente por Brahian Mauricio Trejos Bañol y Oswaldo Naranjo Calvo en sus *testimonios adjuntos*, además de que no hay otra hipótesis explicativa de lo sucedido.

En segundo término, los relatos que los mencionados declarantes efectuaron en el juicio sobre los momentos previos y posteriores a los homicidios, denotan su capacidad de percepción y de recordación.

En tercer lugar, ninguno de los testigos, quienes se encontraban en el escenario de los hechos, refirió la presencia de otra persona sobre la cual pudiera recaer siquiera una sospecha acerca de la autoría de los disparos que acabaron con la vida de los dos muchachos.

En cuarto término, según se expuso de manera coincidente en el juicio, la noche de los hechos y luego de la ingesta de licor, se suscitó una riña entre Ramón Zapata Córdoba (hermano del acusado) y Eduard Guapacha Gutiérrez, circunstancia que actuó como móvil para que RAFAEL ZAPATA se retirara de la reunión y minutos más tarde regresara armado para disparar contra las dos víctimas.

Como tantas veces lo ha dicho la Corte, es necesario armonizar los derechos de confrontación y contradicción del sujeto pasivo de la acción penal, con la eficacia de la administración de justicia, esto es, no incurrir en arbitrariedades violadoras de los derechos y garantías de los procesados, pero tampoco en ingenuidades frente a la tozudez de una realidad procesal capaz de soportar la justicia material del caso, que como la ocurrida en este asunto, pone de presente el indebido propósito de los declarantes de no

reiterar en el juicio –a partir del temor revelado respecto del acusado— lo ya dicho, al punto que dieron cuenta de los momentos previos y posteriores a los atentados a la vida, pero invocaron unas inverosímiles condiciones para sustraerse del teatro de los acontecimientos, todo lo cual no compagina con la reconstrucción de los sucesos investigados.

Resta señalar respecto de la condena por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, que se cuenta con el oficio del 6 de junio de 2017, expedido por el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, seccional Manizales, documento directamente introducido por la Fiscalía con base en el artículo 429 de la Ley 906 de 2004, en el cual se informó que RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA no aparece registrado como poseedor de armas de fuego.

Si bien tal documento fue aducido por la Fiscal en el juicio, lo cierto es que según lo ha dilucidado la Sala, en tal caso, por tratarse de un documento público, no es indispensable como condición de validez o legalidad que sea introducido a través de un testigo de acreditación, luego a partir de tal prueba, junto con lo expuesto por el acusado al Investigador Adrian Giraldo, basta para dar por demostrado el mencionado delito contra la seguridad pública, así como su responsabilidad en cabeza de RAFAEL ZAPATA.

Conforme a lo anterior, considera la Corte que acertó el Tribunal de Manizales al revocar el fallo absolutorio para, en

su lugar, condenar a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA por los dos homicidios y el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal por los cuales fue acusado.

Entonces, no se revocará la sentencia como lo solicitó el defensor, es decir, se confirmará el primer fallo de condena proferido contra el procesado, precisando que contra esta decisión –dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria— no procede recurso alguno, tanto menos el de casación, pues no se trata de un fallo de segunda instancia (inciso 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004).

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 24 de abril de 2019, mediante la cual condenó por primera vez a RAFAEL ZAPATA CÓRDOBA como autor de los delitos de homicidio en Eduard Esteban Guapacha Gutiérrez y Jonatan Stiven Montoya Díaz, además del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GERSON CHAVERRA CASTRO



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

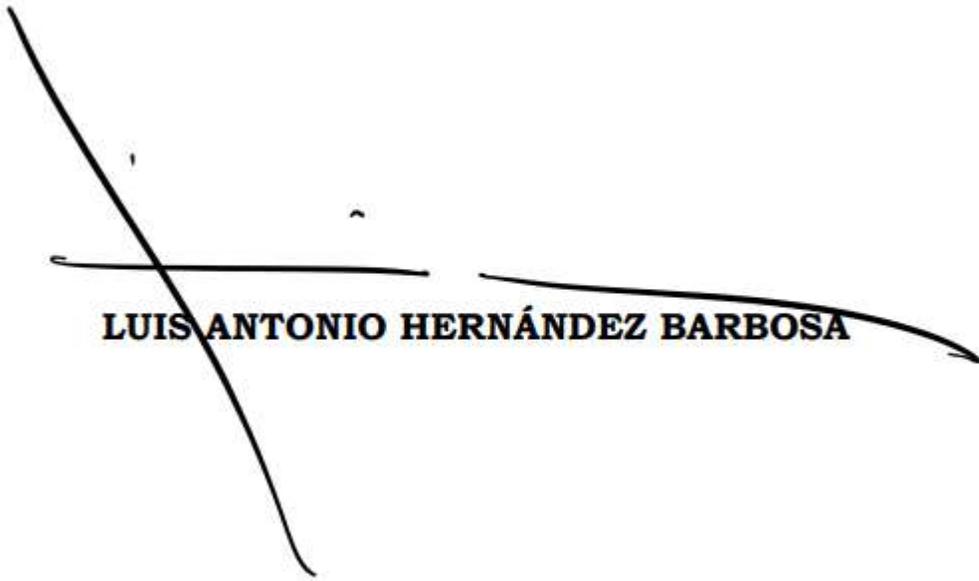


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SALVÓ VOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 55959

Procesado: Rafael Zapata Córdoba

Delito: Homicidio en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Providencia del 12 de mayo de 2021. Acta 104.

Tema. El testimonio adjunto no es prueba legal.

1. Argumentos de la sentencia con criterio mayoritario de la que salvo el voto:

En esta oportunidad la Sala con criterio mayoritario (no precedente) reitera la línea jurisprudencial del *testimonio adjunto* o *declaración complementaria*, subrayando que procede respecto de entrevistas o declaraciones anteriores al juicio que resultan contradictorias con lo que el órgano de prueba declaró en el debate oral. Se lee en la providencia:

“las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones, proceder en ocasiones



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia”.

(...).

Las entrevistas anteriores al juicio en el caso concreto con base en las cuales se confirma la primera condena, conforme a la decisión de marras, fueron las rendidas ante el Investigador de Policía Judicial por parte de Brahian Mauricio Trejos Bañol (21 de mayo de 2017) y Oswaldo Naranjo Calvo (25 de mayo de 2017).

Las entrevistas obtenidas desde la indagación, no se solicitaron en la audiencia preparatoria para incorporarlas al juicio oral para hacerlas valer en su caso como pruebas o testimonio adjunto, situación que la providencia admite así:

“En cuanto atañe a que las entrevistas no fueron decretadas como pruebas en la audiencia preparatoria. Es cierto,”

En el juicio oral pidió la Fiscalía que se tuvieran para refrescar memoria y el juez se refirió a medios autorizados y utilizados para impugnar credibilidad, nunca se ordenaron como testimonio adjunto, esta última



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

categoría se la atribuye la Sala en interpretación que no tiene cabida, porque así no lo expresó ni reclamó la parte:

“pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones (sic) aludiera a la impugnación de credibilidad”

(...).

“a instancia de la juez se registraron impropiamente como impugnaciones de credibilidad, cuando era clara la finalidad de la Fiscalía de que allí obrara, esto e s, como testimonios adjuntos”.

El fundamento del fallo de la Corte, radicó en que las entrevistas existieron materialmente y fueron traídas al juicio y eso es suficiente para entender que *“corresponden materialmente a testimonios adjuntos*, la condena se basó no en lo declarado en el juicio sino en los señalamientos hechos en las entrevistas:

Se admite por la Sala en la sentencia que las entrevistas no fueron decretadas en la audiencia preparatoria, al respecto se afirma categorialmente *“Es cierto”* ese supuesto, y se agrega en argumento



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

insostenible en un Estado Social y de Derecho en el que el proceso penal está estructurado constitucionalmente por las garantías:

“y no podían serlo porque para tal diligencia la Fiscalía no podía adivinar que los testigos soporte de su acusación variarían sus dichos en el juicio”.

Se acepta en la decisión de la Sala que se incurrió en imprecisiones, que yo llamé vulneraciones al debido proceso, porque esto último fue lo ocurrido, en la incorporación de las “declaraciones” que no fueron tales sino entrevistas.

“En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas”.

El a quo en relación con otras pruebas que se adujeron en el juicio, acerca de su alcance y mérito, señaló:

“La tesis acusatoria quedó bajo la ilación de la conjetura y la premonición, en tanto los únicos que realmente pudieron aportar



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

elementos de juicio serios, como los testigos prementados (Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo Largo y Brahian Mauricio Trejos Bañol, se precisa), durante su intervención se mostraron dubitativos, inseguros, parcos en sus respuestas, lejanos de los postulados del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, como para convertirlos en creíbles y contundentes”.

Otros medios arrimados al juicio son prueba de referencia o no prueban la autoría y responsabilidad, es el caso de María Teresa Montoya Díaz, a quien se le oyó en declaración para referir lo que le contó Jonatán Stiven Montoya. Y la necropsia solo tiene capacidad para probar la materialidad del delito.

2. Registro procesal y probatorio en el expediente, con base en el cual se debe resolver el caso.

En el juicio oral declararon Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo y Largo y Brahian Mauricio Trejos Blandón, expusieron una versión de los hechos sustancialmente diferente a la manifestada en entrevistas rendidas entre el 21 y el 31 de mayo de 2017, ante funcionarios de Policía Judicial, manifestaciones no vertidas en el juicio oral, ni rendidas bajo la gravedad del juramento, las que no fueron pedidas



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

en la audiencia preparatoria se autorizaran ingresar para darles trato de prueba como testimonio adjunto, solamente en el juicio oral la Fiscalía solicito se le permitiera usarlas para **“refrescar la memoria”**.

La otra prueba ilícita que se allegó fue el testimonio del investigador judicial que declaró haber oído a la persona que se declaró culpable, en actuación que quebrantó el debido proceso y los derechos de defensa técnica y material del inculcado, los excluye como medio de valoración en el proceso la Corte en la sentencia por ilícitos.

3. Problemas jurídicos.

La doctrina que domina mi convicción y que determina mi salvamento de voto, tiene que ver con los siguientes problemas jurídicos.

Cuáles son los límites constitucionales para el juez al crear líneas jurisprudenciales con alcance de precedente (efecto vinculante) respecto de un supuesto que no tiene una regulación expresa en la ley.

Las garantías legales y constitucionales en los procesos penales, se deben observar respecto de todas las personas juzgadas, no se trata de hacer justicia a cualquier precio, sin el debido proceso, en un régimen fundado en credos democráticos, sociales y de derecho.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

4. No se aplican adecuadamente la lógica formal y las reglas del silogismo en la argumentación de la sentencia condenatoria.

Las reglas de inferencia para que la conclusión sea válida y verdadera con los argumentos de una sentencia, dado el sistema acusatorio que impera en nuestro medio, debe atender la *lógica intuicionista*, es verdad, falso o desconocido un supuesto, cuando se soportan con certeza o no las premisas en los medios allegados y el orden jurídico establecido, reglas predicables de la conclusión.

El proceder en el fallo condenatorio de la Sala, se vale de dos premisas verdaderas: a) el juez debe condenar con base en prueba practicada ante el juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral (fijación de criterio legal perentorio para sustentar la condena en una prueba producida en una oportunidad procesal); b) las entrevistas son elementos materiales de prueba para efectos de investigación, refrescar memoria, impugnar credibilidad o servir de prueba de referencia admisible (negación legislativa del carácter de prueba de tales elementos para proferir fallo de condena) y, c) sin embargo, la conclusión se construye asignándole a la premisa b) el alcance de la a) y así la conclusión en su composición es una falacia: las entrevistas son pruebas (no lo son) y deben ser consideradas como



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

fundamento para proferir con base en ellas un fallo de condena (no lo pueden ser por prohibición legal).

La justificación se ofrece con argumentos cuya estructura no es lógica ni razonable. Se acude a la inducción y no el método deductivo, aplicándose un silogismo práctico, con el que se fija la decisión a partir de una regla inferida de mandatos jurídicos generales que regulan el testimonio, y, en esta tarea, la conclusión no deviene necesaria de las premisas, simplemente corresponde a un anhelo de un vacío que debe ser resultado a través de la creación de un mandato legal y no de una regla jurisprudencial. Debió haberse seguido el método silogístico: el argumento deductivo de la norma, el caso y la conclusión, errándose en la premisa mayor y la conclusión, como se explica luego.

El juicio deductivo es válido en tanto la norma exista (como texto del legislador o de creación jurisprudencial, evento este último viable si se hace con base en las facultades constitucional y legamente dadas a los operadores judiciales), tópico que en este evento no concurre, por lo que la conclusión se convierte en una falacia, arribándose a una solución que provoca inseguridad jurídica y es problemática en materia de garantías en los procesos penales.

En el desarrollo de este salvamento se demuestra que el ordenamiento jurídico cuenta con normas exigibles, sin juicio de constitucionalidad



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

oponible, que regulan el mérito de las entrevistas y declaraciones rendidas antes del juicio en sentido contrario a como se resuelve en la sentencia de la Sala, pues no está autorizada la jurisprudencia y el precedente cuando van más allá del objeto regulado (lo que conlleva a que no se dé una relación de implicación entre las premisas y la conclusión), se aborda con una decisión judicial la competencia exclusiva del legislador.

La conclusión niega el antecedente verdadero, el mérito establecido por el legislador para las entrevistas y declaraciones extra juicio en el sistema acusatorio, la solución se establece a partir de la autoridad a través de generalizaciones y composiciones que atribuyen propiedades a situaciones que no les corresponden.

5. Límites constitucionales de la jurisprudencia y el precedente jurisprudencial.

El precedente, criterio pacífico y reiterado que unifica la jurisprudencia, es el único vinculante para los jueces cuando hay analogía fáctica y jurídica en el asunto a resolver, las pautas que se establecen a través de esa facultad son fuente de derecho.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

La jurisprudencia (no siempre es precedente) no es creadora de derecho, corresponde al criterio aplicado para resolver un asunto dado, mediante juicios fácticos, probatorios y jurídicos en un proceso.

La Corte Constitucional en la sentencia C 335 de 2018, acerca del contenido normativo y su interpretación, ha sostenido:

“Al respecto, cabe señalar que las disposiciones son simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados.”

La potestad interpretativa del juez ordinario o constitucional no es omnímoda, tiene sus límites, que deben ser acatadas en las reglas de jurisprudencia o del precedente, para que resulten vinculantes para los jueces, como pasa a explicarse.

Por vía de hermenéutica, en materia penal, las sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados, no pueden “ampliar la punibilidad”, menos hacer interpretación “analógica in malam partem” (C- 645/12), ni superar el núcleo del texto para extenderlo a situaciones no comprendidas en éste y que empeoren la situación jurídica de partes o intervinientes, menos sacrificar los derechos o garantías, ni desconocer exigencias sustanciales de las estructuras jurídicas que comprende el proceso y la justicia a administrar. Tampoco, por vía interpretativa se ha de dejar de aplicar



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

regulaciones jurídicas respecto de las cuales no caben reproches de inconstitucionalidad so pretexto de vacíos u omisiones legislativas.

Constitucionalmente, y en lo que concierne al derecho penal, las regulaciones prohibitivas, restrictivas, que agravan o desmejoran la situación jurídica del procesado, su establecimiento es de competencia exclusiva del Congreso de la República, presupuesto éste sin el cual el juez no puede hacerlas exigibles por principio de legalidad.

El administrador de justicia, sobre materias no reguladas o respecto de la aplicación de lo establecido legalmente, no puede asignar consecuencias **o alcances** más gravosos o restrictivos, estas específicas materias están vedadas al juez, cuando la decisión judicial tiene esta orientación debe contar con un fundamento legal expreso, que por reserva de configuración legislativa no le compete a la administración de justicia.

La jurisprudencia puede determinar el significado del texto legal y su alcance en la aplicación, a través de la interpretación. El ejercicio de tal potestad tiene límites, en principio, debe circunscribirse al objeto al que se refiere el supuesto de hecho que está contenido en la disposición examinada.

Vía jurisprudencial, la fijación de una regla comprendida en el supuesto de hecho expresamente regulado tiene obligatoriedad, pero si tal interpretación desborda la materia reglamentada, porque extiende su



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

alcance a una situación no contemplada, esta **únicamente** será oponible y exigible cuando es favorable a la situación jurídica del acusado o por lo menos no la desmejora. Si la interpretación compromete garantías constitucionales es inaplicable.

Las anteriores afirmaciones tienen apoyo en la Carta Política, las normas rectoras del C.P. y C.P.P. y especialmente en los artículos 5, 8 y 45 de la Ley 57 de 1887, reglamentada por el Decreto 1083 de 2015. Estas últimas imponen como reglas al juez en los juicios penales: i) Que “los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”; ii) La aplicación de leyes a casos o materias semejantes procede solamente cuando no tienen regulación expresa y, iii) la hermenéutica es para “fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

La dialéctica entre el intérprete y la ley si es respetuosa de la materia textualmente regulada, con las diversas variantes que se asignan a ésta, es interpretación extensiva, este entendimiento máximo del supuesto de hecho respeta el principio de legalidad, es admisible, el alcance así concebido está autorizado porque registra la voluntad del legislador, no sacrifica garantías. Lo contrario es prohibido, no es interpretación extensiva, es aplicación analógica, cuando la circunstancia fáctica no está contemplada en el mandato y se le asignan consecuencias gravosas en relación con el asunto sub judice al que está vinculado el inculcado.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

Lo propio ocurre con la analogía, la que se da al resolver un asunto no regulado por la ley con lo establecido por otro texto legal. La solución normativa para el asunto sub iudice no existe, se crea con la decisión judicial y, cuando ello ocurre con orientaciones que desfavorecen la situación jurídica del procesado en materia penal, es aplicar analogía in malam partem, la que está proscrita constitucional y legamente en el ordenamiento jurídico colombiano para todos los administradores de justicia, cualquiera sea la jurisdicción a la que pertenezcan.

El examen gramatical, lógico, histórico y sistemático de la oración normativa, si la interpretación o la analogía es de naturaleza restrictiva, prohibitiva, de mayor punibilidad, cuando el texto no la admite expresamente, por las razones dichas, crear una regla que autorice un trámite, una actuación, una prueba, es asignarle por el administrador de justicia un alcance que empeora la situación jurídica del procesado, desmejora las garantías y condiciones establecidas por el legislador, se asignan consecuencias o condiciones que por voluntad del creador de la regulación no incluyó ni estableció, lo que vulnera los principios superiores de legalidad y competencia exclusivas, a los cuales estamos sometidos **todos** los jueces y magistrados por mandato constitucional, sin importar la naturaleza de la decisión judicial en que se asuma.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

El desarrollo del tema en este caso, la jurisprudencia y el precedente y sus límites, se circunscriben a un concepto vinculado con lo normativo y de ámbito restringido, en cuanto se miran las facultades que el ordenamiento jurídico otorga para que la jurisprudencia (expresada en una decisión judicial) o el precedente (criterio pacífico, reiterado y uniforme sobre un tema expresado por la máxima autoridad judicial en el asunto) no sustituya al legislador como fuente del derecho.

La jurisprudencia o el precedente proceden para resolver dudas, omisiones, contradicciones o alcances normativos, nunca a través de ellos se pueden crear reglas que no estén comprendidos en el supuesto fáctico regulado en el orden jurídico y que desmejoren la situación de quienes deben ser juzgados, en este último caso la competencia es preferente y exclusiva del legislador.

Cuando la doctrina del juez fija el contenido, alcance, aplicación, sentido e interpretación de un supuesto normativo y es aceptada con criterio general por los administradores de justicia, se convierte técnicamente en regla o precedente, en tanto que si el criterio no tiene esas connotaciones es meramente un concepto jurisprudencial en un caso dado.

La utilidad del precedente no es otra que la de unificar criterios y por esta vía impedir un trato jurídico diferenciado sin razón atendible.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

El precedente está reconocido por el legislador como fuente formal del derecho, lo que implica una facultad de crear derecho, pero ésta se caracteriza por no ser discrecional, solo es posible ejercerla en determinadas situaciones y bajo el rigor de ciertos principios; es además subsidiaria porque la labor legislativa está asignada al Congreso de la República, dada la separación de las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial); es obviamente complementaria, porque la voluntad manifiesta del legislador no puede ser sustituida.

En situaciones como la que ocupa la atención de este salvamento de voto, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que regulan expresamente el mérito de las entrevistas y declaraciones extraprocesales no admitidas en su contenido por el órgano de prueba en el juicio oral, me obliga a separarme de la tesis de la mayoría de la Sala que avala como medio de prueba a un elemento material que no tiene y no puede dársele esa naturaleza por así ordenarlo la voluntad del legislador:

El artículo 27 del C.C. ordena aplicar a los artículos 15, 16, 17, 347, 360, 377, 378, 379, 381, 392, 393, 437 y 438 y 440 de la Ley 906 de 2004 la interpretación gramatical (no desatender su tenor literal cuando sea claro) y a su vez hacerlo con interpretación sistemática (artículo 30 ejusdem).

El alcance que se ha dado por la Sala mayoritaria a dichos textos no corresponde a la naturaleza y principios del sistema acusatorio, pues



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

desatiende el debido proceso para la producción de la prueba, en lo que atañe a la solicitud, oportunidad para hacerlo, acto procesal habilitado para hacerse la solicitud, su práctica en el juicio oral, la presencia de las partes al momento del recaudo, los derechos que pueden ejercer, el juez de conocimiento ante quien debe practicarse, la inmediación y contradicción en estricto rigor.

La interpretación de la Sala mayoritaria es extensiva, no admisible para el asunto sub judice, porque el alcance otorgado a los textos legales no está comprendido ni se desprende de su tenor literal, ni tampoco hace parte de la voluntad del legislador, la que expresamente se manifestó en sentido contrario, como se registra en varias de las disposiciones citadas (artículo 360 y parte final del artículo 347 del C de P.P.

La interpretación mayoritaria no es histórica, no consulta con acierto las diferencias que llevaron al legislador a cambiar el sistema inquisitivo por el acusatorio, la Ley 600 de 2000 por la 906 de 2004, además se opone a la regla lógica de interpretación que manda que todo lo que está prohibido no es permitido y que en este caso corresponde al texto del artículo 347 del C de P.P. en los siguientes términos: “la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba”, la que a su vez es ratificada en el artículo 360 ibídem al precisar que “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código” (la declaración o entrevista



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

obtenidas antes del proceso o durante la investigación pero no en el debate oral, está prohibido expresamente, no se produce en el juicio oral, no se practica por el juez de conocimiento -la recibe un juez de garantías, un notario, un alcalde o un investigador- y se obtiene sin intermediación ni contradicción).

En este caso no se trata de omisiones normativas, tampoco de contradicciones sustanciales de los textos legales, sino de situaciones reguladas expresamente por el legislador con base en la naturaleza y principios que estructuran el sistema acusatorio.

Bajo los supuestos señalados las facultades jurisprudenciales en el caso de la doctrina del testimonio complementario exceden la subsidiariedad y su carácter complementario, hay voluntad expresa del legislador contravenida por la jurisprudencia mayoritaria de la Sala.

Dicho lo que se ha escrito, aplicare en esta aclaración de voto el entendimiento de los límites que se tiene en los pronunciamientos judiciales para construir jurisprudencia o sentar precedentes.

6. Requisitos legales para proferir fallo de condena.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

El artículo 381 del C de P.P. exige para condenar el conocimiento “*fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”.

El artículo 382 ídem demanda del medio de conocimiento que funde la declaratoria de responsabilidad penal “que no viole el ordenamiento jurídico”.

7. Diferencias entre una entrevista y una declaración en la Ley 906 de 2004.

La existencia material y jurídica de la prueba depende de su construcción con sometimiento al debido proceso, ante un juez competente, en un momento procesal determinado y con el cumplimiento de las exigencias que particularmente se exijan para cada medio de prueba.

Acerca de las diferencias sustanciales entre una entrevista y una declaración en el sistema acusatorio, me remito a lo expuesto en el radicado 52045, que en lo pertinente dije:

El Título I del Libro Segundo de la Ley 906 de 2004 (Artículos 200 a 285) se ocupa de las reglas que regulan la indagación y la investigación en el proceso penal. Para efectos de este salvamento



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

de voto, es importante resaltar las siguientes premisas que hacen parte de la legalidad y el debido proceso de los elementos materiales probatorios y constituyen presupuestos de la actividad probatoria en el juicio oral.

Quien controla la investigación o indagación penal, el director, el coordinador, es el Fiscal que deba conocer del suceso informado a través de la noticia criminal. Los investigadores de policía judicial para el caso concreto sólo tienen oficiosidad restringida a los actos urgentes (Art. 205 ídem), los que se deben ejecutar a partir de la denuncia y durante las 36 horas siguientes, momento en el que deben rendir informe ejecutivo a quien por competencia deba asumir la actuación (al titular de la acción penal), para que éste, con base en el programa metodológico, imparta las órdenes y dé las autorizaciones a los investigadores para la recolección de evidencias y elementos de prueba.

Durante la investigación o indagación a quienes tienen conocimiento directo de los hechos que dieron lugar a la actuación penal, se puede recolectar los siguientes elementos de prueba: entrevistas, declaraciones juradas, e interrogatorio al indiciado (en juicio la prueba es el testimonio rendido en la audiencia y el que se ha



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

practicado como prueba anticipada). De estas, para efectos de esta aclaración de voto, importa caracterizar las entrevistas y las declaraciones juradas.

De conformidad con los artículos 206 y 271 del C de P.P. la policía judicial, el imputado y el defensor pueden entrevistar a la víctima de un delito o a quien haya presenciado su comisión o tenga conocimiento útil para el proceso penal. Las formalidades de esta diligencia se reducen a consignarse en medio que permita constatar su registro, no se rinde bajo la gravedad del juramento, la practica la policía judicial, quien debe contar con autorización del Fiscal si se recibe con posterioridad a los actos urgentes y la observación de las reglas pertinentes a que se refiere el texto legal, que no las precisa, no pueden ser otras que la espontaneidad, voluntariedad y libertad para rendir la versión, el acto debe estar exento de vicios que lo afecten, lo que implica igualmente respeto por el trato digno y demás garantías constitucionales.

Las manifestaciones que la víctima hace a un perito (médico o psicólogo) integran la anamnesis, pero esa información no es una entrevista para los efectos del artículo 206 y 271 ibídem, ni es una declaración jurada de aquella.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

La declaración jurada está reglada expresamente su recepción para el imputado y la defensa (Art. 272 del C.P.P.), no así para la Fiscalía. Sin embargo, en el numeral 3.5.1. del Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio se define este elemento material como “la manifestación rendida con esa formalidad ante el fiscal delegado que dirige la investigación”. Dígase entonces que no afecta el debido proceso de la recolección del elemento material de declaración jurada, a instancia del imputado, defensor o fiscal, que se practique ante notario, inspector, alcalde, con las formalidades del juramento y todas las demás exigencias que la ley procesal penal establece para el testimonio y que sean pertinentes a la situación (obligación de rendir la declaración, excepciones constitucionales, juramento, reglas de interrogatorio – no hay interrogatorio cruzado ni conainterrogatorio, tampoco interrogatorio por parte del funcionario que practica la declaración jurada, entre otras).

En este proceso, ni las instancias ni la Corte hace reparo en que se da trato de testimonio adjunto a las entrevistas rendidas por la víctima a policía judicial y a las manifestaciones que ella hace ante las psicólogas. Estos supuestos, con lo dicho en los párrafos anteriores, es suficiente para señalar que no pueden homologarse



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

a testimonios, que parten del supuesto de una declaración jurada, pero la Corte los estudia y no los tiene por tales porque no fueron leídos en el juicio oral por la menor, con lo cual ha de entenderse que equiparo las manifestaciones y las entrevista a declaración jurada.

El criterio mayoritario de la Sala y la doctrina no habla de entrevistas adjuntas o complementarias, sino de testimonio adjunto.

Por disposición legal, la valoración de tales entrevistas o declaraciones previas al juicio sólo son permitidas en eventos como: 1) las pruebas de referencia, siempre que cumplan con los requisitos contenidos en el artículo 438 C.P.P. y en casos de menores víctimas de delitos sexuales de acuerdo con la Ley 1652 de 2013 y su desarrollo jurisprudencial, 2) para refrescar memoria (artículo 392-3 C.P.P.) y 3) impugnar credibilidad (artículo 403 C.P.P.). y de estos eventos sólo las pruebas de referencia tienen la condición de prueba.

Como síntesis se ha de señalar que las entrevistas jamás pueden tener la condición de prueba en el proceso penal de la Ley 906 de 2004 para proferir sentencia condenatoria. Tampoco alcanza la categoría de testimonio, dado que no se introduce en el juicio oral el acta de aquella y



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

además no se observa en su práctica las exigencias esenciales para su existencia jurídica, por citar al menos unos, la gravedad del juramento, el interrogatorio y contrainterrogatorio, el juicio oral, ante el juez de conocimiento competente, entre otros.

En el presente asunto se le dio valor de pruebas y se le otorgó el carácter testimonial para condenar con simples entrevistas rendidas por Airon Terri Guevara Blandón, Oswaldo Naranjo Calvo, Julián Andrés Largo y Largo y Brahian Mauricio Trejos Blandón, como se explicó en los numerales 1 y 2 de este salvamento, con lo que el fundamento probatorio del fallo se torna contrario a la ley.

8. Argumentos de la decisión mayoritaria para crear jurisprudencialmente la prueba del testimonio adjunto con declaraciones o versiones rendidas antes del juicio oral (Radicados 44950, 45581 y 43651):

El criterio mayoritario de la Sala para crear jurisprudencialmente como prueba el testimonio adjunto, se funda en:

*“Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo **no disponible**, sino de un declarante que comparece al*



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador pueda evaluar la versión anterior, cuando el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

*De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un **punto de equilibrio** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia,*



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.

(...).

*No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial¹), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.*

(...).

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al

¹ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

En el radicado 43651 se enfatiza sobre la tesis mayoritaria y se precisa sobre los requisitos para que las declaraciones anteriores al juicio sean prueba directa por retractación posterior:

“... la admisibilidad de las declaraciones anteriores como medio de pruebas, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en el juicio, y ii)



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

Adviértase que en las decisiones de la Sala referidas se asumía y daba el carácter de prueba complementaria a las “declaraciones” no a las “entrevistas” y ya en esta oportunidad (Rdo. 55959) en la sentencia de la que salvo el voto, se amplía a las entrevistas y además se elimina el debido proceso porque ya no se requiere que se pidan como pruebas en la preparatoria sino que es suficiente que se hagan aparecer materialmente en el juicio oral y se les dé lectura y quede ello consignado en el acta, lo que habilita los derechos a la contraparte, lo que se estima suficiente, así ésta no los ejerza.

Esta nueva postura revive la tesis que en su momento se planteó en CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, que permitió el uso de declaraciones anteriores sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene de la cual se entendió que la misma complementaba el testimonio, pero que luego se abandonó.

Vale la pena recordar que la tesis del testimonio adjunto se acogió como decisión judicial y criterio jurisprudencial por la Sala Penal de la Corte en decisión de la CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, en la que se dijo:



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

“Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del diálogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente válidas, puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).”

Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.

La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.

Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada –aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. ¡Esa es la esencia del papel del juez.

Es por ello por lo que los formatos de entrevistas, las actas de reconocimiento fotográfico, las actas de reconocimiento a través de fotografías, los videos relativos a reconocimientos a través de fotografías y en fila de personas (Arts. 205, 206, 252, 253, 275) que fueron aducidos y admitidos por el juez como prueba en la audiencia del juicio oral, son medios de conocimiento susceptibles de apreciación por el juez del caso a través de las reglas que rigen cada medio de convicción en concreto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

De otra parte, es cierto que las entrevistas adquieren valor para efectos de la impugnación de la credibilidad del testimonio a tenor de lo previsto en el numeral 4 del artículo 403 del C. de P.P.; no obstante, cuando se está ante un testigo que rehúsa responder el interrogatorio del fiscal, el interrogatorio de la defensa, el interrogatorio (excepcional) del juez, habrá de predicarse que no fue exitosa la impugnación de la credibilidad del testigo ejercitada por los sujetos procesales en los contrainterrogatorios, sin perjuicio de la facultad de contemplar la prueba legítima, entendida en su contexto de “medio del conocimiento” (elemento material probatorio, evidencia física o cualquier medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico), legalmente aportado como prueba en la audiencia de juicio oral y público.

8. Razones para sostener que el testimonio adjunto es una prueba no autorizada en el ordenamiento jurídico penal para condenar.

a) Se le da valor probatorio a lo atestiguado por fuera del juicio oral, cuando el conocimiento para condenar a decir del artículo 381 del C.P.P. debe estar “fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. El fundamento de la condena está precisamente en lo informado en la entrevista o declaración extrajuicio.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

b) Los medios de conocimiento no referidos expresamente en el artículo 382 del C de P.P. solamente son autorizados para fundar la decisión cuando en su formación, solicitud, práctica e introducción al juicio oral “no viole el ordenamiento jurídico”, supuesto este del que se aparta el testimonio adjunto, porque no cumple los presupuestos para ser prueba y testimonio jurídicamente válido, como se explica en este salvamento de voto.

b). Cuando el órgano de prueba está disponible, la versión que ha suministrado antes del juicio, se convierte en una prueba de referencia inadmisiblesi no se encuentra en cualquiera de las causales del artículo 438 C de P.P., y, pueden utilizarse para impugnar credibilidad “las declaraciones que no constituyen prueba de referencia inadmisibles” (Art. 440 del C.P.P.).

La decisión de la Sala contraviene lo dispuesto en el artículo 437 del C de P.P. sobre las informaciones obtenidas “fuera del juicio oral” y que definen la naturaleza y alcance de la prueba de referencia, cuya admisibilidad las condiciona el texto a “cuando no sea posible practicarla en el juicio”. De ahí la necesidad de diferenciar entre quien calla y el testigo que responde, en el primer caso se puede admitir como prueba de referencia, en el segundo evento la declaración antes del juicio es una prueba de referencia inadmisibles.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

c) Se socaban los principios del debido proceso de la prueba, los que no se cumplen para el susodicho testimonio adjunto en los términos creados por la jurisprudencia, relacionados con:

La solicitud o presentación de pruebas hecha por las partes, todas, así lo ordena el artículo 374 del C de P.P., con el previo descubrimiento, debe ocurrir en la acusación o en la preparatoria (artículo 344, 356 ejusdem), dado el caso, cumpliéndose con la satisfacción de la conducencia, pertenencia, utilidad y legalidad (artículo 357, 375 y 376 ídem) y los trámites correspondientes de exclusión, rechazo o inadmisibilidad que habilita para el interesado el orden jurídico (artículos 359 y 360).

La publicidad y oportunidad (“Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes”) son requisitos sine quom de la prueba (artículo 374 del C de P.P.) que no se satisfacen con el testimonio complementario, además de manera concomitante con la práctica debe facilitarse la contradicción e inmediación – “El juez debe tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”-(artículos 377, 378 y 379 del C de P.P.).

d) La nueva postura jurisprudencial incorpora el principio la permanencia de la prueba en la Ley 906 de 2004 (sistema acusatorio), regla de Ley 600 de 2000 (sistema inquisitivo) excluida por incompatible con los postulados de la Ley 906 ibídem, dados los supuestos de los artículos 15,



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

16, 17 y 381 del C de P.P., materia que sin discusión y por unanimidad admite la sala como de inaceptable admisión en los juicios acusatorios.

e) La tesis mayoritaria condena no con base en una prueba sino en un elemento material de prueba que no se somete a las condiciones exigidas para la formación material y jurídica de la prueba, su autorización no es legal sino jurisprudencial, paran que es suficiente la creación y presentación material, a esta actuación se reduce el debido proceso probatorio en los juicios acusatorios en Colombia.

f.) Los textos citados seguidamente corresponden a normas rectoras, que resultan desconocidos con la tesis del testimonio adjunto, especialmente se pone en tela de juicio el valor prevalente de esos mandatos:

El testimonio adjunto como se concibe por la mayoría de la Corporación, altera las normas rectoras de los artículos 15 (contradicción), 16 (inmediación), 17 (concentración) y 18 (publicidad) del C.P.P., las que a decir del artículo 26 ídem son obligatorias y prevalentes sobre cualquier otra disposición y aún de la jurisprudencia, esas disposiciones tienen que ser fundamento de la interpretación por el juez o magistrado y en el asunto sub judice no lo son en la decisión adoptada.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

g.) Se desatiende el artículo 360 del C de P.P. que impone tener como ilegales los medios que se practican con “violación de los requisitos formales previstos en este Código”. Esos requisitos no son otros que los de oportunidad (artículo 374), publicidad (artículo 377), contradicción (artículo 378), inmediación (artículo 379) y para que sea admisible el testimonio como de referencia el órgano de prueba no debe estar disponible para el juicio (artículo 438), estando prohibido perentoriamente el uso de la prueba de referencia inadmisibles (artículo 440). Amén de que en las entrevistas no hay juramento y tampoco se cumple la contradicción, el interrogatorio cruzado, ni el juez natural competente, al que por demás se le pone a elegir como fuñidamente de conocimiento no lo declarado en el juicio sino antes.

h) La tesis o creación jurisprudencial del testimonio adjunto resulta sin utilidad para la hipótesis opuesta, esto es, cuando antes del juicio el testigo declara la inocencia del procesado y en el juicio lo responsabiliza, caso en el cual juez analiza solamente la rendida en el juicio por las reglas de la sana crítica, Y, entonces, a la misma situación se aplicaría diferente solución, se ponen en riesgo la seguridad jurídica y es cuestionable por su enfrentamiento a las garantías con las que se debe juzgar a una persona, independientemente de que sea culpable.

Qué justicia se administra, si el supuesto de la solución ofrecida con el testimonio adjunto son las contradicciones del declarante, cabe preguntar cómo se sabe en cuál versión se dijo la verdad, para que no haya impunidad



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

o injusticia y no se afecte ésta. La sabiduría de los antepasados es insuperable, debe seguir vigente, la credibilidad de las pruebas obedece a su mérito y éste se define con base en las reglas de la crítica sana de un medio allegado con sujeción al debido proceso probatorio.

i) El artículo 347 de la Ley 906 de 2004 establece que las “declaraciones juradas” antes del debate oral de los “testigos llamados a juicio” solo tienen “**efectos de impugnar credibilidad**”, el criterio mayoritario de la Sala no aplica esta regulación para el asunto sub judice sin ofrecer razones de inconstitucionalidad del texto legal, lo que deja sin fundamento la interpretación contraria al mandato del legislador.

j) Los criterios de conveniencia, que no son reparos de constitucionalidad, son los únicos que se aducen, pero estos se reducen a un punto de equilibrio con la eficacia de la administración de justicia y la solución por la satisfacción en el juicio del contradictorio, los que resultan deficientes e incompletos para desconocer la garantía del debido proceso probatorio a todas las partes e intervinientes en un proceso penal.

El único requisito para que se adquiriera la categoría de prueba en la Ley 906 de 2004 no es el contradictorio, si así lo fuese, toda declaración rendida con la presencia de las partes, ante cualquier autoridad, sin importar cuál, ni la clase de proceso y oportunidad, se tendrían como prueba para condenar, sería innecesario que se recibiera por el juez de conocimiento



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

en el proceso penal que corresponda, ni sería indispensable obtenerla en el juicio oral, con interrogatorio formulado delante de las partes.

Los requisitos formales para ser prueba, se reducirían al contrainterrogatorio ejercido con posterioridad a la entrevista o declaración extrajuicio, cuando tales exigencias deben concurrir simultáneamente en su totalidad en el momento de su práctica, y ahora peor aún, al ser necesaria solamente la existencia material de la prueba no la jurídica (no es necesario pedirla ni que se decrete).

El argumento del supuesto “punto de equilibrio” para que en el caso se haga justicia, la que se ve amenazada porque se presenta contradicción sustancial en lo expuesto antes y durante el juicio por el testigo, acusa y se retracta, es bastante frágil, no solamente descarga en la prueba las responsabilidades del fiscal y los investigadores quienes deben suministrar no una sino todas las pruebas que soporten la solución jurídica a los problemas de materialidad del delito, autoría y responsabilidad, pero además sustituye a la parte en la medida en que le selecciona como prueba lo que no es para decidir de fondo, afectando el equilibrio de las partes.

k) La carga de llevar al proceso la prueba que dé certeza es de la Fiscalía. Existe en Colombia algún proceso penal diferente a los que terminan por preacuerdo, allanamiento o principio de oportunidad, que no registren contradicciones sustanciales entre lo narrado por el mismo testigo



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

o con las demás pruebas, me pregunto. Si las contradicciones de las pruebas al interior del proceso se resuelven con las reglas de la sana crítica, por qué esas contradicciones entre lo declarado antes y durante el juicio se tienen que resolver con reglas jurisprudenciales diferentes, creando una que da la naturaleza de prueba directa a la que no la tiene y que el propio legislador le negó esa naturaleza con las regulaciones legales en la materia, soportando solamente los intereses de una de las partes (la Fiscalía).

Con base en el ordenamiento jurídico constitucional y procesal penal vigente en Colombia, las contradicciones se deben resolver con la sana crítica, solucionar ese problema con el testimonio adjunto, es hacer justicia contra las garantías, de cualquier manera, con el criterio del juez, cuando debe ser administrada con sujeción a garantías, legalidad y debido proceso probatorio que se sustenta en la regulación previa.

Si el testimonio adjunto se necesita para superar contradicciones del declarante y rescatar una supuesta eficacia de la justicia, entonces con ese mismo propósito y argumento se deben crear líneas jurisprudenciales para no absolver en los casos de in dubio pro reo o deficiencia probatoria por inactividad de la Fiscalía para probar la teoría del caso, o no aplicar la prohibición de la *reformatio in peius*, o hacer prevalecer la absolución sobre la nulidad, pues con estas también se pone en riesgo la eficacia de la justicia, porque la verdad real no se logró conocer.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

Se pueden referir innumerables decisiones de la Sala que eliminan una agravante no atribuida fácticamente por la fiscalía en la imputación, a pesar de estar probada en el proceso (Rdo. 49799 y 47216); o se ha absuelto cuando el verbo rector que sirvió de fundamento para acusar se cambió su naturaleza en el fallo recurrido (conservación por tráfico de drogas, Rdo. 47680), no obstante estar demostrada la materialidad delictiva, un autor y un responsable. Estos ejemplos demuestran que el criterio inveterado de la Sala es hacer prevalecer las garantías constitucionales, no priman criterios de impunidad o injusticia ni se han creado en tales casos reglas jurisprudenciales para resolver los problemas probatorios por sobre las garantías.

La solución de la mayoría no realiza el principio-garantía de trato jurídico igual. Si se absuelve por in dubio pro reo, por selección incorrecta del verbo rector, o ante la ausencia de prueba directa o por concurrir solamente prueba de referencia, a pesar de que en esa solución está inmersa las premisas de impunidad y afectación de la eficacia de la justicia, porque en esos casos no se crean reglas jurisprudenciales como en el testimonio adjunto, en donde la prueba no reúne las condiciones exigidas por la Ley 906 de 2004 para responsabilizar penalmente al acusado. Esa es orientación fundante del sistema acusatorio o si no regresemos al inquisitivo de la Ley 600 de 2000. No creo que pueda sostenerse que en los ejemplos dados no hay punto de equilibrio y no se afecte la eficacia de la administración de justicia.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

No se puede condenar de cualquier manera a una persona sino se observa la totalidad de garantías establecidas en la ley penal o constitucional, este es el fundamento de mi opinión en este salvamento.

1) Sobre el valor probatorio de las exposiciones (las declaraciones juradas de quienes son llamados a testimoniar en el juicio o entrevistas), a decir del artículo 347 del C de P.P., **“la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”**.

Ya se ha explicado que el interrogatorio no es el único requisito formal de una prueba y que en el testimonio adjunto están ausentes los demás supuestos de ley. Pero, ¿acaso se cumple con la garantía del contradictorio, si la entrevista o declaración anterior se lee en la audiencia durante la recepción de la declaración del testigo que cambia su versión?

El conainterrogatorio está permitido solamente para el testimonio producido en el juicio oral, no para los elementos de prueba, versiones o declaraciones juradas en la investigación, nunca habrá presencia de todas las partes e interviene en la actuación cumplida antes del juicio oral.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

La finalidad del contrainterrogatorio (a través del cual se ejerce el derecho de contradicción) es “refutar lo que el testigo ha contestado”, según lo establece el artículo 393 del C de P.P.

En la práctica la regla en mención implicaría proceder de la siguiente manera: Preguntado en el juicio oral por el Fiscal: ¿quién fue el autor del delito al que usted se ha referido? Respuesta. No sé. Fiscal: luego del rito correspondiente se obtiene la autorización de presentar la declaración rendida antes del juicio en la que ha señalado al procesado como el autor y se interroga al testigo su opinión, CONTESTA. No sé quién fue el autor de ese delito.

Sobre la respuesta del testigo y no sobre otra diferente, es que la ley en el literal a) del artículo 393 autoriza el contrainterrogatorio. El literal b) no opera para la defensa en el ejemplo propuesto, por la razón que el apoderado no puede avalar elementos que no han cumplido las exigencias legales, que estén en contra de los intereses de su cliente y que afecten su situación jurídica, obligar al abogado a que obre en sentido contrario es imponerle que lo haga con clara violación de los cánones profesionales y del derecho a la defensa. Entonces, ¿cuál satisfacción del derecho de contradicción lícito se cumple con la tesis de la Sala mayoritaria?

Es un imposible jurídico materializar el derecho de contradicción como expresión del derecho de defensa en las condiciones señaladas. Pero,



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

aunque resulte discutible la premisa expuesta, lo cierto es que las demás condiciones formales de la prueba no se cumplen, y, por tanto, en el testimonio adjunto no estamos frente a una actuación que cumpla las exigencias de legalidad para fundar fallos penales.

m). Las declaraciones antes del juicio solo pueden alcanzar la categoría de prueba cuando se reciben en las condiciones en que lo permite el artículo 274 del C de P.P., adquieren así la naturaleza de prueba anticipada, supuestos que jamás los cumple el testimonio adjunto o complementario.

n). A diferencia de otros países, en Colombia hay regulación expresa sobre la materia, se adoptó un régimen opuesto a los Estados, España y Puerto Rico, que admiten tener como prueba de cargo o de descargo la rendida antes del juicio oral así el testigo concurra a declarar, por ello apoyarse en tales criterios foráneos, resulta equivocado, al resultar contrario a lo expresamente regulado.

La anterior regla no aplica en Colombia para los casos de los menores víctimas, respecto de quienes el legislador colombiano en la Ley 1652 de 2013 autorizó como prueba las declaraciones de aquellos rendidas antes del juicio oral. Si precisamente la regla se estableció expresamente en las situaciones de la Ley 1652 ídem y no en los demás, es porque el legislador



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

no tuvo la voluntad de hacerla extensiva a los demás procesos, dada la sistemática de los procedimientos acusatorios.

ñ). Si el juez no puede suplir las deficiencias de la Fiscalía porque se afecta la imparcialidad y la regla de igualdad de armas, no se entiende como la jurisprudencia deba crear reglas para superar la deficiencia de la fiscalía o los cuerpos de investigación de obtener la prueba para sustentar los cargos y superar los problemas propios de valoración de las informaciones dadas por los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, que es lo que finalmente se invoca como sustento del supuesto principio de equilibrio para darle valor probatorio al testimonio adjunto o complementario. Si el sistema en Colombia trae problemas de justicia e impunidad, entonces hay que reformarlo y establecer normas que permitan superar esos riesgos, pero con garantías para todas las partes o intervinientes, pero tiene que hacerlo el legislador no los jueces, esa capacidad creadora no es de la Rama Judicial.

o). Debería revalidarse la inicial tesis emitida en CSJ SP 9 nov. 2006, rad 25738, cuando se enfatizó que para hacer valer declaraciones anteriores se deben garantizar los derechos de contradicción y confrontación, precisando los usos de las declaraciones previas para refrescar la memoria del testigo, a saber:

Cuando no recuerda en el juicio algún tema específico, lo que se desprende de lo normado en el literal d) del artículo 392 de la Ley 906 de



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

2004 al fijar las reglas del interrogatorio indica que *«el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos»*.

El uso de las declaraciones previas para impugnar la credibilidad del testigo según lo dispuesto en el artículo 393 de la Ley 906 de 2004 en las reglas del contrainterrogatorio cuya finalidad es la de refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado, se autoriza acudir a *‘cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral’*. Así mismo, el artículo 403 ídem permite su utilización para cuestionar la credibilidad del testigo².

² Artículo 403. **Impugnación de la credibilidad del testigo.**

La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio con relación a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración’.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

El artículo 347 señala que para poder hacerlas valer en juicio para efectos de esa impugnación «*deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes*». (subrayas ajenas al texto).

Con base en lo anterior la Corte destacó que la normatividad no permite introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, sino que solamente se trata de debilitar la credibilidad de las afirmaciones del testigo, sin que ello dé vía para que el juzgador pase por alto lo narrado en juicio y detenga su análisis sólo en esa entrevista o exposición previa del declarante, por eso en palabras de la Sala:

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4° de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y conainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras,



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y conainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo, y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en la audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

p). Se ha argumentado que ante las vicisitudes del testigo de ir al juicio, ser reticente, no responder, negar versiones anteriores, fugarse y las múltiples fallas que pueden afectar su rememoración, o su comportamiento



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

en juicio, en la forma de sus respuestas, su personalidad, etc., es admisible confrontar el medio de conocimiento, no solo con la posición del testigo que se retractó, negó, no ratificó o no recordó en juicio lo dicho previamente, sino también con la versión del testigo de acreditación que lo entrevistó.

No puedo avalar la tesis de la Corte que, para superar las dificultades referidas o las posibles amenazas, miedos o sobornos, etc., se pueda pasar por alto que la existencia material y jurídica de la prueba depende de su construcción con sometimiento al debido proceso, ante un juez competente, en un momento procesal determinado y con el cumplimiento de las exigencias que particularmente se exijan para cada medio, con la observancia que el rito demande para las partes e intervinientes.

La jurisprudencia debe hacer interpretaciones que ponderen las garantías, los derechos, las facultades y los deberes de las partes, el punto de equilibrio que se trace no puede fundarse en prejuicios, sospechas o temores, que tienen solución en la aplicación de las reglas de la sana crítica y en un cuerpo de investigación eficaz y una justicia pronta.

Por ello, lo que se debe promover desde estas instancias es que se haga un adecuado ejercicio de impugnación de la credibilidad a fin de que el testigo renuente o silente a través de las preguntas retome o ratifique lo dicho inicialmente en su declaración anterior, sin caer en el facilismo de incorporar las entrevistas sin pasar por el tamiz de tal impugnación.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

Y si en la declaración en juicio el testigo reconoce lo que dijo con anterioridad o da las explicaciones pertinentes, lo que queda como prueba es lo dicho en juicio, sin que sea viable que, agotado el proceso de impugnación de la credibilidad, de todas formas, se introduzca la declaración anterior como medio probatorio autónoma o se convierta en una unidad con lo dicho en juicio. Y sólo cuando se esté ante un testigo no disponible, como cuando es renuente a responder en relación con su declaración anterior, guarde silencio, se podrá acudir a ésta, pero a manera de prueba de referencia.

q). Bajo los supuestos anteriores, para definir si se puede tener como prueba y valorarse en un proceso los testimonios o las entrevistas obtenidas antes del juicio oral, se debe acudir a: **1)** la prueba de referencia del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y las reglas especiales establecidas por la jurisprudencia y la Ley 1652 de 2013 para cuando los órganos de prueba de tales elementos son menores víctimas de delitos sexuales o de los tipos penales a que se refieren los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c y 188d del Código Penal; **2)** a las normas que regulan el uso de las versiones o declaraciones para refrescar memoria (artículo 392 ejusdem); y **3)** a los textos relacionados con la impugnación de credibilidad (artículo 403 ídem). Solamente tienen la condición de prueba la del numeral 1°, no así las de los numerales 2° y 3°.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

Prueba de referencia. La declaración rendida fuera del juicio oral de la que pueda predicarse alguna de las causales establecidas en el artículo 438 del C de P.P., que «*no sea posible practicarla en juicio*» (disponibilidad del órgano de prueba para el acto procesal), es prueba de referencia admisible y por tanto puede introducirse al proceso en la audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

Es fundamental en el testimonio como prueba de referencia la no disponibilidad del declarante en el juicio oral, pero esa naturaleza la adquiere también cuando su presencia es física únicamente, porque se niega a través del silencio a ofrecer la información por la que se le pregunta. Un testigo que no se comporte en estas condiciones, sus declaraciones rendidas antes del juicio oral solamente pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, jamás pueden ser apreciadas estas como prueba admisible o como como testimonio adjunto, al que se alude también con las denominaciones de testigo de corroboración o complementario, como se acepta sin condicionamientos en la decisión de la que ahora aclaro voto.

Cuando el declarante concurre al juicio oral, pero se niega a declarar o contestar el interrogatorio, el testigo no está disponible y por tanto sus



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

declaraciones anteriores únicamente en lo que no declaró podrá ser introducido al juicio oral como prueba de referencia admisible. Esta es una modalidad de esa clase de prueba, el órgano de prueba no está disponible, por tanto, no corresponde a lo que se enuncia como testimonio adjunto o complementario.

Las declaraciones anteriores al juicio oral que no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, no son medios legales, dado que se afecta el control que deben realizar el juez, las partes y los intervinientes (la víctima a través del fiscal), el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación, la no práctica en juicio oral, concentrado y público, tampoco corresponde a los parámetros de prueba anticipada, amén de que se genera ante un juez diferente al de conocimiento, en una audiencia o acto procesal independiente, sin la presencia de una de las partes y de los intervinientes, bajo supuestos que afectan la juridicidad pues el ordenamiento jurídico las estima como prueba de referencia inadmisibles.

El inciso tercero del artículo 347 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la exposición dada antes del juicio oral no puede *«tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*, sólo enuncia una de las afectaciones, más no menciona otras que sin superarse no la habilitan como medio probatorio admisible, como las deficiencias señaladas en el párrafo anterior. Estos



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

elementos solamente sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no como prueba de referencia admisible y por ende no pueden ser tenidos en cuenta como fundamento de una decisión junto con los demás medios legamente allegados.

Testimonio adjunto, complementario o de comentario. Dícese de una declaración que en el juicio se retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión. En este caso el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y contrainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto, las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, la Sala mayoritaria ahora las autoriza como pruebas directas, autónomas y fundantes de responsabilidad o inocencia.

La situación del testigo que se retracta o cambia la versión, únicamente permite tener las exposiciones anteriores al juicio oral no como prueba sino como medios para impugnar credibilidad. Aquél no corresponde a ninguna de las hipótesis de la prueba de referencia admisible.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 55.959
Rafael Zapata Córdoba

No hay justicia material sin debido proceso y el testimonio adjunto no cumple el debido proceso probatorio que se establece en la Ley 906 de 2000 respecto de la prueba fundante de la sentencia, la Sala mayoritaria llega al extremo de tener como prueba los testimonios adjuntos con base en elementos materiales que habiendo estado a disposición de la fiscalía no los ha solicitado que se tengan como prueba para introducirlos en el juicio oral o los pide para otros menesteres como impugnar credibilidad y la Sala sustituye la tarea del fiscal habilitándolos como prueba complementaria (Rdo. 55959).

Así dejo expuestas las razones de mi disenso.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra.