



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP 127-2023

Radicación No. 53901

(Aprobado Acta No. 062)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO:

Se pronuncia la Corte, especialmente por razón del principio de doble conformidad, sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de Daniel Felipe Zapata Muñoz contra la sentencia del 23 de julio de 2018, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín, revocando la absolutoria proferida por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 6 de abril de 2017, condenó al procesado en mención, entre otros, como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

HECHOS:

Desde el año 2009, en la Vereda La María de Itagüí, se conformó una organización al margen de la ley denominada La María dedicada a cometer, entre otros, delitos de extorsión, homicidio, tráfico de estupefacientes y desplazamiento forzado. Hacían parte de la misma, entre muchos más, Daniel Felipe Zapata Muñoz (Alias Discípulo), Pedro Miguel Ramírez Soto (Alias Lito), Milton Andrés Tobón Suárez y Rubén Restrepo Tobón, encargándose el primero de realizar labores de amenazas, vigilancia, control territorial y tráfico de estupefacientes y el segundo de financiar la compra de armamento.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Labores policivas de investigación permitieron la identificación de los citados y con esto que la Fiscalía solicitase su aprehensión de manera que, dispuesta y lograda, se realizó el 2 de junio de 2016 audiencia en la cual, además de legalizarse la captura de Daniel Felipe Zapata Muñoz, Pedro Miguel Ramírez Soto, Milton Andrés Tobón Suárez y Rubén Restrepo Tobón, se les formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir agravado, también por desplazamiento forzado al último, y se les afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 9 de agosto siguiente la Fiscalía presentó el correspondiente escrito de acusación contra dichos imputados por los citados punibles, precisando que en relación con Tobón Suárez y Ramírez Soto la agravación punitiva también lo era por

virtud del inciso 3° del artículo 340 del Código Penal; la respectiva audiencia se celebró el 5 de octubre de 2016 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, oportunidad en la cual Rubén Restrepo Tobón y la Fiscalía presentaron un preacuerdo de responsabilidad al que siguió la ruptura de la unidad procesal, sucediendo lo propio con Milton Andrés Tobón Suárez en el curso de la audiencia preparatoria.

3. Verificado el juicio oral y anunciado un sentido de fallo absolutorio, éste fue en efecto proferido el 6 de abril de 2017 en favor de Daniel Felipe Zapata Muñoz y Pedro Miguel Ramírez Soto.

En ese propósito y dando por descontada la materialidad de la conducta imputada en tanto se estipuló la existencia de la banda delincuenciales La María en el Municipio de Itagüí cuya finalidad era la comisión de punibles de extorsión, desplazamiento forzado, tráfico de estupefacientes y homicidio, entre otros, consideró el a quo que la prueba recaudada no permitía afirmar, más allá de toda duda, que los acusados hacían parte de la misma.

Así, el investigador líder Juan Manuel Gómez, quien tuvo algún acercamiento a miembros del grupo y logró establecer, primeramente por sus alias, quiénes lo integraban, admite que el conocimiento sobre la banda lo adquirió por información brindada por la comunidad y terceros, sin que sus pesquisas fueran más allá en orden a determinar siquiera la situación económica de los acusados o su específica y supuesta actividad de traficar estupefacientes.

Wilmer Fernando Castañeda Restrepo, por su parte, refirió conocer a tres personas con el alias del Discípulo en la zona alta de La María a quienes la comunidad los señalaba como traficantes, pero nunca logró verificar tales hechos y menos la aprehensión de alguna de aquellas.

Los patrulleros Daniel Toscano y Diego Feria, así como la víctima de desplazamiento Miguel Ángel Álvarez, a su turno, aseguran que el conocimiento en torno a las actividades de la banda lo tienen por información de la comunidad o de otras personas, pero no porque así lo hayan confirmado u observado, luego no les consta que los acá acusados hagan parte de ella.

Por su parte, Dany Esteban Rojo Quintero, condenado por el delito de concierto para delinquir en tanto fue miembro del grupo delincuencia en mención, no obstante haber admitido que rindió entrevista a la Fiscalía y realizó un reconocimiento fotográfico, fue renuente a rendir testimonio en este proceso, actitud que permitió la introducción de aquellos elementos materiales probatorios a través de los cuales se logró, no solo la identificación de los enjuiciados como integrantes de la banda, sino las actividades que ejercían dentro de la misma.

Sin embargo, dice el juzgador de primera instancia, *“pese a que se cuenta con unas actas de reconocimiento fotográfico donde el testigo Rojo Quintero hace señalamiento de los aquí acusados como integrantes del combo delincuencia, además de sus declaraciones anteriores... existen varias situaciones que hacen dudar de la credibilidad del testigo...”*.

Tales situaciones hacen relación a una motivación para que el testigo incriminara a Zapata Muñoz a causa de que éste supuestamente no le hiciera caso en traerle una marihuana, a lo cual se suma que su identificación se logró porque se vistiera como estudiante universitario, como si tal característica fuera determinante para cometer delitos.

Y si se trata de la incriminación a Ramírez Soto, si era compañero de actividades de ese declarante, cómo explicar que no tenga una información detallada de él, *“luego lo que observa el despacho es que este testigo lo que hizo fue especular con lo que pudo observar de su vecino, pero sus dichos carecen de fundamento, porque, todo lo contrario, lo que se demostró fue que el señor Ramírez Soto era de una familia humilde y que laboraba para el señor Óscar Hernán Pineda...”*.

Este testigo, dijo, es el único que podría calificarse de directo, aunque sus declaraciones por fuera del juicio oral constituyen prueba de referencia en la medida en que, aun cuando asistió a la correspondiente audiencia, se negó a declarar, por manera que en este proceso sólo existen medios de convicción de aquella índole, con las cuales resulta imposible sustentar una decisión de condena.

Por tanto, concluyó el a quo, *“...ante la deficiente labor investigativa y... las dudas generadas, el despacho absolverá a los acusados... no es que el despacho considere que los acusados sean inocentes, sino que hay muchas dudas como para condenar, debido a las deficiencias investigativas presentadas en este caso”*.

4. Contra dicha sentencia la Fiscalía interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de julio de 2018 revocando la impugnada para, en su lugar, condenar a Daniel Felipe Zapata Muñoz a la pena principal de 8 años de prisión y multa equivalente a 2700 salarios mínimos mensuales legales como autor del punible de concierto para delinquir agravado en términos del inciso 2° del artículo 340 del Código Penal y a Pedro Miguel Ramírez Soto a prisión de 12 años y multa por valor de 4050 salarios mínimos mensuales legales también como autor del mismo ilícito pero agravado en términos de los incisos 2° y 3° de la norma antes citada. Se les negó además a los procesados la concesión de subrogados penales y consecuentemente se dispuso su captura.

Consideró el Tribunal que, a diferencia de lo indicado por el a quo, la prueba recaudada no está constituida únicamente por testimonios de referencia.

Si bien, sostiene el ad quem, no se desconoce que en su mayor parte la prueba de cargo practicada en torno a la responsabilidad penal de los acusados se compone por medios de referencia inadmisibles toda vez que los testigos que declararon en su contra, especialmente los miembros de la Policía Nacional, admiten que su conocimiento derivó de la información suministrada por terceros anónimos, no puede ignorarse tampoco que al juicio oral compareció Danny Esteban Rojo Quintero, testigo directo de ese aspecto del delito quien, a pesar de manifestar negarse a declarar, lo cierto es que sí rindió testimonio así fuera parcamente, lográndose incorporar de ese modo y por virtud de su retractación, sus declaraciones previas

al juicio, momento en el que la defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogar, todo lo cual hace que sus entrevistas deban ser admitidas como prueba directa en la modalidad de testimonio adjunto y no como prueba de referencia.

En este asunto, esas atestaciones pasadas no pueden ser consideradas prueba de referencia en tanto si bien el testigo advirtió en un comienzo que no iría a decir nada, tal reticencia no impidió que reconociera la declaración anterior rendida fuera del juicio y la calificara de mendaz, tampoco que reconociera su firma o los reconocimientos fotográficos, piezas todas las cuales fueron leídas y dadas a conocer en el juicio oral y en relación con las que la Fiscalía solicitó fueran tenidas como prueba o parte del testimonio, mientras que los defensores contrainterrogaron simplemente para que el testigo ratificara, esta vez sin oposición alguna de su parte, que lo dicho en las entrevistas era mentira.

Es decir, afirma el Tribunal, a pesar de que en principio el testigo se rehusó a contestar el interrogatorio de la Fiscalía lo cierto es que terminó respondiendo algunos de sus cuestionamientos frente a los cuales, por demás, la defensa tuvo oportunidad de contrainterrogar sin limitación alguna, más que su propia voluntad.

Garantizadas de ese modo la contradicción y la confrontación de las declaraciones rendidas fuera del juicio por el testigo que finalmente estuvo disponible en este ámbito, las mismas hacen parte del acervo probatorio en condición de prueba directa y como tal deben ser valoradas.

En este propósito, confrontadas con su retractación que así hizo en el juicio y con las demás pruebas recaudadas, en criterio del Tribunal aquella carece de credibilidad no solo porque no ofrece una razón para haber mentido, sino porque revela también un conocimiento de los acusados incompatible con su aserto de que no los distinguía, máxime que todos vivían en un lugar de poca densidad poblacional o cuando el propio padre de Zapata Muñoz dijo conocer a Esteban Rojo inclusive con el alias de Muelas, apodo que éste admite.

En cambio, resultan creíbles sus declaraciones del 27 de mayo y 16 de diciembre de 2015 y los reconocimientos fotográficos del 17 de mayo de 2016, diligencias en las cuales da cuenta de la participación de los acusados en el delito que se les imputa, más aún cuando ellas se apuntalan con otros medios demostrativos y no se advierte en las mismas incoherencias o inconsistencias que pudieran mermar su credibilidad.

En ese contexto, especificadas sus intervenciones en torno al acusado Zapata Muñoz, en la declaración del 27 de mayo señaló a Daniel como parte de la banda encargado de surtirla de estupefacientes, detallando el lugar donde residía, mientras que en la del 16 de diciembre reseñó a su familia y ratificó que Daniel Felipe Zapata Muñoz hacía parte de la organización y en esa condición se encargaba no solo del tráfico de estupefacientes, sino también de vigilar el territorio,

Además, el 17 de mayo de 2016 reconoció fotográficamente al acusado Zapata Muñoz precisando que hacía parte de la familia conocida como Los Discípulos, lo describió físicamente y

por su vestimenta y corroboró una vez más su función dentro del grupo delincuenciaal.

No se revela de otro lado, situaciones que demeriten la credibilidad del testigo, ni la aducida retaliación o venganza a que se refiere el a quo, mucho menos cuando ella habría surgido no de una delación sino por su labor en la banda o cuando, de todas maneras, las atestaciones de aquél se corroboran con el testimonio del investigador Juan Manuel Gómez en cuanto sostiene que la captura de los hermanos conocidos como Los Discípulos fue realizada en conjunto hallándose en poder de uno de ellos cierta cantidad de estupefaciente, así como con el testimonio del agente Fernando Toscano quien aseguró conocer a Daniel como uno de Los Discípulos por lo cual lo reconoció en la audiencia y el del policía Diego Fernando Feria, quien igualmente conoció al acusado Zapata Muñoz con el referido alias y así pudo describirlo también por su modo de vestir.

5. Contra el fallo del ad quem el defensor de Daniel Felipe Zapata Muñoz interpuso y sustentó oportunamente el recurso de casación.

LA DEMANDA:

Cargo principal:

Con sustento en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa el demandante la sentencia recurrida de infringir indirectamente la ley sustancial por incurrir en error de derecho a causa de un falso juicio de legalidad que condujo a

violiar los artículos 33 de la Constitución, 385, 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, en torno a la incorporación y posterior valoración de las declaraciones previas realizadas por Dany Esteban Rojo Quintero.

La prueba sobre la que recayó tal irregularidad corresponde, por tanto, a las manifestaciones previas rendidas por el testigo en mención ante agentes de policía judicial el 16 de diciembre de 2015 y el reconocimiento fotográfico realizado el 27 de mayo del mismo año, las cuales fueron ilegalmente incorporadas toda vez que el testigo, condenado por estos mismos hechos, manifestó exactamente en siete oportunidades que no deseaba declarar.

Sin embargo, en contra de su voluntad, finalmente se leyó por parte de la Fiscalía la declaración rendida el 16 de diciembre de 2015 y posteriormente, aun cuando el testigo no reconoció el contenido del informe de reconocimiento fotográfico del 27 de mayo de 2015, pero sí su firma, la Fiscalía leyó íntegramente su contenido y solicitó la incorporación de ambas declaraciones como pruebas.

En esas condiciones, dice el libelista, se vulneró el derecho de no autoincriminación que le asistía a Dany Esteban Rojo Quintero, consagrado en el artículo 33 de la Constitución y el 385 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de que formalmente se le haya advertido que contaba con él, pero no materialmente cuando fue tan contundente al expresar su deseo de no declarar.

Además, la forma en que se incorporaron las declaraciones previas infringe las normas que describen la manera en la que se debe practicar el interrogatorio cruzado de los testigos, la autenticación de los documentos y la adjunción de estos, incluso cuando se trata de declaraciones previas rendidas por fuera de la audiencia de juicio oral.

En ese sentido, la violación de las formas propias de la práctica de la prueba frente al testimonio como tal y la incorporación de la declaración previa rendida el 16 de diciembre de 2015, radica en la vulneración del derecho fundamental de no auto incriminarse.

En segundo lugar, agrega, la incorporación del informe de reconocimiento fotográfico como prueba autónoma y valorado por el Tribunal como testimonio adjunto, además de no respetar el principio de no autoincriminación, vulneró los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Penal que definen lo que se entiende por documento auténtico y señalan los métodos de autenticación e identificación del mismo, así como los preceptos 29 de la Constitución y 360 del Código de Procedimiento Penal.

Súmase a lo anterior que la jurisprudencia de que se valieron las instancias, aunque con interpretaciones disímiles sobre la disponibilidad del testigo, fue obviada en la práctica probatoria en la medida en que no quedó clara cuál fue la finalidad de la Fiscalía al utilizar esas declaraciones previas, como que ni siquiera, cuando solicitó su incorporación, precisó su pretensión de que fueran valoradas como prueba sustantiva,

indeterminación que se evidencia cuando la propia juez entendió que lo era como medio de impugnación de credibilidad dada la hostilidad del declarante, máxime que ese ejercicio no opera de oficio, de modo que queda una sensación de desconocimiento sobre el propósito de la incorporación de las declaraciones previas, aspecto que reviste gran trascendencia porque las finalidades de ambas técnicas difiere ampliamente pues, mientras la impugnación de credibilidad se realiza precisamente para restar valor suasorio al testimonio, la incorporación de la declaración como prueba autónoma pretende dar por acreditada la verdad de su contenido.

Sin mucho esfuerzo se puede observar que el testigo Dany Esteban Rojo Quintero hizo una serie de manifestaciones auto incriminatorias, lo cual pone en evidencia la necesidad de proteger su derecho fundamental, pues de todas las preguntas enfocadas a acreditar el posible conocimiento que tuviera de los hechos por los que se juzga a Daniel Zapata Muñoz, se desprendieron manifestaciones de autoincriminación en conductas punibles que no tenían por qué ser reveladas por el testigo y mucho menos obligarlo a ser órgano de prueba, todo bajo el entendido que no por haber sido condenado pierde el reconocimiento de sus garantías fundamentales.

Igualmente, añade el demandante, el proceso inadecuado de acreditación sobre el conocimiento que tenía el testigo en torno a la diligencia de reconocimiento fotográfico, hacía imposible su incorporación en juicio. Para ello, la Fiscalía debió acudir a otras técnicas de interrogatorio cruzado, prueba de

refutación o incluso requerir nuevamente al señor Juan Manuel Gómez, como el policía judicial que realizó la diligencia con el propósito de aclarar o complementar su testimonio sobre este tópico, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal.

La concurrencia de ese yerro y la consecuente exclusión de las declaraciones previas de Dany Esteban Rojo Quintero en tanto valoradas como prueba sustantiva, conduce a que aquellas ostenten un valor disminuido de prueba de referencia, siendo por eso imposible proferir sentencia de carácter condenatorio, como fue reconocido expresamente por el a quo y de algún modo por el Tribunal.

De otro lado, ninguno de los testimonios de cargo escuchados a expensas de la Fiscalía, como los de Juan Manuel Gómez, jefe de la Unidad Básica de Criminalística GAULA; Wilmer Fernando Castañeda Restrepo, Daniel Fernando Toscano Vergara, Diego Fernando Fera, patrulleros de la Policía Nacional; y Miguel Ángel Álvarez Cuartas, desplazado de la vereda La María del municipio de Itagüí y presunta víctima de la organización criminal que operaba en el sector, señalan de manera directa a Zapata Muñoz como miembro de la cuestionada agrupación ilegal, todo cuánto saben de eso lo fue por información de la comunidad, de terceros o de fuentes anónimas, luego es patente su carencia de idoneidad para llevar al juzgador a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal del acusado, de manera que solo emergen dudas en ese respecto.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia recurrida y en su lugar, se dejé incólume la proferida en primera instancia en favor de Daniel Felipe Zapata Muñoz por los cargos formulados en la audiencia de acusación.

Cargo subsidiario:

Con fundamento en la misma causal y de no acogerse el cargo principal por considerarse que a Dany Esteban Rojo Quintero no le asistía el derecho de no autoincriminación por tratarse de un testigo condenado por los mismos hechos objeto de este juicio, acusa ahora y de modo subsidiario la sentencia de segundo grado por incurrir en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho originado en falso juicio de convicción que infringió el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que se basó exclusivamente en prueba de referencia.

Tal equívoco, afirma, lo fue sobre las declaraciones previas ya mencionadas rendidas por Dany Esteban Rojo Quintero, ante agentes de policía judicial.

Es que, uno de los presupuestos para la incorporación de las declaraciones previas como prueba sustantiva, es la disponibilidad del testigo a declarar. Sin embargo, como lo indicó el a quo, la presencia física del testigo y las respuestas escuetas que brindó en medio de la coerción no acreditan su disponibilidad para hacerlo, como erradamente lo entendió el Tribunal.

Si bien el testigo se vio en la obligación de brindar algunas respuestas ante la Juez de primera instancia, no se puede predicar la existencia de un testimonio razonable que cumpla con los requisitos de los artículos 383 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En esos casos, ante la indisponibilidad del testigo para declarar, ya sea por su ausencia física o por su renuencia a hacerlo, se podría predicar uno de los presupuestos consagrados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, como causal excepcional de admisión de prueba de referencia y no como erradamente lo entiende el ad quem, al afirmar que se trata de un testimonio adjunto porque se hicieron efectivos los principios de concentración y contradicción.

En este evento, dada la renuencia de Rojo Quintero a declarar, se le debe calificar como testigo no disponible en juicio y sus declaraciones previas como de referencia, a lo cual se suma el supuesto reconocido por el mismo Tribunal sobre los hechos acontecidos con posterioridad a 2014 por ser evidente que de ellos no tuvo el deponente conocimiento directo alguno por hallarse privado de libertad.

En esas condiciones, es claro el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal en advertir que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia, lo cual guarda coherencia con lo dispuesto en el 402, conforme al cual el testigo únicamente podrá declarar sobre

aspectos que en forma directa hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

Así, al corresponder las declaraciones previas de Rojo Quintero a prueba de referencia, el acervo queda compuesto solo por medios demostrativos de esa naturaleza, siendo imposible de este modo proferir sentencia de carácter condenatorio, como lo admitió la primera instancia y parcialmente el Tribunal, más aún cuando ninguna de las pruebas de cargo como los testimonios de Juan Manuel Gómez, jefe de la Unidad Básica de Criminalística GAULA; Wilmer Fernando Castañeda Restrepo, Daniel Fernando Toscano Vergara, Diego Fernando Feria, patrulleros de la Policía Nacional; y Miguel Ángel Álvarez Cuartas, desplazado de la vereda La María del municipio de Itagüí y presunta víctima de la organización criminal que operaba en el sector, señalan de manera directa a Zapata Muñoz como miembro de la cuestionada agrupación ilegal.

A esa carencia de un señalamiento directo que se derivara del eventual conocimiento personal de la banda y sus miembros, debe adicionarse que no quedó acreditada la fecha en la que supuestamente se integró Daniel Felipe Zapata Muñoz al grupo ilegal, solamente se determinó que, de haber eso ocurrido, lo fue a partir de 2014 según el testimonio de Juan Manuel Gómez, pero para esta fecha Dany Esteban Rojo ya se encontraba detenido y había sido capturado, de acuerdo con su versión, con todos los integrantes del grupo criminal, por manera que mal podía constarle alguno de los hechos ocurridos con posterioridad y a los cuales se refirió en las declaraciones previas.

Solicita, por tanto, se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se dejé incólume la proferida en primera instancia en favor del acusado.

LA FISCALÍA:

En concepto del delegado carece de prosperidad el primer reparo a través del cual se plantean dos situaciones que hacen relación respectivamente, a la producción y admisión del testimonio de Danny Rojo Quintero de quien se alega violación a su derecho de no autoincriminarse.

No obstante, entiende la Fiscalía que en este proceso no se comprometieron en manera alguna sus intereses jurídicos en cuanto no es él el acusado, así en asunto aparte haya sido condenado también por su pertenencia a la cuestionada banda delincuencia.

Significa lo anterior que hubo total claridad acerca de las razones por las cuales no podía excusarse de rendir testimonio frente al conocimiento directo que tenía sobre el modus operandi de la organización de la cual hacía parte y sus miembros, tanto que con antecedencia al juicio oral accedió de manera consciente y voluntaria no solo a rendir declaración jurada sino además a efectuar reconocimiento fotográfico de quienes integraban el grupo delincuencia para lo cual se le hicieron las advertencias legales, incluido el derecho a no autoincriminarse, tal como aconteció en la audiencia de juicio donde finalmente no hubo oposición a que se le escuchase, al punto que quien ahora formula la censura hizo parte del contrainterrogatorio.

El testigo fue ciertamente reticente a contestar, pero no asumió una negativa rotunda a rendir testimonio, eso permitió que la defensa ejerciera el contradictorio a través del conainterrogatorio.

De otro lado, atendido el contexto jurisprudencial en que se desarrolló el juicio oral y se profirieron las sentencias de instancia, el ámbito de restricción que cobija a quien está llamado a declarar aplica cuando éste o alguno de sus familiares o parientes dentro de los grados discriminados por la ley, se puedan ver comprometidos en conductas delictivas o se afecte sensiblemente su intimidad o armonía familiar, nada de lo cual viene al caso en cuanto no se debatieron hechos nuevos o distintos a aquellos por los cuales se juzgó y condenó al testigo Rojo Quintero y menos que se le haya afectado su intimidad o armonía familiar, temas estos que por demás no fueron objeto de debate o controversia.

Tampoco, en concepto del delegado, prospera el reparo en torno a los cuestionamientos sobre admisibilidad e incorporación de las declaraciones previas al juicio, pues el artículo 347 de la Ley 906 faculta a la Fiscalía no solo a tomar exposición a los testigos, sino también a hacerlas valer en el juicio como tema de impugnación, entre tantos otros aspectos, para lo cual se exige su lectura, como acá aconteció, ante la renuencia del testigo y con miras a que los demás sujetos procesales hagan uso del conainterrogatorio, el cual en este evento fue realizado por la defensa sin mayores cuestionamientos.

Las declaraciones previas al juicio oral pueden ser utilizadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad y bajo dicho supuesto en este caso el punto de controversia ha radicado en las manifestaciones anteriores de Rojo Quintero a la Fiscalía en rededor de ser junto a Zapata Muñoz miembro de la banda criminal, hechos en relación con los que aquél se mostró renuente a declarar, no obstante lo cual fueron observados los parámetros de los artículos 347 y 393 de la Ley 906 en tanto si bien éstos indican que la información contenida en entrevistas no puede ser tomada como prueba, no menos cierto es que la aquí cuestionada, expuesta de viva voz, fue sometida a las reglas del contrainterrogatorio, cuya única finalidad era la de refutar en todo o en parte lo declarado por el testigo, por manera que en esas condiciones se satisfizo a cabalidad el principio de contradicción.

Tampoco, en opinión de la Fiscalía, puede prosperar el segundo reproche, habida cuenta que el testigo, desde que decidió acudir al juicio, lo hizo por sus propios medios, sin que llegara a manifestar alguna de las situaciones previstas en el artículo 438 de la Ley 906; todo lo contrario, estuvo disponible a las partes, incluso el mismo juez lo requirió por su renuencia u hostilidad y se sometió al interrogatorio y contrainterrogatorio bajo la observancia de las técnicas y garantías procesales.

Ahora, si el testigo estaba en imposibilidad de dar cuenta directa de los hechos posteriores a 2014, sus declaraciones anteriores al juicio y el reconocimiento fotográfico, aunque se hayan realizado en el 2015, se refieren a sucesos acontecidos antes de aquel año.

Solicita, por tanto, no casar el fallo impugnado y menos con sustento en un salvamento de voto que, aunque pudiera servir de criterio orientador, no es la decisión que constituya un precedente.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

Bajo la advertencia de abordar conjuntamente el estudio de los dos reparos propuestos pues, aunque en apariencia pudieran ser diversos lo cierto es que se sustentan en similares supuestos fácticos, jurídicos y probatorios, entiende el Ministerio Público que la garantía de no autoincriminación y de no incriminación de ciertos familiares supone, la primera, como componente del derecho de defensa, blindar a la persona de ser compelida a declarar contra sí misma, de modo que así corresponde también a un elemento del debido proceso; la segunda, en cambio, opera no como parte de éste, sino para solucionar el conflicto de intereses que emerge entre el deber de colaborar con la justicia y la lealtad con los miembros de la familia.

En este caso el Tribunal consideró a Rojo Quintero como testigo directo sobre la base de que, a pesar de su inicial renuencia a declarar, en la práctica lo hizo así fuera parcamente; de ese modo y ante su retractación, se logró incorporar las declaraciones que rindiera fuera del juicio oral, momento en el cual la defensa tuvo oportunidad de contrainterrogar, circunstancia que hace que esa entrevista deba ser admitida como prueba directa y no de referencia.

Es que, para que una declaración en el sistema acusatorio pueda ser considerada en el fallo como sustento del mismo, debe practicarse en el juicio oral, garantizarse el derecho de confrontación y el testigo referirse a aspectos que haya observado o percibido de forma directa. Solo por excepción es factible que como fundamento del fallo el sentenciador considere pruebas practicadas fuera del juicio oral.

Las manifestaciones de Rojo Quintero fueron incorporadas por la Fiscalía, como tal hacen parte del acervo probatorio y por lo mismo fueron valoradas en conjunto con las demás obrantes en la actuación; con base en eso el Tribunal consideró que dicho testigo es el único que de manera directa atribuía responsabilidad a los acusados.

El análisis de las pruebas de cargo y descargo permitió establecer la existencia de una banda delincuencial en la Vereda La María de Itagüí, dentro de la cual Zapata Muñoz tenía por función el tráfico de estupefacientes, luego en esas condiciones el censor, antes que hacer evidentes errores en la producción o apreciación de la prueba, pretende que se acoja su personal punto de vista, diametralmente opuesto a la visión del juzgador, olvidando que tal postulación, así se acompañe de detalles y técnicas referencias, no prevalece sobre el criterio de éste por encontrarse la sentencia amparada en la doble presunción de acierto y legalidad.

Sugiere, por eso, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES:

1. Absuelto como fue en primera instancia Daniel Felipe Zapata Muñoz por el delito que le fuera imputado y luego condenado en segunda, fue interpuesto por su defensa el recurso extraordinario de casación en vigencia del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, que en su artículo 3.7 modificó el 235 de la Constitución Política disponiendo que contra las sentencias de “*primera condena*” que “*profieran los Tribunales Superiores*” procede la “*doble conformidad judicial*”, pero antes de que la Corte Suprema de Justicia, de manera transitoria y ante los vacíos legislativos regulara el trámite que debía darse a la impugnación especial y donde se estableció, entre otras previsiones, que se podía admitir la demanda de casación sin reparar en formalidades de técnica para resolver el fondo del asunto planteado, que la impugnación seguiría la lógica propia del recurso de apelación, incluyendo el principio de limitación, y que contra la decisión que resuelve el caso no procede casación.

Bajo tales supuestos, en este asunto se admitió, en efecto, el libelo casacional con la ineludible comprensión de que lo era en el propósito de garantizar el citado axioma, razón por la cual dicha decisión no abordó en modo alguno los aspectos técnicos del recurso extraordinario, ni se examinarán ahora, por manera que con exclusión de los defectos que pudiera evidenciar en ese ámbito la demanda, se analizarán los temas en ella propuestos como la legalidad del testimonio rendido por Dany Rojo Quintero, incluidas sus declaraciones previas al juicio oral y su naturaleza, esto es si se trató de prueba directa de responsabilidad o de referencia, todo con el final propósito de establecer si en el

proceso se demostraron los elementos que, según los parámetros del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, conducen a una decisión de condena.

2. En ese propósito, ciertamente la Fiscalía, dentro de los actos de investigación que ejecutó, escuchó en declaración jurada el 27 de mayo de 2015 a Danny Esteban Rojo Quintero, miembro del grupo ilegal La María, condenado por eso en proceso separado y en sentencia debidamente ejecutoriada.

En tal oportunidad el entrevistado, entre otros hechos y con referencia al acusado en cuyo nombre se recurrió, informó: *“Otros chinos que siempre han estado en el combo y han movido la vuelta son los que le decimos LOS DISCÍPULOS que son Daniel y Cristian que siempre se han dedicado a surtir el vicio en la vereda La María, ellos nos traían la droga del Barrio Santo Domingo... ellos viven de donde la chinga para arribita en una casa de color café, es como la sexta casa subiendo... todos se dedican a cuidar el territorio para que no se meta nadie, ellos se dedican a cuidar las ollas...Daniel...es altico, blanquito, él mantiene un ojo más apagado que el otro, es pelilarguito...”*

Se le volvió a entrevistar, nuevamente bajo juramento, el 16 de diciembre de 2015 y después de identificar a otros miembros del grupo al margen de la ley e indicar las actividades que los mismos ejecutaban, precisó sobre quienes eran conocidos como Los Discípulos: *“...ellos son una familia varios hermanos... ellos siguen en la vuelta vendiendo vicio, cobrando extorsión, robando; DANIEL era el encargado en la época de nosotros él traía la droga como marihuana, perico y ruedas de Santo Domingo para venderla*

en el barrio, ayudaba a cuidar el territorio, también ayudaba a vender la misma droga que traía...”.

En ratificación de tales asertos se realizó el 17 de mayo de 2016, reconocimiento fotográfico de modo que, con las formalidades legales, en el álbum elaborado al efecto, Danny Esteban Rojo Quintero identificó a Daniel Felipe Zapata Muñoz referido bajo el nombre de Daniel y apodado como uno de Los Discípulos, por eso señaló: *“...lo distingue como Daniel de la familia de Los Discípulos, él era el que nos traía la merca o sea la droga, marihuana, perico, ruedas...él era uno de los carritos del combo, hacía lo que nosotros le mandábamos, a cobrar la seguridad, a lo que fuera... ese man se viste como universitario, se echa gel y se peina de para atrás, todo pupi y por esa fachada nunca se ha caído con las autoridades, él traía todo de Santo Domingo Medellín”.*

3. Con base en esa información la Fiscalía, por tanto, descubrió oportunamente, enunció, solicitó y obtuvo la práctica del testimonio de Danny Esteban Rojo Quintero en el juicio oral, ámbito dentro del cual, tras tomársele el juramento y hacérsele las admoniciones de rigor, respondió al menos 9 preguntas que la juez le hiciera en torno a sus generales de ley y más de 10 cuestionamientos que le formulara la Fiscalía alrededor de su situación jurídica, los delitos por los que se hallaba condenado, su lugar de ocurrencia, los punibles que cometía el grupo ilegal, el alias con que era conocido dentro de la banda y cuándo y con quiénes había sido capturado, hasta que de manera inopinada simplemente afirmó que: *“En todo caso lo único que tengo que*

decir es que yo no voy a decir nada, yo les he dicho a ustedes que yo no voy a decir nada, no sé nada y no voy a decir nada...”.

No obstante lo anterior la Fiscalía insistió en su interrogatorio, la defensa se opuso so pretexto de que el testigo hacía uso de su derecho a guardar silencio, precisando la juez, por el contrario, la obligación que tenía de declarar por no estar afectada la garantía de no autoincriminación, de modo que, así al testigo se le inquirió sobre sus declaraciones previas ante el acusador y aunque reconoció haberlas hecho, dijo no recordar nada de ellas por no saber nada, expresando no haber sido amenazado, ni habersele ofrecido algo a cambio de callar y a pesar de que reconoció su firma en tales actos se negó a leerlos, por lo cual lo hizo la Fiscalía, asegurando el declarante que todo lo allí dicho era mentira y que entonces había faltado a la verdad, sin recordar qué información suministró, de manera que finalmente se solicitó por el interrogador se tuvieran tales declaraciones rendidas por fuera del juicio oral como elementos o parte del testimonio rendido por Rojo Quintero y así lo dispuso el juez de conocimiento.

El defensor de Zapata Muñoz, a su turno, contrainterrogó al testigo, pero nada más que acerca de si lo dicho ante la Fiscalía había sido mentira y si el acá acusado le había entregado estupefacientes o armas, respondiendo afirmativamente a lo primero y que ni siquiera conocía a Daniel Zapata Muñoz, a lo segundo. Nada más cuestionó el defensor.

4. En ese contexto, aunque en principio el impugnante pudiera tener razón al pretender se tenga como prueba de

referencia la información introducida tanto con los testimonios de los miembros de la Policía Nacional que conocieron del caso como con una de las supuestas víctimas de desplazamiento forzado por cuanto en verdad, según lo admite además el propio Tribunal, su conocimiento de los hechos no es en manera alguna personal, ni directo, sino derivado de terceros y de fuentes anónimas, no puede sostenerse lo mismo cuando se examina el testimonio de Danny Rojo Quintero y sus declaraciones rendidas fuera del juicio oral, estos es las entrevistas de 27 de mayo y 16 de diciembre de 2015 y el reconocimiento fotográfico de 17 de mayo de 2016.

Lo primero que se advierte es que éstas no fueron solicitadas como prueba de referencia, ni incorporadas como tal en la medida en que el testigo se hallaba disponible en juicio; tampoco fueron utilizadas en el interrogatorio cruzado en orden a refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del declarante; su uso surgió a partir del momento en que éste dijo, en contradicción con sus entrevistas y reconocimiento fotográfico previos, no saber nada y ratificar luego que lo dicho entonces era mentira y que había faltado a la verdad ante la Fiscalía, vale decir fueron utilizadas por corresponder a declaraciones incompatibles con lo declarado en juicio y así como testimonio adjunto.

También se advierte que el testigo se hallaba jurídica y físicamente disponible en juicio, tanto que respondió sin reticencia alguna los cuestionamientos de la juez y en principio los de la Fiscalía y sin oposición alguna los de la defensa, circunstancias dentro de las cuales terminó por retractarse de lo

dicho en sus declaraciones previas señalando ahora no saber nada y tachando sus propias atestaciones de mendaces, afirmación esta que fue ratificada al ser conainterrogado por el defensor, quien así tuvo la posibilidad de ejercer y ejerció la contradicción y confrontación de las declaraciones rendidas por el testigo fuera del juicio oral e incompatibles con lo depuesto en éste.

5. En esas condiciones, cuando eso ocurre, esto es que el testigo se retracta de sus declaraciones anteriores, como en este caso, tiene señalada la jurisprudencia la posibilidad a favor de quien solicitó la prueba, de solicitar la incorporación de éstas a título de testimonio adjunto, siempre y cuando se cumplan los requisitos que permiten mantener el equilibrio entre las garantías debidas al procesado y la necesidad de proteger los derechos de las víctimas en el ámbito de una justicia pronta y eficaz.

En ese contexto, ha reiterado la Sala (SP5102-2021, Rad. 56323), que la introducción de una declaración anterior bajo ese título, supone: *“i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos*

preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “testimonio adjunto” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser conainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser conainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia...”.

Supuestos todos los cuales se satisficieron en este asunto en la medida en que Danny Esteban Rojo Quintero estuvo presente en el juicio oral; la Fiscalía al interrogarlo estableció que se estaba retractando de sus declaraciones anteriores y así lo acreditó ante la juez no solo al obtener del testigo una afirmación de haberlas rendido, sino que lo dicho en ellas era mentira, luego de lo cual, ante la renuencia de aquél las leyó y solicitó su incorporación, a la que accedió el juez dando seguidamente la palabra a la defensa para que conainterrogara, por manera que, además de que en esas circunstancias queda evidente la disponibilidad del testigo, se observaron así los derechos de contradicción y confrontación.

6. Ahora, cierto es que el declarante se trataba de una persona condenada en sentencia ejecutoriada por su

pertenencia al mismo grupo ilegal, pero eso por sí mismo no lo eximía de la obligación señalada en el artículo 383 de la Ley 906 de 2004 de rendir testimonio, mucho menos cuando las preguntas formuladas que pudieran involucrar su propio actuar o el de su cónyuge o compañera o parientes dentro de los grados señalados por el ordenamiento fueron voluntariamente respondidas, sin que además se pretextase la garantía de no autoincriminación, por manera que mal puede ahora aducirse ésta para denunciar la supuesta ilegalidad de la incorporación de esas declaraciones anteriores cuando, como lo señalan Fiscalía y Ministerio Público, ni la naturaleza de las preguntas comprendieron esa garantía, ni era posible alegarla si algún cuestionamiento la incidiera, pues, se reitera, era un testigo condenado por los mismos hechos, esto es la pertenencia a la banda La María de Itagüí, a través de sentencia que se hallaba en firme, según además lo informó el propio declarante.

Tampoco se advierte ilegalidad alguna en la incorporación de esas declaraciones anteriores al juicio porque supuestamente se hayan infringido las normas que regulan el interrogatorio cruzado o la autenticación de documentos pues, en relación con las primeras ya quedó explicitada la manera en que emergió justificado el uso de aquellas, que no lo fueron para refrescar memoria, ni para impugnar credibilidad, mucho menos como prueba de referencia la que por demás no fue solicitada porque aparecía patente que la disposición del testigo era reiterar en el juicio sus aserciones previas.

Y si se trata de la autenticación de documentos, específicamente del reconocimiento fotográfico, incuestionable es que el testigo, como lo reconoce el propio censor, reconoció su firma, por manera que en esas circunstancias se obtuvo el conocimiento cierto de que era él quien lo había suscrito y que por tanto se trataba de un documento auténtico según la definición del artículo 425 id. Que no haya reconocido el contenido de esa diligencia de investigación, no es más que evidencia adicional de su retractación.

7. Por tanto, en acuerdo con la Fiscalía y el Ministerio Público que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, las declaraciones anteriores rendidas por Danny Esteban Rojo Quintero no corresponden en este evento a prueba de referencia toda vez que además de que el testigo, no obstante su relativa reticencia, estuvo disponible en juicio, se retractó de aquellas y en ese contexto fue contrainterrogado por la defensa del acá acusado a quien tales aseveraciones comprometían.

Luego, incorporadas a título de testimonio adjunto, al juez le era imperativo valorarlas para determinar si ellas sustentan o no una sentencia condenatoria, según el estándar previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y no apenas a modo prueba de referencia, como erradamente lo hizo el a quo.

8. En ese propósito, ciertamente dichas declaraciones son las únicas que de manera directa comprometen la

responsabilidad del acusado, no así los testimonios de Juan Manuel Gómez, jefe de la Unidad Básica de Criminalística GAULA; Wilmer Fernando Castañeda Restrepo, Daniel Fernando Toscano Vergara, Diego Fernando Feria, patrulleros de la Policía Nacional; y Miguel Ángel Álvarez Cuartas, desplazado de la vereda La María del municipio de Itagüí y presunta víctima de la organización criminal que operaba en el sector, pues aunque declaran en torno a la existencia de la banda y su accionar, ningún señalamiento concreto y directo hacen del acusado como miembro de aquella, la información que suministran al respecto no lo es porque hayan tenido conocimiento personal e inmediato, sino porque terceros o fuentes anónimas lo aseveraron, luego la misma, en esos términos, corresponde la primera a prueba de referencia y carente de efectos probatorios la segunda, como lo entendieron con acierto los juzgadores y las partes, pero, como ya se ha señalado, no es la que exclusivamente obra en el proceso, ni la que con ese mismo carácter haya examinado el Tribunal en su sentencia de condena.

Sin embargo, dado el contenido de esas versiones ofrecidas fuera del juicio y legalmente incorporadas a éste, los detalles proporcionados que no podría suministrarlos sino alguien que tuviera conocimiento directo de los hechos, así como la condición de quien las rindió, nada menos que uno de los integrantes del grupo ilegal, capturado y condenado por eso, debe concluirse, con el ad quem, que ellas merecen entera credibilidad en cuanto señalan más allá de toda duda a Daniel Felipe Zapata Muñoz como miembro del mismo, encargado de las ilícitas labores que Danny Rojo especificó, nada de lo cual se afecta por el hecho de que éste hubiere suministrado información actualizada a ese

momento en que declaró a pesar de hallarse privado de libertad, pues ella también lo fue acerca de la época en que no se encontraba en cautiverio, no de otra manera se explican sus afirmaciones de que *“Daniel era el encargado en la época de nosotros, traía la droga, como marihuana, perico y ruedas de Santo Domingo para venderla en el barrio, ayudaba a cuidar el territorio, también ayudaba a vender la misma droga que traía...”*.

El cotejo de las declaraciones pasadas y su retractación producida en juicio, no puede sino conducir, de otro lado, a negarle crédito a ésta, pues además de que el testigo no expresó una razón plausible que lo motivara para haberle mentado a la Fiscalía en tres ocasiones distintas, aquellas revelan un conocimiento de sus compañeros del ilegal grupo incompatible con su aserto en juicio de que no sabía nada.

Por el contrario, sus declaraciones del 27 de mayo y 16 de diciembre de 2015 y los reconocimientos fotográficos del 17 de mayo de 2016, dan cuenta de la participación del acusado en el delito que se le imputa; todas, entre sí, rendidas bajo juramento, fueron contestes y coherentes y corroboradas con las declaraciones de los agentes de policía y una de las víctimas en cuanto informan sobre la existencia del grupo y su accionar.

Así, Danny Rojo Quintero señaló al acusado Zapata Muñoz como parte de la banda encargado de surtirla de estupefacientes, detallando el lugar donde residía, identificó a su familia y lo reconoció fotográficamente discriminándolo como uno de los Discípulos, alias que igualmente dan a conocer los agentes de policía que de alguna manera conocieron del caso y lo describió

tanto físicamente como por su usual vestimenta, sin desconocer que la actividad de los Discípulos dentro del grupo ilegal fue constatada relativamente cuando en términos del investigador Juan Manuel Gómez los hermanos conocidos bajo ese alias, a quienes Rojo Quintero individualizó e identificó, fueron aprehendidos en conjunto hallándose en poder de uno de ellos una cantidad de estupefaciente.

En consecuencia, como, de una parte, las declaraciones anteriores al juicio oral rendidas por Danny Esteban Rojo Quintero fueron legalmente incorporadas al juicio y, de otra, ellas no constituyen prueba de referencia, sino de orden sustantivo en cuanto testimonio adjunto, las razones de inconformidad postuladas por el impugnante devienen infundadas, por manera que adquirido con aquellas y periféricamente con las demás recaudadas el conocimiento más allá de toda duda, de que Daniel Felipe Zapata Muñoz incurrió en el delito de concierto para delinquir agravado, en cuanto hizo parte de la banda La María de Itagüí, encargado a su interior del tráfico de estupefacientes, resulta imperativo, tal como lo solicitan los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. No casar la sentencia de segunda instancia proferida el

23 de junio de 2018 por el Tribunal Superior de Medellín.

2. En consecuencia confirmar la condena impuesta a Daniel Felipe Zapata Muñoz como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MIRYAM ÁVILA ROLDÁN

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

CUI: 05266600000020160002301

N.I.: 53901

Casación

Daniel Felipe Zapata Muñoz

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CUI: 05266600000020160002301

N.I.: 53901

Casación

Daniel Felipe Zapata Muñoz

FABIO OSPITIA GARZÓN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria