



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP462-2020

Radicación n° 56051

(Aprobado Acta n° 39)

Bogotá D.C., 19 de febrero de dos mil veinte (2020)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA y por el delegado de la Fiscalía, en contra del fallo proferido el 28 de marzo de 2019 por el Tribunal Superior de Pasto, que condenó al procesado por el delito de prevaricato por acción.

2. HECHOS

Por la naturaleza de la decisión que tomará la Sala, en este acápite se relacionarán los hechos que el Tribunal dio por probados:

En el año 2001, cuando se desempeñada como Juez Penal del Circuito de Ipiales (Nariño), LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA tuvo a cargo un proceso por el delito de homicidio, en el que fueron acusados Charly Díaz Mons, Yesid Márquez Cuartas y Humberto Espinal Muñoz.

En la misma línea de la acusación, el juzgador de primer grado concluyó que ZAMBRANO PORTILLA recibió una suma de dinero indeterminada (*se habla de 40 millones de pesos distribuidos entre varios funcionarios*), a cambio de absolver a los procesados.

Como actos preparatorios de la absolución ilegal, el juez ZAMBRANO ordenó, en la audiencia preparatoria, la ampliación del testimonio de los policiales que capturaron a los presuntos homicidas, así como otros testimonios igualmente solicitados por la defensa. Ello, a pesar de que dicho sujeto procesal no explicó la pertinencia y la conducencia, además de que con esa decisión se trasgredió el principio de permanencia de la prueba, medular en el trámite procesal regulado en la Ley 600 de 2000. Sumado a ello, el procesado omitió decretar, de oficio, el testimonio del tercer uniformado que participó en la referida retención.

Aunado a la anterior *-continuó el Tribunal-*, durante la audiencia de juicio oral el procesado ZAMBRANO PORTILLA:

(i) no formuló preguntas orientadas a aclarar las razones de la retractación de los dos policiales que comparecieron como testigos; y (ii) ante esa situación, omitió decretar de oficio el testimonio del tercer uniformado, a pesar de su importancia para esclarecer el caso.

Finalmente, el 8 de noviembre de 2001 emitió una absolución manifiestamente ilegal, entre otras cosas porque: (i) no valoró la retractación de los principales testigos de cargo a la luz de las pautas jurisprudenciales; y (ii) desconoció las evidencias físicas y los respectivos dictámenes periciales, atinentes a la materialidad de los homicidios y la relación que con los mismos tenía el carro hallado en poder de los procesados, así como los elementos encontrados dentro del mismo.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Aunque los hechos objeto de juzgamiento ocurrieron en el año 2001, la indagación se inició el 2 de septiembre de 2013, a partir de las copias remitidas el 12 de agosto del mismo año por las autoridades de Justicia y Paz, donde se menciona que varios desmovilizados hicieron alusión a un presunto acto de corrupción judicial.

Una vez surtidos los trámites previstos en la Ley 600 de 2000, el 26 de febrero de 2015 la Fiscalía formuló acusación en contra del procesado, por el delito de prevaricato por acción (Art. 413), agravado en los términos del artículo 415 (*recayó sobre un delito de homicidio*) en la modalidad de concurso

homogéneo de conductas punibles. Esta resolución fue confirmada integralmente por la Fiscalía 4^a Delegada ante esta Corporación, mediante proveído del 19 de junio del mismo año.

El 28 de marzo de 2019 el Tribunal Superior de Pasto condenó a LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA a las penas de 62 meses de prisión, multa de 111.22 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 79.21 meses, tras hallarlo penalmente responsable de los cargos incluidos en la acusación, con la aclaración de que se trata de un solo delito de prevaricato, porque las actuaciones realizadas en la audiencia preparatoria y en el juicio, concernientes al decreto y práctica de las pruebas, constituyeron los actos de preparación de la sentencia absolutoria ilegal. Consideró improcedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero le concedió la prisión domiciliaria.

Una de las integrantes de la Sala salvó su voto, tras considerar que no existe prueba de que el procesado haya recibido dinero y porque la sentencia absolutoria que emitió no es manifiestamente contraria a la ley.

Para el mejor entendimiento de este asunto, debe aclararse lo siguiente: (i) la actuación se inició en contra del fiscal de ese caso, el delegado del Ministerio Público y el Juez, pero, finalmente, la sentencia solo cobijó a este último, porque el primero falleció y frente al segundo operó la

ruptura de la unidad procesal; y (ii) en principio, en los cargos se incluyó el delito de cohecho, pero frente al mismo operó el fenómeno jurídico de la prescripción, tal y como lo concluyó la Fiscalía en la fase de investigación.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

Se trata de la condena proferida en contra del procesado, relacionada en el numeral anterior. Para evitar repeticiones inútiles, más adelante se estudiarán los fundamentos del fallo, ya que a los mismos se contrae la apelación interpuesta por la defensa.

5. LA IMPUGNACIÓN

5.1. La defensa

Se refirió a los elementos estructurales de la condena, así:

5.1.1. Sobre la actuación de ZAMBRANO PORTILLA en la audiencia preparatoria

No se le puede censurar al juez por haber decretado la ampliación del testimonio de dos de los policiales que llevaron a cabo la captura, porque: (i) en esencia, el debate se redujo a las circunstancias que rodearon la aprehensión; (ii) su defendido privilegió el principio de inmediación sobre el de permanencia de la prueba; (iii) es contradictorio que el Tribunal le reproche por haber decretado la ampliación de estos testimonios y, a la vez, lo cuestione por no haber

decretado, de oficio, el testimonio del tercer uniformado que conformaba aquella patrulla; (iv) la condena se emitió por el delito de prevaricato por acción, aunque el Tribunal centró su análisis en las supuestas omisiones atribuidas a su representado; y (v) incluso si se aceptara que la decisión acerca de las pruebas no fue suficientemente motivada, de ello no se desprende su manifiesta ilegalidad, sin perjuicio de la ausencia de dolo en el actuar del juez.

5.1.2. “Sobre el prevaricato por acción por valoración de la prueba en la sentencia”

La decisión del Tribunal es equivocada, toda vez que (i) además de valorar información que no hacía parte del proceso que estuvo a cargo del procesado, se limitó a “*anteponer su propia valoración probatoria a la del juez*”; (ii) para realizar dicho juicio de valor, tuvo en cuenta la información suministrada años más tarde por los desmovilizados de Justicia y Paz, así como lo expuesto por el tercer uniformado que participó en el procedimiento de captura; (iii) todo el reproche se estructuró sobre la idea de que era cierto lo que expresaron los desmovilizados acerca del supuesto acto de corrupción; (iv) de haber valorado rigurosamente las versiones de dichos desmovilizados, se hubiera percatado de que ZAMBRANO PORTILLA no pudo ser el destinatario del pago, porque, según los “*colaboradores*”, el mismo ocurrió recién iniciada la actuación, cuando aún no se había designado el juez; (v) tampoco consideró la ausencia de información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se hizo la entrega del dinero, sin

perjuicio de las contradicciones de todo orden en que incurrieron aquellos testigos; y (v) omitió el copioso desarrollo jurisprudencial del delito de prevaricato, especialmente las diferencias entre la corrección de la decisión y su manifiesta ilegalidad.

Aunó sus argumentos a los expuestos por la magistrada que salvó el voto, para solicitar a la Sala que revoque la sentencia condenatoria y disponga la absolución del procesado.

5.2. El delegado de la Fiscalía

Sostiene que el Tribunal debió imponer una pena mayor y, además, negar la prisión domiciliaria. Por el sentido de la decisión que tomará la Sala, no es necesario referirse a los pormenores de esta disertación.

6. LOS NO RECURRENTES

No se pronunciaron.

7. CONSIDERACIONES

7.1. La manera como se estructuró el proceso

El 6 de febrero de 2013 dos investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, adscritos al proceso de Justicia y Paz, presentaron el informe número 200, orientado a *“complementar las labores de verificación pendientes, dentro de los hechos confesados por el postulado*

Roberto Carlos Delgado”, relacionados con la retención y el homicidio de Omar Enrique Marcillo y José Lizardo Bonilla Bastidas, ocurridos entre la noche del 19 y la madrugada del 20 de enero de 2001, en Ipiales –Nariño-.

Por la naturaleza de la misión que les fue encomendada, los investigadores orientaron su labor a verificar la hipótesis factual expuesta por los desmovilizados de las AUC, consistente en que los homicidios en mención fueron perpetrados por miembros de ese grupo armado al margen de la ley, quienes, además, destinaron una suma de dinero para los funcionarios que tuvieron a cargo ese caso. En principio solo se hizo alusión al fiscal.

Para tales efectos, estudiaron el proceso seguido por esos dos homicidios, que terminó con la sentencia absolutoria emitida por el juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA.

Sobre la base de lo expuesto por los desmovilizados, la que armonizaron con los datos plasmados en el proceso que estuvo bajo la dirección del juez ZAMBRANO, los investigadores concluyeron:

Revisado todo el proceso y el aporte de las pruebas técnicas tanto de balística como biológicas que son concluyentes y determinantes con respecto a la participación de los procesados CHARLY DÍAZ MONS, YESID MARQUEZ CUARTAS y HUMBERTO ESPINAL MUÑOZ; es incongruente entonces la resolución del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ipiales de fecha 8 de noviembre de 2001 donde ABSUELVE a los procesados basándose en testimonios y desechando las pruebas técnicas científicas del

proceso y causa igual extrañeza que la Fiscalía Veintiséis Seccional de Ipiales y la Procuraduría no hallan (sic) presentado recurso de apelación alguno contra esa decisión, tomando mayor importancia entonces lo confesado por el postulado ROBERTO CARLOS DELGADO, con respecto a un supuesto acto de corrupción para sacar a sus hombres de la cárcel¹.

A raíz de lo anterior, se inició la investigación que dio lugar al proceso que ahora ocupa la atención de la Sala.

Como este proceso (*a diferencia del trámite de Justicia y Paz*) no está orientado a esclarecer los homicidios de Omar Enrique Marcillo y José Lizardo Bonilla Bastidas, ni a verificar si en la actuación adelantada en el año 2001 se logró dicho propósito, el fiscal del caso seguido en contra del funcionario judicial tenía los siguientes retos: (i) establecer si existió el supuesto acto de corrupción mencionado por los investigadores a partir de los datos suministrados por los desmovilizados; (ii) determinar si la sentencia absolutoria emitida por el juez ZAMBRANO PORTILLA es manifiestamente contraria a la ley, a la luz de la información con la que contaba para ese momento; y (iii) evitar que los datos obtenidos con posterioridad, especialmente los suministrados por los desmovilizados, sesgaran el estudio de la información con la que contaba el procesado para cuando emitió la sentencia cuestionada.

La Sala advierte que el delegado de la Fiscalía dio por cierto lo que mencionaron los investigadores dentro del proceso de Justicia y Paz sobre la “*incongruencia*” de la

¹ Negrillas fuera del texto original.

sentencia absolutoria y el desconocimiento que allí se hizo de las “*pruebas técnico científicas*”. En adelante, la investigación se orientó únicamente a confirmar esa hipótesis, que derivó en otra, según la cual el juez ZAMBRANO PORTILLA efectivamente recibió dinero y, por ello, desde la audiencia preparatoria abonó el terreno para emitir una sentencia absolutoria. Como dicha decisión no fue apelada por la Fiscalía y el Ministerio Público, esta última hipótesis se “*enriqueció*” con la idea de que el Juez, el Fiscal y el Procurador se pusieron de acuerdo para que los sindicatos de los dos homicidios fueran absueltos y esta decisión no fuera controlada por el superior funcional.

Bajo la idea de que el juez recibió dinero para emitir la sentencia absolutoria, el acusador (*y el Tribunal*), interpretaron todas las actuaciones judiciales de una forma que resultara compatible con esta hipótesis. Dicha conclusión también incidió en el análisis de las pruebas que el juez ZAMBRANO PORTILLA tuvo ante sí, bien por la forma como las mismas fueron interpretadas y porque solo se consideraron los aspectos compatibles con la idea de que la responsabilidad penal de los tres procesados era indiscutible, al punto que cualquier decisión contraria resultaba manifiestamente contraria a la ley y era producto del pago referido por los desmovilizados casi una década después.

Finalmente, la Sala encuentra que no existe prueba de que el juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA haya recibido dinero. Según se indicará a continuación, lo que concluyeron la Fiscalía y el Tribunal sobre el particular es

producto de haber abordado las pruebas con la única intención de *confirmar* la hipótesis inicial, que gestaron los investigadores en el proceso de Justicia y Paz a partir de su particular interpretación de lo que dijeron los postulados y de las labores orientadas a la verificación de estas versiones.

Frente al segundo problema probatorio (*y el respectivo juicio de valor*), la Sala concluye que no existen elementos para concluir que la sentencia absolutoria es manifiestamente contraria a la ley, independientemente de que se comparta o no dicha decisión, bajo el entendido de que el estudio sobre el acierto de la misma escapa a la competencia de la Sala, como también estaba por fuera del ámbito de decisión de la Fiscalía y el Tribunal.

Para desarrollar lo anterior, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) relacionará las reglas relevantes para la solución del caso; (ii) estudiará las conclusiones atinentes al supuesto acto de corrupción atribuido al juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA; (iii) se ocupará de las supuestas omisiones en que este incurrió, orientadas, según el acusador y el juzgador de primera instancia, a cumplir lo prometido a cambio del dinero recibido; y (iv) a la luz de las pruebas que el Juez tenía ante sí, establecerá si la sentencia absolutoria puede tildarse de manifiestamente contraria a la ley.

Estos son los ejes temáticos en torno a los cuales gira la impugnación, como también constituyen los pilares de la acusación y la condena.

7.2. Reglas aplicables al caso

Recientemente, la Sala ha precisado que para evaluar la configuración del delito de prevaricato por acción, en el ámbito de la valoración probatoria, es necesario: (i) establecer la realidad procesal que tenía ante sí el procesado para cuando emitió la decisión cuestionada; (ii) evitar la valoración de datos con los que no contaba el procesado y que, por alguna razón, fueron aportados al trámite seguido en contra de este; (iii) una vez establecida dicha realidad procesal, el juzgador *–y, en su momento, el acusador–* debe realizar un juicio de valor orientado a verificar si la decisión es manifiestamente contraria a la ley; (iv) bajo ninguna circunstancia, ese juicio de valor se orienta a establecer la simple corrección de la decisión, como si se tratara de una instancia más; y (v) dicho juicio de valor no puede suplirse con las consideraciones de otros funcionarios sobre los mismos hechos, en el mismo proceso o en uno diferente (CSJSP, 8 mayo 2017, Rad. 48199; CSJSP, 23 ene 2019, Rad. 48199, entre muchas otras).

De otro lado, la Sala ha dejado sentado que cuando concurren hipótesis factuales que descarten la responsabilidad penal, y que encuentren respaldo suficiente en las pruebas practicadas, al punto que puedan catalogarse como verdaderamente plausibles, debe declararse la existencia de duda razonable y emitir el correspondiente fallo absolutorio (CSJSP, 12 oct. 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic 2019, Rad. 55651, entre otras).

Finalmente, como quiera que en algunos apartes de la acusación se hace alusión a comentarios e informes de inteligencia obrantes en el proceso que estuvo bajo la dirección de ZAMBRANO PORTILLA, y que supuestamente no fueron considerados por este, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia de esta Corporación acerca de la validez de las declaraciones anónimas, tanto en el modelo regulado en la Ley 600 de 2000 como en el previsto en la Ley 906 de 2004. Al respecto se ha aclarado que: (i) una declaración anónima no puede ser valorada como prueba, porque implicaría la trasgresión de garantías judiciales mínimas del procesado; y (ii) esa información puede ser utilizada para realizar labores de verificación o para orientar la investigación (CSJSP, 8 jun 2016, Rad. 40961, entre otras).

7.3. El pago que supuestamente recibió el procesado ZAMBRANO PORTILLA

7.3.1. Lo que se demostró en el proceso

Según consta en el proceso (*folios 8 y siguientes, cuaderno original número 1*), la información acerca de la supuesta entrega de dinero a funcionarios judiciales la suministró el desmovilizado Roberto Carlos Delgado, alias “Negro Pacho”, en la versión libre rendida los días **14 y 15 de agosto de 2008**. En esa oportunidad, además de suministrar información útil para esclarecer los homicidios ya referidos, dijo:

*A finales del año 2000 en cercanías del aeropuerto, en operativo militar fueron dados de baja dos integrantes de las FARC, la acción militar fue llevada a cabo por los patrulleros BREKES, JERINGA y OTROS. Luego, fueron perseguidos por la SIJIN capturados posteriormente (sic). Este caso **yo le di más cabeza** y me parece que es el mismo donde capturaron a JERINGA y BREAKERS, a ellos los capturaron cerca al aeropuerto de Ipiales, señor Fiscal no sé si JERINGA está condenado pero BREAKERS ya el había salido ya como yo le dije a usted, yo tube (sic) comunicación con él en el año 2002 el proceso estaba en la ciudad de Ipiales, sí señor fiscal, eso yo puse encargado de eso a CHAQUIRA, señor fiscal, **vino y pidió 40 millones para que para entregarlos al fiscal que lleva el caso** para que no les pusiera una condena muy grande, señor fiscal **lo que sí supe es que no me devolvió la plata a mí**, esto fui (sic) a finales del 2000 y ellos para el 2002 ya estaban en la calle o sea (sic) **le metieron prácticamente un porte o un concierto**, no me enteré en qué fiscalía estaba el proceso, **el informe de la policía me parece que también fue arreglado**, haber señor fiscal no tengo conocimiento pero esa relación me la pasó SHAQUIRA².*

El 23 de junio de 2010, tras señalar que los homicidios se produjeron porque las víctimas le hurtaron una gruesa suma de dinero a unos sujetos de la región, agregó:

Se recuperó una plata hubieron (sic) dos recuperaciones, la otra parte me acuerdo tanto que uno de los dos señores asustado, llegó con una mochila y me dijo vea comandante aquí está para mirar como sacamos a los muchachos, de esa plata del reporte de dos muertos dados de baja allá, cuando me llama no sé si fue la mujer

² Negrillas añadidas. Los errores ortográficos, incluyendo los que no fueron resaltados, corresponden al texto original.

del suboficial del ejército del cabo retenido, no me acuerdo bien y me dice señor fue que se cayeron llorando y le dije yo usted sabe no se ponga a llorar que en la organización estamos presos o estamos muertos, ese siempre era el lema mío, estamos en una organización al margen de la ley, ella me dice señor pero es que no estamos pues trabajando con la misma gente, yo le dije como fueron las cosas, no que los cogieron con unas orejas en los bolsillos y las camionetas llenas de sangre.

El **18 de noviembre de 2013** se tomó declaración jurada a ROBERTO CARLOS DELGADO, para ampliar lo expuesto en la versión libre rendida más de 5 años atrás.

El fiscal formuló la siguiente pregunta:

De versión libre tomada a usted dentro del proceso de Justicia y Paz, a partir de confesión hecha en relación con los hechos de doble homicidio de que fueron víctimas OMAR ENRIQUE MURCILLO y JOSÉ LIZARDO BONILLA BASTIDAS, en jurisdicción del municipio de Ipiales, Nariño, por el cual fueron capturados tres miembros del grupo armado, se desprendió compulsas de copias para investigar a presuntos funcionarios judiciales que colaboraron para que los capturados recobrasen su libertad o se les favoreciera dentro del proceso, recuerda usted ese asunto.

Ante esa pregunta notoriamente sugestiva, el testigo respondió:

*Después de que la gente fue capturada se le dio un aporte de plata a SHAQUIRA, para que el cuadrara urgente la salida de nuestros miembros de las autodefensas de la cárcel de Ipiales, SHAQUIRA me dijo que él iba a hacer las averiguaciones y como a los tres días viajó a la ciudad de Pasto, y ya me dijo que **primero que todo tocaba arreglar para cambiar las pistolas que le habían***

cogido a dicho personal, y segundo que ellos se demoraban entre 8 meses y un año que todo estuviera quieto para así mismo darles la libertad, me dijo que eso valía 40 millones de pesos, **y que los miembros de la fuerza pública que los capturaron tocaba darles otra “liga”**, a su vez como SHAQUIRA lo tenía yo como financiero y abastecedor de alimento y ropa, le dije que yo le daba los cuarenta millones de pesos y el consiguiera para lo de la fuerza pública y me dijera cuanto (sic) les había dado a los que capturaron a los miembros de las autodefensas, ya **a principios de marzo de 2001**³ me llevó una documentación donde me dijo que ya todo estaba cuadrado, que en cualquier momento le dan la libertad a esos señores que no me desesperara mucho ya que todo estaba bien, hasta ahí señor fiscal tengo yo este relato de lo que pasó con estos miembros funcionarios públicos, en sí no le averigüé nombres con quien cuadró, pero **él me dijo que ya el fiscal que llevaba el caso había recibido la plata y que el que iba a dictar el veredicto final lo mismo (...) yo caí preso ya el 21 de marzo de 2001 y ya había quedado todo cuadrado**, ellos salieron como a los ocho, nueve meses, yo estaba en la cárcel nacional Modelo de Bogotá cuando BREKES me llamó a darme las gracias, por lo que yo había hecho por ellos (...)⁴.

A renglón seguido, el fiscal preguntó:

¿Qué seguridad tiene usted de que SHAQUIRA haya pagado en verdad el dinero que usted le dio o autorizó para arreglar con el fiscal del caso y con el funcionario que iba a dictar el veredicto?

Respondió:

Era que uno de estos tres sujetos que fueron detenidos era el segundo al mando mío, alias BREKES y tocaba sacarlo a como

³ Téngase en cuenta que la acusación se emitió el 11 de julio de ese año, tal y como consta a folios 248 y siguientes del cuaderno “anexo # 2”.

⁴ Negrillas fuera del texto original.

*diera lugar, yo era el comandante uno de la zona de Nariño, SHAQUIRA era muy leal, eran órdenes precisas y concisas y para ese tiempo se hacían las cosas o se hacían, **a su vez ahí se miró el resultado** que él sí entregó la plata que se le había dado para sacar a estos tres miembros de la autodefensas (...) por eso encargue (sic) a SHAQUIRA de hombre (sic) de mi entera confianza para que arreglara los pormenores de la salida de estos tres miembros de las autodefensas, a su vez tuvo ordenes (sic) muy precisas de si no se podía a las buenas amenazar parte de familia (sic), hacer presión mejor dicho para que si había una condena en determinado momento no les quedara tan alta, pero esto no fue necesario, se (sic) que no fue necesario porque donde SHAQUIRA hubiera necesitado integrantes de las autodefensas para hacer dichas amenazas o presiones automáticamente me lo hubiera reportado, me hubieran dicho toca hacer esto, o toco (sic) amarrar a la señora del fiscal o del juez (...).*

En su versión libre, Neil Márquez Cuartas, alias “Pateguama”, no suministró información relevante acerca del supuesto soborno.

Por su parte, GUILLERMO PÉREZ, conocido como “Pedro Sevillano”, entre otros alias, sobre el supuesto pago de dinero manifestó:

*[l]a policía detuvo el vehículo en el que se desplazaba el comando de autodefensas en una bomba de gasolina a la salida de Ipiales y allí dio captura a los alias BREKES, el CABO DÍAZ y alias JIRAFÁ. **Estas personas estuvieron detenidas por varias horas pero al no comprobárseles nada fueron puestos en libertad**⁵.*

⁵ Negrillas añadidas.

7.3.2. Lo que concluyó el Tribunal

El fallador de primera instancia realizó un complejo análisis de este aspecto, porque mezcló dos temas diferentes, sin perjuicio de su obvia relación, a saber: (i) los aportes de los desmovilizados para el esclarecimiento de los homicidios, y (ii) la información sobre el supuesto pago que recibió el procesado ZAMBRANO PORTILLA.

La complejidad de esa metodología estriba en que los datos aportados por los desmovilizados casi una década después de terminado el proceso por los homicidios, cambian sustancialmente la apreciación de esos hechos, pues esta nueva información permite comprender y, por tanto, darle una interpretación diferente a la evidencia con la que contaba el procesado para cuando emitió la sentencia.

Así, el yerro argumentativo consiste en tener como indicador de la ocurrencia del pago ilegal, el hecho de que los procesados hayan sido absueltos a pesar de que, **ahora**, se sabe que eran miembros de un grupo armado al margen de la ley, que causaron las muertes y que lo hicieron por unas razones que antes ni se avizoraban.

A su vez, la conclusión sobre la existencia del pago (*con las falencias que se estudiarán a continuación*), llevaron al acusador y al Tribunal a darle una particular lectura a las pruebas y a las actuaciones procesales que se aprecian en el expediente a cargo del juez ZAMBRANO PORTILLA. En ese círculo argumentativo, una premisa infundada se erige en el soporte

principal de otra que, a su turno, se tiene como el soporte de la primera, lo que da lugar a una argumentación cuya solidez es solo aparente.

El Tribunal destinó alrededor de 10 páginas de la sentencia a estudiar la versión de los desmovilizados. Buena parte de ese análisis se centró en los móviles, los autores y las circunstancias que rodearon los dos homicidios.

Al respecto, la Sala debe anotar que, salvo algunas contradicciones, entre ellas las resaltadas en el salvamento de voto elaborado por una de las magistradas de esa Sala, no admite mayor discusión que los otrora integrantes del grupo armado al margen de la ley suministraron información relevante para esclarecer dichos homicidios. Empero, no puede perderse de vista que este proceso no está orientado a esclarecer esas muertes.

Lo verdaderamente relevante son las razones expuestas por el Tribunal para dar por probado que el juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA recibió una millonaria suma a cambio de emitir la absolución.

El juzgador de primer grado dejó sentado que: (i) uno de los comandantes de la organización ilegal –*alias Negro Pacho*– dispuso de 40 millones de pesos para lograr la libertad de sus subalternos; (ii) ese dinero le fue entregado a *alias “Shaquira”*, quien se encargó de hacer los respectivos pagos; (iii) aunque *alias “Shaquira”* no pudo ser localizado, su versión fue traída al procesado a través del testimonio de

“Negro Pacho”; y (iv) en este caso se reúnen todos los requisitos establecidos jurisprudencialmente para darle credibilidad a dicha “*prueba de referencia*”.

Frente al último punto, el Tribunal resaltó que: (i) “Negro Pacho” obtuvo la información directamente de “Shaquira”, lo que permite catalogarlo como “*testigo de referencia de primer grado*”; y (ii) no existe duda acerca de la identidad del testigo que percibió directamente los hechos – “Shaquira”-. Agregó:

En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.

Frente a este tercer punto con la declaración del testigo se tiene que él se comunicó de manera directa con alias Shaquira quien fue el encargado de pagar la ilícita libertad de los investigados por el doble homicidio, quien además lo mantuvo al tanto de la situación. Por otra parte cuando le preguntan sobre si el dinero fue autorizado o entregado por él, manifiesta:

“El dinero es de las cajas menores que utilizaba el grupo en ese momento, los financieros me dan cuenta a mí, yo tengo la plata en el mismo apartamento en Pasto y en Ipiales, yo le entrego a Shaquira los cuarenta millones en efectivo, en horas de la mañana tipo seis o siete de la mañana, en el barrio en la avenida Colombia, junto al batallón Boyacá”.

En cuarto y último término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra

clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorado en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración.

Conforme al cuarto y último punto estima la Sala importante destacar que de acuerdo a la claridad de los hechos con que se cuenta en esta instancia del proceso, las declaraciones del postulado al proceso de justicia y paz, y los elementos materiales probatorios con los que se contaba al momento en el que el juez ahora procesado tomó la determinación de absolver a los investigados por el doble homicidio, permiten determinar que éstas son plenamente creíbles pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar relatadas por el postulado coinciden con lo que consta en expedientes que se tiene (sic) a disposición.

Finalmente, el Tribunal se refirió a lo expuesto por “Negro Pacho” en torno a las razones por las que piensa que el pago efectivamente se hizo. Al efecto, citó el fragmento de este testimonio *–transcrito en precedencia–* atinente a la importancia de uno de los capturados y al hecho de que las órdenes siempre se cumplían.

7.3.3. Consideraciones de la Sala

Según se indicará más adelante, la Fiscalía y el Tribunal le recriminaron al juez ZAMBRANO PORTILLA: (i) no haber analizado adecuadamente el cambio de versión de los policiales que realizaron la captura; (ii) omitir el interrogatorio sobre las razones de ese cambio; (iii) no tener en cuenta factores de mayor credibilidad en casos de

retractación, como la cercanía temporal del relato con los hechos objeto de indagación; (iv) dejar de valorar varias pruebas pertinentes para el problema probatorio en torno al cual giraba el debate, etcétera.

Casualmente, ese tipo de errores son predicables de la acusación y el fallo condenatorio.

En efecto, en la declaración rendida en el año 2008 el desmovilizado conocido como “*Negro Pacho*” señaló que: (i) estaba dubitativo sobre la recordación que tenía del caso; (ii) los 40 millones se destinaron para pagarle al fiscal; (iii) los capturados fueron condenados por porte ilegal de armas o “*concierto*”; y (iv) cree que también se pagó para que “*el informe policial fuera arreglado*”.

El 18 de noviembre de 2013, más de 5 años después, señaló que “*Shaquira*” le dijo que le habían pagado al fiscal y a la persona que tenía a cargo el “*veredicto final*”.

Durante el interrogatorio, la Fiscalía no indagó por la contradicción sobre el destinatario del pago, pues una cosa es que el dinero haya sido entregado a quienes tenían a cargo la instrucción, y otra muy distinta que el juez haya participado en ese supuesto acto de corrupción.

Aunque en el año 2008 el testigo dijo que tuvo que “*darle más cabeza*” para establecer lo sucedido, durante el interrogatorio no se formuló ninguna pregunta orientada a establecer su nivel de recordación 5 años después, máxime

si en el último relato introdujo hechos nuevos. Tampoco se le preguntó de dónde procede el dato (*inexacto*) de que los capturados por el homicidio tuvieron que responder por un “*porte*” o un “*concierto*”, ni se hizo nada para aclarar la notoria inconsistencia de las fechas, pues para el mes de marzo de 2001 el proceso estaba en la fase de instrucción, lo que se contrapone a la hipótesis del pago realizado al juzgador.

De otro lado, aunque se asumiera que el testigo es suficientemente creíble en lo que concierne a la entrega del dinero a su subalterno, de ello no se sigue que el juez ZAMBRANO PORTILLA haya participado en el acto de corrupción. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal incurrió en las siguientes equivocaciones:

En primer término, centra su atención en la versión de “*Negro Pacho*”, que, frente al tema objeto de análisis, solo resulta relevante para establecer la existencia y el contenido de la versión de “*Shaquira*”.

Sin perjuicio de las contradicciones en que incurrió “*Negro Pacho*”, ni de sus notorias dificultades para recordar con precisión lo sucedido (*lo que es trascendente para establecer su credibilidad sobre lo que le escuchó decir a “Shaquira”*), la Sala encuentra que de la declaración de este último, así se aceptara que su contenido es el que predica el otro testigo, no se desprende que el juez Zambrano Portilla haya recibido dinero ni haya participado en algún acto de corrupción.

En primer lugar, en ese testimonio no se menciona que un juez haya recibido dinero. El testigo supuestamente habló del fiscal y de quien debía emitir el “*veredicto final*”, lo que puede tener múltiples interpretaciones, entre otras cosas porque se trata de un proceso regido por la Ley 600 de 2000, donde muchas decisiones trascendentes frente a la libertad personal estaban a cargo del fiscal del caso, las que podían ser apeladas ante otro fiscal de mayor jerarquía.

Al respecto, no puede pasar desapercibido que: (i) en su primera intervención “Negro Pacho” dijo que el dinero estaba destinado para el fiscal y que también pagaron para “*arreglar*” el informe de policía; (ii) en su última declaración dijo que su subalterno, en marzo de 2001, ya había realizado las gestiones que le encomendó; y (iii) para esa fecha, el proceso estaba bajo la dirección de la Fiscalía –*la acusación se suscribió 4 meses después*–.

Sumado a lo anterior, se tiene que la versión de “Shaquira”, así se aceptara que su contenido exacto es el que dice “Negro Pacho”, no incluye un solo dato atinente a la forma como fueron contactados los destinatarios del pago, ni a la fecha, lugar y demás circunstancias que rodearon la entrega.

Así, incluso si se diera por cierto que “*alguien*” recibió dinero para incidir ilegalmente en el proceso seguido por el homicidio, no se cuenta con bases suficientes para concluir que el juez ZAMBRANO PORTILLA hizo parte de ese supuesto entramado criminal.

De otro lado, el Tribunal citó lo expuesto por el comandante paramilitar (“Negro Pacho”), en el sentido de que no duda de que el dinero efectivamente se entregó, bien por la fidelidad de su subalterno (“Shaquira”) y porque en la organización “*se hacían las cosas o se hacían*”. Con ello, tácitamente se descarta una hipótesis que aparece como plausible, consistente en que el comandante entregó el dinero, pero el mismo no fue destinado para el pago a funcionarios judiciales.

Con ese fin, se da a entender que las personas que integraban ese grupo ilegal, o eran suficientemente honradas, o las intimidaciones de que eran objeto resultaban suficientes para disuadirlos de apoderarse de lo que no les correspondía. El Tribunal, según se acaba de indicar, hizo énfasis en lo expuesto por “Negro Pacho”.

Sin embargo, si se analiza con detenimiento lo expuesto por este testigo el 23 de julio de 2010, en la versión libre que rindió dentro del proceso de Justicia y Paz, se advierte que no es categórico en lo concerniente a la claridad y la disciplina en el manejo del dinero. Así, al referirse al proceso de recuperación de la millonaria suma cuyo hurto se atribuyó a las víctimas de homicidio, expresó una notoria preocupación por la justificación de las cantidades “*recuperadas*” y la destinación que se le dio a las mismas, al tiempo que mencionó las pugnas al interior de la organización por el acceso al referido dinero. Dijo:

[e]l dueño de la plata estaba ahí pendiente, estos dos señores estaban ahí pero uno solo, no me grabo bien, pero ambos están implicados por ese momento llega Chaqueta y se pone a hablar con uno de ellos, entonces el le dice, pero ahí no está toda la plata, si habían un poco de fajos, la plata venia presada en fajos de a millón así, pero no, sé que el señor contó y entonces le dijeron a Brekes como ya Brekes ya yo lo tenía encargado entonces le dijeron no está toda la plata, entonces yo le dije a Brekes, le dije usted sabe que cuando ellos roban no se alcanza a recuperar toda la plata, mire lo que pueden sacar y me hace el favor y se viene (...) al otro día que hubo en la mañana o en horas de la madrugada me llamó Brekes y le dije qué pasó que no se ha venido, y me dijo aquí estoy con uno de los cuchos o sea de los dueños de la plata y este señor para que no lo matáramos a si me dijo me dio el otro positivo y yo creo que por la mañana recuperábamos otra plata, ya la otra plata que se recuperó ya no la vi, no señor fiscal el primer monto que ya hablé a usted fue de ahí para arriba fue más o menos mil millones, a mí no o como que no, porque estos señores hablaban conmigo y llamaban a Putumayo los señores y a entonces a mí no me gustó este enlace entre el Putumayo los señores y mi persona, yo les dije aquí estamos haciendo las cosas ustedes no necesitan llamar a nada al Putumayo si quieren así o si no se van (...) ellos decían que la plata según eso era de Daniel, entonces a mí no me gustó este roce yo era muy aparte de eso entonces ya le dije a Brekes como era un amigo de ellos le dije coordine entonces ahí Pateguama o sea no lo volví a ver, el comandante de las autodefensas Camilo pero Daniel decía que la plata era de él, que era el financiero de las autodefensas, entonces a mí no me gustó esa triangulación de ellos, muy aparte de eso que pues por eso casi siempre le dan de baja a uno pues porque si se pierde algo van a decir que fue uno, ni manipulé la plata ni nada tampoco, entonces cuando Brekes me dice eso cuchito ya está la otra ubicación por la mañana conseguimos la otra plata, yo le dije ojo con eso acuérdesse que estamos calientes en Ipiales (...) se recuperó una plata hubieron recuperaciones, la otra plata me acuerdo tanto que uno de los dos señores asustado, llegó con una

*mochila y me dijo comandante vea aquí esta pa que pa mirar como sacamos pa los muchachos (...) reuní al comando Pablo, le dije señor todavía no sabía cuanto habían dado, porque de pronto van a pensar pero es que hay plata y nunca sido ambicioso a la plata, es que esa plata le trae a uno pérdidas la pérdida mía, que de pronto donde yo me ponga ansioso entonces estos señores van a decir que fue que yo les robé o que yo les quité la plata, entonces la plata la tenía ahí (...) se llevó El canoso cuarenta o cincuenta millones de pesos, estos señores en la mochila haciendo así dejaron más o menos cien algo de millones que cuando se le dio la plata al Canoso se le dio pal computador se le dio los dos millones de el, al Canoso cuatro millones de pesos, se les dio la plata pa que se movilizaran pa Ipiales inmediatamente, quedaron como no alcanzaron a quedar seis millones de pesos no alcanzaron a quedar sea lo digo Pateguama me dirá mentiroso pero no alcanzó a quedar más plata (...)*⁶.

Pero incluso si se aceptara, para la discusión, que está demostrado que alias “Negro Pacho” le entregó los 40 millones de pesos a “Shaquira” y que este, a su vez, los utilizó para el acto de corrupción, tampoco podría afirmarse que el juez ZAMBRANO PORTILLA recibió dinero y que ello determinó la absolución que ahora se cuestiona.

Ya se dijo que en la versión de alias “Shaquira”, traída a través de su comandante, no se suministra un solo dato sobre las circunstancias bajo las cuales se entregó el dinero. No se menciona el nombre de ZAMBRANO PORTILLA y ni siquiera se aclara si parte de esa suma se le entregó un juez, ya que solo se mencionó a quien tenía a cargo el “*veredicto final*”.

⁶ Los múltiples errores ortográficos y semánticos corresponden al texto original.

Según se indicó, esta escueta manifestación puede tener múltiples interpretaciones, máxime si se tiene en cuenta el precario nivel educativo de estas personas (*por lo menos el que se intuye del lenguaje utilizado en sus declaraciones*) y las características del sistema de enjuiciamiento regulado en la Ley 600 de 2000, donde las decisiones que afectan la libertad y otras de alta relevancia en la actuación penal están a cargo de los fiscales, como también lo está la resolución de las apelaciones sobre estas materias.

En la misma línea, así se aceptara que esta precaria prueba es suficiente para concluir que el grupo armado al margen de la ley entregó el dinero para que el juez tomara una determinada decisión, tampoco podría afirmarse, en un nivel aceptable de probabilidad, que LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA recibió alguna suma a cambio de emitir una decisión ilegal.

Sobre el particular, el Tribunal, al igual que el acusador, eludió lo expuesto por la juez (*ya jubilada*) Alba Alicia Enríquez de Polo; Fabián Efrén Muñoz, secretario del juzgado donde laboró el procesado y Gilberto Javier Guerrero Díaz, quien para la época de los hechos se desempeñaba como juez en la misma ciudad (Ipiales) y, finalmente, ingresó a la Fiscalía, donde tiene el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal. Los tres se refirieron al señorío y la responsabilidad que caracterizaba a ZAMBRANO PORTILLA, el segundo dijo que el proceso seguido por el doble homicidio transcurrió normalmente y el tercero suministró información importante

sobre el comportamiento del grupo armado al margen de la ley frente a los funcionarios judiciales:

[t]engo que anotar que debido a esa presencia de criminalidad organizada y a la idea de que esta criminalidad lo controlaba todo, incluso a la administración de justicia, surgieron muchos rumores que eran tan repetidos que nos hacían pensar que ello era cierto acerca de la acción de ciertos intermediarios que presumían ser amigos o cercanos de nosotros los jueces y cobraban sumas de dinero a los interesados en algún proceso con el falso pretexto de decir que parte del dinero era para el funcionario judicial y su secretario a efectos de conseguir de ellos un tratamiento favorable o una decisión judicial que los ampara; esta repudiable práctica provocó en algunos momentos que se enlodara el buen nombre de muchos funcionarios judiciales a causa de estos rumores falsos en los que la gente quería era obtener un lucro a cualquier precio (...). En cuanto a las organizaciones armadas ilegales que hacían presencia en esa zona del país tenían como costumbre, como lo enseñaban los rumores o los comentarios sobre el asunto a tratar de aparentar y de hacer creer que ellos controlaban a los jueces y a los fiscales y por esa razón no se antoja que sea ningún despropósito el hecho de que una decisión que le sea favorable a algún integrante de esas organizaciones lo hubiesen presentado como resultado de una estrategia suya haciendo alarde de su capacidad de infiltración y control en la administración de justicia. Eso les aumentaba la idea de poder y la capacidad de intimidación con la que trabajaban.

En síntesis: (i) la única declaración que, de alguna forma, vincula al juez ZAMBRANO PORTILLA con el supuesto de acto de corrupción es la de alias “Shaquira”; (ii) como este testigo no fue localizado, su versión llegó al procesado a través del desmovilizado conocido como “Negro Pacho”; (iii) este entregó dos versiones sobre este aspecto en particular;

(iv) en la primera, dijo que el dinero se destinó para pagarle al fiscal y para “*hacer arreglar*” el informe de policía; (v) en la segunda, rendida más de 5 años después, dijo que el dinero era para el fiscal y para el encargado del “*veredicto final*”; (vi) no se obtuvo un solo dato sobre las circunstancias bajo las cuales se entregó el dinero ni sobre la identidad de las personas que lo recibieron; (vii) no se tienen bases suficientes para concluir que dicha suma, que hacía parte de la multimillonaria “*recuperación*” que hicieron los ilegales, realmente se destinó para lo que el subalterno le dijo a su jefe; (viii) incluso si se aceptara que “Negro Pacho” entregó el dinero a “Shaquira” y que este lo utilizó para lo que le informó a su comandante, no se sabe si lo entregó al fiscal, a los policiales que elaboraron el informe de captura, al juez, o, según la teoría de la acusación, una parte fue a parar a manos del delegado del Ministerio Público; y (ix) igualmente, si a la evidencia se le diera el alcance que no tiene y se concluyera que “Shaquira” destinó la suma o parte de ella para el juez, nunca se estableció si la misma quedó en manos de intermediarios que fingían tener acceso a los funcionarios judiciales –como lo declaró el ahora fiscal delegado ante el Tribunal– o si todo esto hizo parte del propósito de simular un control sobre todos los estamentos, incluyendo el judicial.

Tampoco es admisible lo que expone el Tribunal acerca de los 4 criterios para evaluar la “*prueba de referencia*”. Sin perjuicio de la importancia de estos parámetros, el juzgador descuidó varios aspectos sustanciales, entre ellos: (i) los vacíos y las contradicciones sobre el contenido exacto de esa versión; (ii) el hecho de que ese escueto relato no incluye

nombres ni circunstancias que permitan establecer que el hecho allí narrado realmente ocurrió; (iii) la vaguedad del relato en lo que concierne a la destinación de dinero; (iv) el hecho de que la Fiscalía no le haya pedido explicaciones al testigo –“*Negro Pacho*”- ante la evidente contradicción en el aspecto medular de su relato; (v) las diversas interpretaciones que admite el contenido de la declaración de alias “*Shaquira*”, incluso si se admitiera, en contra de la evidencia, que su comandante fue claro sobre los términos de esa versión; (vi) la armonización de esa declaración con otras pruebas; (vii) la consideración de criterios para abordar los cambios en la declaraciones de los testigos –*que es uno de los aspectos que se le reprochan al procesado*-, pues en el año 2008 alias “*Negro Pacho*” se mostró dubitativo sobre los aspectos que recordaba, por lo que es razonable pensar que 5 años después los problemas de rememoración estaban acentuados; etcétera.

Finalmente, es desacertado concluir que como los desmovilizados entregaron datos creíbles sobre la participación de esa organización en el doble homicidio, entonces debe asumirse que la escueta versión de “*Shaquira*”, traída a través de “*Negro Pacho*”, es igualmente confiable en lo que concierne a la supuesta entrega de dinero.

En efecto, mientras la primera conclusión parece razonable, por el respaldo que encuentra en las pruebas allegadas al proceso, la segunda constituye solo una de las múltiples hipótesis plausibles, relacionadas en los párrafos anteriores. Además, se trata de situaciones factuales muy

diferentes, pues la una atañe al delito de homicidio y la otra a lo sucedido en la respectiva actuación penal.

En suma, las incipientes pruebas recaudadas a lo largo de este proceso dan cuenta de múltiples hipótesis acerca del supuesto pago realizado por el grupo ilegal para lograr la libertad de sus integrantes. Las mismas abarcan desde la inexistencia de ese pago, hasta la posibilidad de que el mismo haya recaído en los policiales, el fiscal, el delegado del Ministerio y el Juez. En ese entramado de hipótesis, la concerniente al pago recibido por el juez ZAMBRANO PORTILLA es una de las más infundadas, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

7.4. Los cargos formulados en contra del juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA

La conclusión infundada acerca de la demostración del supuesto acto de corrupción en el que participó este procesado parece haber dado lugar al **sesgo de confirmación**, pues, en adelante, tanto el acusador como el Tribunal abordaron cada prueba y cada actuación procesal con el único fin de confirmar la hipótesis de que todos los que participaron en el proceso por el delito de homicidio, incluido el juez, recibieron dinero para favorecer a los procesados, dejando de lado otras hipótesis plausibles, que debieron advertirse a la luz de un estudio sereno y ponderado de la realidad procesal.

Como se ha indicado, la hipótesis de la acusación, que fue refrendada en el fallo condenatorio, da cuenta de que el

juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA recibió una suma de dinero *-indeterminada*⁷ de parte de un grupo armado al margen de la ley, a cambio de favorecer a los tres procesados por los homicidios ocurridos entre la noche del 19 y la madrugada del 20 de enero de 2001 en el municipio de Ipiales (Nariño). El acusador y el Tribunal dieron por sentado que para tales efectos el procesado tomó decisiones ilegales en la audiencia preparatoria, encaminadas a facilitar la emisión de la sentencia absolutoria.

Para abordar esta temática, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) estudiará las supuestas acciones ilegales y las omisiones atinentes al desarrollo de la audiencia probatoria; (ii) establecerá si la sentencia absolutoria puede tildarse de manifiestamente ilegal (en este apartado se ocupará de las omisiones durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral); y (iii) analizará las pruebas practicadas en el presente proceso, atinentes a los homicidios juzgados en el año 2001 por el procesado.

7.4.1. El auto proferido el 6 de septiembre de 2001, en desarrollo de la audiencia preparatoria

7.4.1.1. Lo ocurrido en el proceso donde se cometieron las supuestas irregularidades

⁷ Se habla de 40 millones, para el fiscal; para el fiscal y el “encargado del veredicto final”; para el fiscal, el “encargado del veredicto final” y el delegado del Ministerio Público; etcétera.

En esa oportunidad el procesado dio respuesta a la solicitud presentada el 29 de agosto del mismo año por el defensor de los procesados. En ese memorial se pidió:

- 1. Ampliación de la declaración de los señores miembros de la Policía Nacional: sargento CARLOS GÓMEZ OBANDO y agente WILSON HERMES HERMINSUL ROSERO FUERTES, para despejar algunas dudas que se presentan en este asunto.*
- 2. Ampliación de la declaración de los señores WILSON FREYRE y HUMBERTO MORENO, trabajadores de la estación de gasolina denominada "SERVISUR LTDA.", (...) para que hagan saber al juzgado con mayor precisión, algunas circunstancias modales y de tiempo relacionadas con los hechos de que trata este asunto.*
- 3. La declaración de la señora DIANA MARÍA ZULUAGA, extrabajadora sexual, conocida con el alias de "Melissa", quien aportará datos de gran importancia para el proceso de la referencia.*
- 4. Declaración de los señores ÁLVARO RUÍZ y DANIEL ARDILA, cabo y guardián, respectivamente, de la Cárcel Judicial de esta ciudad, quienes depondrán sobre aspectos de interés para los fines del proceso.*
- 5. Declaración del señor JOSE DEBER GÓMEZ, (...) para efectos de que relate todo cuanto sepa y le conste sobre algunas circunstancias que tienen que ver con los hechos de que trata este asunto.*

En el referido auto, el procesado accedió a estas pretensiones, bajo el siguiente argumento:

El Juzgado en consideración a lo planteado por las partes que han intervenido en esta audiencia preparatoria y dado que la petición de pruebas que la defensa allegó al expediente se hizo en oportunidad legal, con la indicación de lo que se pretende demostrar, que a la vez tiende a complementar aspectos

pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, cuestión que hace procedente acceder a ella, razón por la cual consecuentemente, se dispone (...).

7.4.1.2. Lo expuesto por el Tribunal en la sentencia condenatoria

En consonancia con lo expuesto en la resolución de acusación, expuso:

Para el caso bajo estudio, se tiene que dentro del proceso penal que se acusa irregular, el defensor de los procesados por el doble homicidio, solicitó el decreto de la práctica de pruebas, como ampliación de declaraciones, declaración, y constancias expedidas en favor de alguno de los procesados sin señalar la relación que tiene con los hechos y lo que pretende acreditar con ella, requisitos fundamentales para que como se reseñó con antelación, sea factible la práctica de las mismas. Es claro que la petición que realizaba la defensa, no contaba con los mínimos argumentos de pertinencia requeridos y que la decisión que debía adoptar el juez a la luz del artículo 235 de la Ley 600 de 2000, era la inadmisión por cuanto no se indicaba que tuviera la finalidad del esclarecimiento de la verdad sobre la situación fáctica sucedida. Como lo señala el representante de la Fiscalía, si el funcionario judicial consideraba necesario un medio probatorio para el esclarecimiento de la verdad, debió ordenar el testimonio del policial José Bayardo Usamag Rosero, de quien no se había recepcionado el testimonio.

Adicionalmente, es de destacar que solicitó que Carlos Gómez Obando y Hermes Herminsul Rosero Fuertes, intervengan nuevamente, testigos que ya fueron escuchados en dos oportunidades anteriormente. Pruebas que fueron autorizadas por medio de auto de fecha 6 de septiembre de 2001.

Con lo anterior, se desconoció el principio de permanencia de la prueba (trae a colación un fragmento jurisprudencial).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que bajo el régimen de la Ley 600 de 2000, que regula este proceso, el recaudo de los testimonios de los policías que dieron cuenta de la situación de flagrancia bajo la cual fueron capturados los procesados, prueba recaudada en la fase de indagación preliminar, pudo valorarse por el juez al momento de dictar sentencia, toda vez que mantiene su condición de prueba, sin limitación distinta de las que conciernen a su legalidad, licitud, y más si se tiene en cuenta que el defensor no cumplió con la obligación argumentativa de sustentar el objeto de las mismas, porque en aras del principio de contradicción, de la publicidad, la carga para la petición probatoria era de la defensa, señalar el porqué y el fin de cada solicitud probatoria, sustentación que no se tiene y que del memorial obrante a folio 281 del acuerdo de anexos 2, se puede leer en cada petición sustentos como: para que hagan una mayor precisión, que aportara (sic) datos importantes, depondrán sobre aspectos de interés para los fines de este proceso, frases muy generales que no indican una directa relación testigo hecho, para así definir su pertinencia, con aquel sustento cualquier persona puede ser llamada a declarar, pero el proceso penal, con las obligaciones de argumentación limita la concurrencia de medios probatorios ineficaces, por lo que en este caso el juez debió descartar su práctica.

Pero evidentemente, el funcionario judicial no lo hace y de esa manera mediante un decreto de pruebas amañado, confuso, introduce al proceso penal, medios probatorios con los cuales pretende justificar la decisión que más adelante asume.

7.4.1.3. Consideraciones de la Sala

A la Sala, como al Tribunal, no le compete pronunciarse sobre el acierto de las decisiones tomadas por el procesado durante la audiencia preparatoria. Lo que debe determinarse es si las mismas son manifiestamente contrarias a la ley.

Tanto en la acusación como en el fallo impugnado se hizo énfasis en que el auto proferido por el procesado es manifiestamente contrario a la ley, en esencia porque: (i) el defensor no explicó la “*pertinencia y conducencia*”⁸ de las pruebas solicitadas; (ii) las declaraciones de los policiales que llevaron a cabo la captura ya habían sido ampliadas por solicitud de la defensa, por lo que se trasgredió el “*principio de permanencia de la prueba*”; y (iii) si hubiere tenido un interés real en esclarecer los hechos, debió decretar, de oficio, el testimonio del tercer funcionario que participó en el operativo en la referida estación de gasolina. Estas consideraciones giran en torno a la idea de que el Juez tomó estas decisiones con la intención de facilitar la emisión de la sentencia absolutoria ilegal.

Aunque la decisión cuestionada no es un buen ejemplo de *sindéresis* y adecuada motivación, no puede afirmarse que sea manifiestamente contraria a la ley, por lo siguiente:

En primer término, como bien lo afirma la magistrada que salvó su voto, bajo ninguna circunstancia puede cuestionarse la pertinencia de los testimonios de los policiales que realizaron la captura, pues, según se verá más adelante, el aspecto principal del debate en el proceso

⁸ La alusión a la falta de explicación de la conducencia es propia de la resolución de la acusación.

dirigido por el procesado era la relación de los sindicatos con el vehículo donde fueron halladas las armas utilizadas para el homicidio y la sangre y los cabellos de las víctimas. Plantear lo contrario entraña un notorio desconocimiento del concepto de pertinencia, atinente a la relación directa o indirecta del medio de prueba con los hechos objeto de juzgamiento (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

Por las mismas razones, no puede cuestionarse la pertinencia de los testimonios de los trabajadores de la estación de gasolina.

En la misma línea, constituye una impropiedad cuestionar, como lo hizo la Fiscalía, la conducencia de estas pruebas, salvo que se pretenda alegar que un testimonio no es una prueba legalmente idónea para demostrar la participación en un homicidio (ídem).

A pesar de las generalidades expuestas en la acusación y el fallo impugnado, lo que finalmente se cuestiona es que el Juez haya dispuesto la ampliación de los testimonios de los policiales que llevaron a cabo la captura, en contravía, según dicen, del principio de permanencia de la prueba. Para arribar a esta conclusión, se parte de **un hecho ocurrido con posterioridad**, esto es, que estos funcionarios cambiaron su versión en la audiencia de juicio oral.

Para explicar la manifiesta ilegalidad del decreto de pruebas ya enunciado, se asumió que el principio de “*permanencia de la prueba*” entraña la imposibilidad de

escuchar en el juicio oral a los testigos, principalmente cuando sus versiones fueron ampliadas a instancias de la parte que lo solicita. En apoyo de dicha conclusión, el Tribunal hizo una cita jurisprudencial impertinente, a la que le dio un alcance que realmente no tiene. El juzgador hizo la siguiente transcripción:

En primer lugar, ha de tomarse en consideración que el sistema regido por la Ley 600 de 2000, normatividad aplicable al caso concreto, contempla un indiscutible principio de permanencia de la prueba –por contraposición a la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004, que considera prueba únicamente la practicada o aportada en curso de la audiencia de juicio oral-, por virtud del cual, los elementos suasorios aportados de manera legal, regular y oportuna en la investigación previa, la instrucción o el juicio, tienen plena capacidad probatoria y, por consecuencia, dado el principio de libertad probatoria que con el anterior entronca, perfectamente pueden servir para soportar una decisión de condena.

De esta forma, si sucede que la prueba de incriminación sustancial se aportó en un solo momento procesal, dígase la investigación previa o la instrucción, nada importa que en las subsecuentes se dejen de allegar otras o el proceso discorra sin mayores aportes en la materia, pues, si esos elementos comportan el criterio de certeza que para condenar consagra la ley, nada distinto a impartir la correspondiente sentencia debe hacer el juez (CSJ, abril 18 de 2017, Rad. 48965).

Sin mayor esfuerzo se advierte que en este fragmento jurisprudencial simplemente se advierte que en el ámbito de la Ley 600 de 2000 la sentencia puede basarse en las pruebas practicadas durante la investigación previa o la instrucción. De ello no se desprende la imposibilidad de que las pruebas practicadas por la Fiscalía puedan ser ampliadas en el juicio

oral, lo que puede resultar necesario cuando existan ambigüedades o algún aspecto que deba aclararse para la mejor solución del caso.

En lo que atañe a los testimonios de los policiales, el Tribunal no tuvo en cuenta lo siguiente:

En el proceso por el delito de homicidio no se discutió la muerte violenta, ni el hallazgo de un carro en cuyo interior estaban las armas utilizadas para causar las muertes, así como la sangre y los cabellos de las víctimas. El debate se redujo a la relación de los procesados con el vehículo en mención. En efecto, mientras la Fiscalía sostuvo que dos de ellos estaban dentro del rodante y el tercero se aprestaba a ingresar al mismo cuando fueron capturados por los policiales (*esta hipótesis se sustenta en la declaración de los uniformados y los trabajadores de la estación de gasolina*), la defensa alegó que los tres hombres casualmente estaban ingiriendo licor en ese lugar y que ninguno de ellos fue hallado en el carro o le fue encontrada la llave del mismo.

Ante la inexistencia de pruebas “*directas*” de la participación de los tres procesados en las muertes, así como de otros hechos indicadores que tuvieran una conexión directa con una conclusión en ese sentido, la acusación se basó, en esencia, en que estos estaban a cargo del carro donde se hallaron las armas y las demás evidencias atrás relacionadas.

Como bien lo resalta la magistrada que salvó el voto, no puede afirmarse que los testimonios de los uniformados eran tan claros que el hecho de decretar su ampliación constituye una decisión manifiestamente contraria a la ley. Ello, sin perjuicio de que estas pruebas eran determinantes para resolver el caso.

En el informe presentado el 20 de enero de 2001 (folios 53 y ss), los policiales dejaron sentado que

*[l]os antes mencionados fueron retenidos hoy hacia las 6:50 horas en el sector de la Estación de Servicio ubicada hacia la salida a Rumichaca, fue visto un vehículo marca Chevrolet tipo campero, color verde, de placas AUN-451, **ocupado por los antes mencionados** a quienes se les solicitó disponerse para una requisita y se encontró en el interior de ese carro, bajo los asientos, los siguientes elementos (...).*

*Los sujetos retenidos al momento del procedimiento **mostraban síntomas de embriaguez y por ello no dieron justificaciones para la tenencia de los elementos relacionados**⁹ (...).*

Posteriormente, en sus declaraciones los uniformados coincidieron en que: (i) esa mañana recibieron el reporte de un vehículo hurtado, por lo que realizaron los patrullajes respectivos; (ii) vieron dicho carro en una estación de gasolina, el cual no pudieron abrir porque las puertas estaban aseguradas; (iii) aproximadamente cinco minutos después se percataron de la presencia de otro automotor – *donde se encontraron las evidencias*- y de tres sujetos que presentan signos evidentes de embriaguez.

⁹ Negrillas fuera del texto original.

El agente Hermes Rosero Fuertes señaló que *“después de haber encontrado la camioneta observamos tres personas que estaban dentro del vehículo campero color verde (...) ellos estaban en el campero, como que era de estos señores”*.

Por su parte, el sargento Carlos Gómez Obando dijo haber visto el mismo carro, *“en el cual se hallaban tres ciudadanos (...) al momento que los notamos, las puertas se encontraban abiertas, uno de ellos se encontraba bajado, en el piso y los dos siguientes daban a entender que acababan de subirse, por cuanto se estaban acomodando, terminando de sentarse”*. Cuando se le preguntó por la reacción de dichos sujetos, dijo: *“ellos simplemente informaron o manifestaron que se encontraban ahí tomando licor y efectivamente sí mostraban síntomas de ebriedad, con relación a las armas no manifestaron nada al respecto”*.

En la ampliación de su testimonio, llevada a cabo el 15 de febrero de 2001 (folios 206 y ss), el agente Rosero Fuertes, tras aclarar que nunca hallaron la llave del referido carro y que los retenidos no opusieron resistencia, expresó:

[p]ues lo que yo pude observar uno de ellos estaba fuera del vehículo campero, a un lado del vehículo a unos metros del carro, y los otros dos estaban dentro del vehículo, no recuerdo exactamente, pero uno de ellos como en la parte de adelante lado derecho, del otro no me acuerdo, pero sí estaba dentro del vehículo (...) pues por lo que yo pude observar, que dos de ellos se bajaron del vehículo (...) ellos manifestaron que no tenían conocimiento de esos vehículos, que ellos estaban tomándose un trago ahí, no más.

Al día siguiente, el sargento Gómez Obando señaló que los tres sujetos *“demostraron un comportamiento normal, por cuanto no se miraban (sic) en ellos su intención de entorpecer nuestro procedimiento, aclarando que sí presentaban síntomas de haber consumido sustancias alcohólicas”*. Confirmó que dos de los sujetos estaban dentro del carro y otro en la parte externa.

En una nueva ampliación, llevada a cabo el 3 de mayo del mismo año, Gómez Obando se refirió a las prendas de vestir y características físicas del sujeto que estaba fuera del carro. Señaló que este se encontraba aproximadamente a tres metros del rodante y que *“para mí personalmente deduciría que la persona que pretendía acercarse al vehículo y reunirse con los dos que ahí se encontraban, por cuanto las tres personas aprehendidas se encontraban consumiendo bebidas embriagantes”*.

Bajo el entendido de que a la Sala no le corresponde realizar un estudio acerca del acierto de la decisión tomada por el procesado, resulta suficiente con resaltar que, en ese momento y bajo las circunstancias anotadas, ordenar la ampliación de esos testimonios no puede catalogarse como una decisión manifiestamente contraria a la ley, entre otras cosas porque algunos aspectos no habían sido suficientemente aclarados, entre ellos: (i) el nivel de ebriedad de los aprehendidos; (ii) la notoriedad de la patrulla que llegó al lugar a indagar por el vehículo hurtado; (iii) la posibilidad que tuvieron los tres sujetos de alejarse del lugar mientras los uniformados centraban su atención en la camioneta; (iv)

la posibilidad de que los ebrios hayan ocultado las llaves del campero; (iv) las labores realizadas para encontrar las mismas; (v) si los retenidos se pronunciaron o no frente a su relación con el vehículo y las armas (*en el informes se dejó anotado que no, por su ebriedad; luego se dice, sin mayor precisión, que negaron tener vínculos con dicho carro*); y (vi) si se dispusieron medidas para tomar huellas dactilares a las armas y/o al vehículo, o, por lo menos, para salvaguardar este tipo de evidencias. Lo anterior, valga la repetición, sin perjuicio de que estas pruebas eran determinantes para resolver el caso, porque dan cuenta del único hecho indicador relacionado directamente con la posible participación de estos sujetos en los homicidios que fueron detectados luego de realizada la captura por el porte de las armas.

Por idénticas razones, puede concluirse que no es manifiestamente contraria a la ley la decisión de ampliar los testimonios de algunos trabajadores de la estación de gasolina donde se realizó el operativo, máxime si se tiene en cuenta que los precarios interrogatorios realizados por la Fiscalía generaron confusión sobre algunos aspectos relevantes, tal y como se analizará más adelante cuando se estudie la sentencia emitida por el procesado.

En síntesis, aunque no se comparta la decisión emitida por el juez (*lo que escapa a la competencia de la Sala*) o se estime insuficiente su motivación, no existen razones para concluir que el auto proferido en desarrollo de la audiencia preparatoria es manifiestamente contrario a la ley.

Al efecto, debe resaltarse que el acusador y el Tribunal expusieron que el juez debió ordenar, de oficio, el testimonio del otro policial que participó en el operativo. Lo anterior amerita los siguientes comentarios:

La Fiscalía fue quien decidió escuchar en declaración a dos de los uniformados. Para ese momento no existían razones para pensar que el delegado del ente acusador tenía la intención de favorecer a los procesados, al punto que los había afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva.

La retractación de los policiales ocurrió en la audiencia de juicio oral, por lo que no es posible censurar al juez por no haberse anticipado a dicha situación y, en consecuencia, haber ordenado el testimonio del tercer uniformado.

Finalmente, resulta equivocado estructurar un cargo por prevaricato por acción, cuando la premisa fáctica da cuenta de la omisión de un supuesto deber. Frente a este punto también se comparte la postura de la magistrada disidente.

7.4.2. La sentencia absolutoria emitida por el procesado¹⁰

Luego de relacionar los alegatos de las partes, el Juez concluyó que no existía mérito para condenar a los procesados.

¹⁰ Se observa en los folios 52 y siguientes del cuaderno de anexos número 3.

En primer término, dio por probado: (i) la ocurrencia de los dos homicidios; (ii) las causas de esas muertes; (iii) la relación que existe entre las armas y las demás evidencias halladas en el campero, con los homicidios imputados a los tres procesados; y (iv) la presencia de estos en la estación de gasolina ya mencionada.

Luego, resaltó que no existe “prueba testimonial” de que los capturados participaron en el homicidio, por lo que su responsabilidad debía evaluarse en el ámbito de la “prueba indiciaria”. Dijo:

En efecto desde un comienzo la Fiscalía basó su decisión de vincular a los tres procesados con fundamento en la prueba del indicio que se infería de la presencia de los tres involucrados en el sector en donde también fueron encontrados los dos rodantes puntualizados en precedencia, porque según su criterio y análisis probatorio del informe policivo dos de los procesados se encontraban en el interior del campero, en donde fueron encontradas las armas de fuego y las evidencias físicas de sangre y fragmentos de cabello que hacían apuntar la inferencia hacia la autoría de los implicados como presuntos responsables del doble homicidio. (...)

En verdad el punto medular sobre el que gira la controversia de la defensa y la acusación es justamente el atinente a la autoría del doble homicidio.

Para el juez ZAMBRANO PORTILLA, la situación del procesado Díaz Mons era mucho más clara, porque no se encontraba en el interior del carro y porque, en su opinión, su versión sobre la presencia en la estación de gasolina fue

respaldada por los testigos de la defensa. Sobre este tema, concluyó:

En ese contexto probatorio puede decirse que el procesado ha demostrado que durante la noche del 19 de enero el estaba en esta ciudad y que al otro día se dirigía hacia su casa en el barrio Miramontes y fue por una casualidad que se encontró con uno de los procesados que era amigo suyo y por ello se apeó del taxi mencionado por los testigos anteriormente citados y se quedó en la estación de servicio cuando llegó la Policía y los capturó.

No hay razón para no dar crédito a estos testigos, especialmente a los dos últimos mencionados (el taxista y la persona que lo acompañaba), quienes con mucho detalle y en forma hilvanada deponen las circunstancias en que encontraron a este procesado en el sector del bar "Nathalias" y lo llevaron hacia el sector del barrio Miramontes. Si ello es así se descarta de plano su participación en el ilícito y cobra fuerza su explicación de que, como lo dice su defensor, su presencia en el sitio fue circunstancial.

Frente a los otros dos procesados, resaltó los testimonios que confirman que estuvieron ingiriendo licor la noche anterior y que luego se trasladaron hasta un prostíbulo, en horas de la madrugada, pero como no les permitieron el ingreso se trasladaron hasta la estación de gasolina para tratar de abordar un taxi. Igualmente, se refirió a las declaraciones que ubican a Humberto Espinal Muñoz como un pintor que había realizado trabajos en la cárcel de esa localidad.

Sobre esa base, hizo énfasis en que

[e]n la audiencia pública los policiales que participaron en la captura de los implicados (HERMES H. ROSERO y CARLOS GOMEZ OBANDO) quienes aclaran que no pueden verificar con absoluta precisión si dos de los procesados se encontraban dentro del automotor campero SAMURAI y que se limitaron a informar lo que el agente que los comandaba (USAMA ROSERO) había manifestado en su informe, pero que la captura se produjo porque los tres estaban cerca del rodante y les pareció sospechosa su presencia en dicho sitio junto a ese rodante, en el que se encontraron las tres pistolas, los celulares y los rastros de sangre y fragmentos de cabello, que a la postre resultaron pertenecer a los cuerpos de los obitados, como ya se dejó puntualizado en acápite que preceden.

En ese contexto la inicial versión policial se degrada y pierde credibilidad, pues no hay certeza de que dos de los procesados hayan estado al interior del rodante y más bien hace inferir que en el afán de capturarlos y en excesivo celo profesional se apresuraron a plasmar en el informativo que dos de ellos estaban en el interior del rodante para justificar la captura.

Por otro lado resulta inverosímil que los procesados que conocían la presencia de la Patrulla Políciva en dicho sitio, como quiera que su notoriedad y características denuncia su presencia en cualquier lugar, se hayan quedado tan campantes e inmutables en el interior del rodante, sin las llaves de conducción del vehículo y a la espera de ser capturados con las manos en la masa. Se reitera que las declaraciones de los agentes en la audiencia pública desvirtúa la solidez que en principio tuvo el informe policivo y su instructiva posterior y por el contrario hace surgir en el juzgador la duda respecto a que los procesados hayan estado en el interior del rodante.

Por otro lado, los celadores del lugar no atinan a explicar en forma contundente si los tres procesados capturados eran los mismos que dejaron los rodantes en dicho sitio, e incluso uno de ellos

manifiesta que vio que dos de ellos se alejaron del lugar en forma apresurada y no pudo reconocerlos. Es decir, tan probable es que dos de los procesados ya determinados en precedencia haya estado junto al rodante porque fueron ellos los que los abandonaron en ese sitio, como que ellos llegaron allí circunstancialmente y se quedaron a la espera de algún taxi que los llevara a la ciudad; lo cierto es que no hay certeza de ese hecho y ello conduce a establecer lo siguiente: No se puede inferir en forma inequívoca que por haber estado dos de los procesados en dicho sitio, sean ellos los autores del doble homicidio (...).

A renglón seguido, el juez ZAMBRANO PORTILLA resaltó: (i) si se hubieran tomado huellas dactilares, este asunto se hubiera aclarado suficientemente; y (ii) el hallazgo de los pabellones auriculares cerca del lugar de captura es igualmente compatible con la hipótesis de que fueron otros quienes causaron las muertes.

7.4.2.1. Lo expuesto por el Tribunal

En el fallo impugnado se resaltó que: (i) no se discute la materialidad de los homicidios, ni la utilización de armas de fuego para su perpetración; (ii) también quedó por fuera del debate el hallazgo de las armas, la sangre, los cabellos y los teléfonos celulares en el vehículo ubicado en la estación de gasolina; (iii) se probó que las armas en mención fueron utilizadas en los homicidios y que la sangre y los cabellos provenían de las víctimas; (iv) el taxi de los afectados fue encontrado en el establecimiento denominado “Afrodita Show”, notoriamente desvalijado; (v) aproximadamente a 70 metros de la estación de gasolina fueron hallados los pabellones auriculares de las víctimas; (vi) los tres

capturados en la estación de gasolina se identificaron con nombres falsos; (vii) uno de los procesados, quien se desempeñaba como cabo del Ejército, mintió en cuanto dijo que estaba gozando de un permiso, cuando lo cierto es que estaba evadido de su guarnición; y (viii) este procesado ingresaba a su sitio de trabajo con tres hombres, de quienes decía eran sus familiares.

De otro lado, sostiene que el campero, las armas y las demás evidencias les fueron incautadas a los tres procesados, lo que, precisamente, constituyó el tema de debate en el proceso adelantado por el doble homicidio.

Luego de referirse a las versiones de los indagados y a las pruebas que les sirven de respaldo, expuso lo siguiente sobre la manifiesta ilegalidad de la sentencia absolutoria:

*[e]n este orden, teniendo en cuenta que la retractación de los testigos fue situación que de acuerdo a la apreciación del juez, le permitió afirmar que no se contaba con prueba testimonial que probara la autoría de los hechos por parte de los procesados, y que en consecuencia le permitió absolverlos **y desechar de esta forma las pruebas técnicas científicas de balística y biológicas que se obtuvieron a lo largo de la investigación, que a juicio de esta Sala se trataba de pruebas concluyentes y determinantes en el proceso.** Se considera que la actuación obedece a la intención del funcionario judicial de beneficiar a los procesados, o un posible acto de corrupción ahora confesado por los postulados al proceso de justicia y paz¹¹.*

¹¹ Negrillas agregadas.

Luego de transcribir algunos apartes jurisprudenciales atinentes a la retractación de testigos, resalta que las versiones rendidas por los policiales antes del juicio oral son más creíbles, bien por su mayor proximidad a los hechos y porque coincidieron al afirmar que los procesados estaban a cargo del vehículo donde se encontraron las armas y los demás elementos atrás relacionados. Agrega que el procedimiento se llevó a cabo en horas de la mañana, por lo que los servidores públicos “*contaban con buenas condiciones de visibilidad*”. Concluye:

De esta manera, podemos indicar que el juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA realizó una errada valoración de los testimonios rendidos por los uniformados que son los únicos testigos que inicialmente dieron cuenta de la situación de flagrancia en la se encontraron los procesados, no se interroga el motivo de la retractación de estos testigos; adicionalmente, el Juez no realizó en ningún momento la valoración de estas retractaciones para verificar la validez de las mismas.

*Adicionalmente, del estudio del material probatorio obrante en el proceso, se considera que existía prueba suficiente sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los acusados, descartando la duda que pregonaba el juez, pues teniendo en cuenta, que no obstante los testigos se retractaron de lo afirmado inicialmente, valorada la prueba en conjunto, se determina que las primeras versiones rendidas apenas ocurridos los hechos, merecen total credibilidad, en las cuales se narró **de manera espontánea y sincera** lo percibido, sin denotar ningún interés en favorecer o afectar a los procesados. Contrario a lo que sucede en la retractación, **donde se puede afirmar que la única intención de los testigos es desvirtuar la situación de flagrancia**, en este punto además se cuestiona el actuar del juez toda vez que si en realidad su actuar estaba dirigido a conocer la verdad, debió interrogar al último de los*

*policiales que intervino en el operativo, **toda vez que este era la persona idónea para clarificar las circunstancias de las cuales existía duda en ese momento conforme las declaraciones que realizaron los uniformados en la audiencia pública.***

Adicionalmente, si no decidió hacer uso de la facultad de decretar pruebas de oficio y citar al tercer testigo ausente, es decir, al agente Usamag Rosero, se esperaría que correspondía en su papel de juez del caso, evaluar las retractaciones de los testigos, tal como lo ordena reiteradamente la jurisprudencia sobre el tema. Pues si se aceptara que lo presentado fue una retractación, esta no opera automáticamente, sino en el presente caso correspondía al juzgador analizar qué valor le otorga a la misma, y no descartar de plano las declaraciones iniciales tal como lo hizo.

*En el caso particular, una vez analizada la retractación, en su forma y contenido, se tiene que más allá del **reciente y sospechoso interés por exculpar de toda responsabilidad** a aquellas personas respecto de las cuales se habían realizado contundentes y sólidos señalamientos; estima la Sala, contrario a como lo hizo el juez de conocimiento, que no debió asignarles la más mínima credibilidad a estas nuevas e incoherentes versiones en forma de retractación.*

A renglón seguido, y en la misma línea del fiscal acusador, el Tribunal resaltó que en el proceso seguido en contra del juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA fue llamado a declarar el policial José Bayardo Usamag Rosero, quien, en su opinión, suministra **nuevos datos** que confirman que sus compañeros de patrulla faltaron a la verdad en su retractación. Al respecto, en el fallo impugnado se lee lo siguiente:

*Del contenido de la declaración se desprende la importancia y necesidad que existió de convocarlo a la investigación como la persona que podía dilucidar la situación de la captura, si los medios testimoniales existentes no le daban la claridad al juez procesado, y resulta (sic) de gran significación dos aspectos principales, en primer lugar que como bien lo afirma José Bayardo Usamag nunca fue citado para rendir declaración acerca de este proceso; y en segundo lugar que los policías que participaron en la captura de los procesados se encontraban en las mismas condiciones de él, **por lo que su retractación no tiene fundamento alguno**¹².*

Finalmente, el Tribunal se refirió con amplitud a las versiones suministradas varios años después por algunos desmovilizados de un grupo armado ilegal, dentro del proceso de justicia y paz. Al respecto, la Sala se remite a lo expuesto en los numerales anteriores.

7.4.2.2. Consideraciones de la Sala

De nuevo, debe resaltarse que a la Corte no le compete pronunciarse sobre el acierto de la sentencia absolutoria emitida por el juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA. Por la naturaleza del presente proceso, el análisis se reduce a establecer si esa decisión es manifiestamente contraria a la ley.

Inicialmente, debe resaltarse que al acometer esta tarea el Tribunal incurrió en varias imprecisiones, entre ellas: (i) tal y como lo hizo la Fiscalía al estructurar la acusación, resaltó las supuestas omisiones atribuidas a ZAMBRANO

¹² Negrillas agregadas.

PORTILLA, a pesar de que no se estructuró un cargo por el delito de prevaricato por omisión; (ii) cuando abordó el análisis de la manifiesta ilegalidad de la sentencia absolutoria, en varias oportunidades se limitó a emitir las conclusiones, que solo tienen como fundamento adjetivos carentes de desarrollo; (iii) en varios apartes de su decisión el Tribunal parece realizar un juicio de corrección de la decisión tomada por el procesado, ajeno al estudio de si la misma es manifiestamente contraria a la ley; y (iv) para valorar la retractación de los policiales durante el juicio oral seguido por el delito de homicidio, se basó en información suministrada en este proceso –el seguido en contra del juez– por el otro uniformado que participó en el operativo. Lo anterior, sin perjuicio de algunos yerros argumentativos que serán resaltados más adelante.

7.4.2.2.1. Las omisiones atribuidas al procesado, supuestamente ocurridas en desarrollo del juicio oral

Frente a este aspecto, en la acusación y en el fallo impugnado se dijo insistentemente que el Juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA incurrió en varias omisiones atinentes a las pruebas practicadas en el proceso que estuvo bajo su dirección. En esencia, se le cuestiona que no haya interrogado a los uniformados sobre los motivos de su retractación y que no haya decretado el testimonio del tercer policial, a sabiendas de que ***“era la persona idónea para clarificar las circunstancias de las cuales existía duda en ese momento conforme las declaraciones que***

realizaron los uniformados en la audiencia pública”.

Estos asertos ameritan varios comentarios:

En primer término, el Tribunal incurre en una contradicción sobre la trascendencia de la retractación de los policiales y de la actuación del juez frente a ese aspecto en particular.

Como acaba de resaltarse, hizo hincapié en que la declaración del tercer uniformado que participó en el operativo era determinante para ***“clarificar las circunstancias de las cuales existía duda en ese momento conforme las declaraciones que realizaron los uniformados en la audiencia pública”.*** Sobre esta base, adoptó lo expuesto por la Fiscalía en la acusación, sobre las supuestas omisiones en las que incurrió el procesado. Ello, se insiste, a pesar de que no se estructuró un cargo por el delito de prevaricato por omisión.

De otro lado, da a entender que dicha retractación es intrascendente, al punto que la única postura posible era darle credibilidad a lo que plantearon los uniformados por fuera del juicio oral. Por tanto, como el procesado llegó a una conclusión diferente, su decisión debe catalogarse como manifiestamente contraria a la ley –concluyó–.

Advierte la Sala que, si la retractación carecía de trascendencia, no existirían bases para concluir que el Juez incurrió en un delito por no decretar, de oficio, el testimonio del otro funcionario de la Policía Nacional. Y si, por el

contrario, el cambio de versión generó dudas sobre este aspecto medular del debate, no puede afirmarse que la decisión tomada por el Juez **-así no se compart-** es manifiestamente contraria a la ley, precisamente porque el testimonio de los policiales es el principal soporte de la conclusión atinente al vínculo de los procesados con el campero ya mencionado, lo que, a su vez, se erige en el único hecho indicador de su participación en el homicidio. Estos temas serán ampliados más adelante.

Del mismo nivel es lo que plantean el acusador y el Tribunal acerca de la pasividad del juez ZAMBRANO PORTILLA durante el interrogatorio del agente y el sargento que comparecieron al juicio oral.

Sin que se haya estructurado un cargo por esas supuestas omisiones, a ZAMBRANO PORTILLA se le cuestiona no haber indagado por las razones de la retractación. Este reproche gira en torno a la idea de que la Fiscalía tampoco incluyó este tema en su interrogatorio, pues, si se acepta que lo hizo, el reproche hecho al juez carecería de sentido.

En los folios 291 y siguientes del anexo número 2 reposa el acta de lo sucedido en el juicio oral. En la página 296 consta que el fiscal, luego de que el policial Rosero Fuertes fuera sometido a la ampliación pedida por la defensa, le preguntó:

En ampliación de declaración anterior, la que (sic) asistió el doctor Rodolfo Grijalva, concretamente manifiesta esto al interrogársele por el señor defensor sobre este aspecto en concreto, sobre lo que estamos

hablando anteriormente respecto a la ubicación del procesado usted dice: “ratifico como ya lo declaré en mi primera diligencia que los ciudadanos retenidos, dos de ellos sí se hallaban dentro del vehículo samurái verde y se efectuó la retención de esas personas”. No sé a qué atribuye esa contradicción ahora.

El testigo reiteró lo que había expuesto en precedencia, en el sentido de que no observó a los procesados dentro del carro y que lo que se plasmó en el informe corresponde a los datos que les suministró el otro policial que participó en el operativo:

Eso fue, eso se hizo para la ratificación del informe y pues como éramos tres compañeros que estábamos conociendo el caso, pues nos basamos a la, yo especialmente me basé en la versión que dio el otro compañero, precisamente eso fue la... y de allí sí legalizar la retención.

La misma pregunta le fue formulada a Carlos Gómez Obando (folios 307), quien confirmó lo expuesto por su compañero Rosero.

Aunque este tema no fue explorado exhaustivamente, ni el interrogatorio pueda tenerse como un ejemplo de buena práctica, no puede afirmarse que durante el juicio pasó inadvertida la retractación de los policiales, ni que las partes obviaron indagar por las razones del cambio de versión, al punto que pueda tildarse de delictiva la decisión del juez de no realizar preguntas adicionales.

Llama la atención, eso sí, que ZAMBRANO PORTILLA no haya ordenado el testimonio del tercer policial, bien porque

los otros dos les dieron un giro sustancial a sus relatos y porque, además, expresaron que su compañero fue quien pudo observar directamente la ubicación de los tres sujetos respecto del vehículo donde se hallaron las armas y las otras evidencias ya mencionadas.

Sin embargo, como no se estructuró un cargo por dicha omisión, no es legalmente admisible realizar un juicio de reproche por esa conducta. Ello, sin perder de vista la pena que en ese entonces tenía asignada ese delito y el largo tiempo que transcurrió entre los hechos (año 2001) y la acusación (19 de junio de 2015), lo que, precisamente, dio lugar a la prescripción por el delito de cohecho.

A todo lo anterior deben sumarse los protuberantes errores en que incurrieron los servidores públicos que intervinieron en la investigación del doble homicidio, a los que se hará alusión más adelante.

En todo caso, la Sala considera que este tipo de fallas en el manejo de los procesos no son indicadores suficientes de actos de corrupción. De hecho, tal y como se explicó en otros apartados, en el proceso que se sigue en contra del juez ZAMBRANO PORTILLA el fiscal acusador no se percató de las inconsistencias del relato de alias “Negro Pacho”, quien en su primer relato dijo que el dinero iba destinado al fiscal y, 5 años después, señaló que los destinatarios del pago fueron el delegado de la Fiscalía y el “*encargado del veredicto final*”. Tampoco se le indagó por sus asertos acerca de que los tres capturados fueron condenados por porte de armas y

“*concierto*”, ni se exploró lo atinente al dinero que supuestamente pagaron para que el informe policial “fuera arreglado”, lo que era determinante para desarrollar una de las hipótesis más plausibles para ese entonces: que el proceso fue manipulado por los policiales que tuvieron a cargo el operativo de captura. Asimismo, pasó inadvertido lo que al parecer dijo alias “Shaquira” sobre la destinación de dinero para el cambio de las armas, pues, según las constancias procesales, el mismo nunca ocurrió.

7.4.2.2.2. Los fundamentos de la conclusión acerca de la manifiesta ilegalidad de la sentencia absolutoria

El Tribunal, en la misma línea de la acusación, hizo énfasis en que “*existía prueba suficiente sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los acusados*”. Señaló, además, que la valoración de las pruebas “**en conjunto**” permite descartar la duda aducida por el juez ZAMBRANO PORTILLA.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que a lo largo del proceso por el delito de homicidio no se discutió la ocurrencia y causas de las muertes, ni los hallazgos hechos en el vehículo tipo campero (*armas, sangre, cabellos, teléfonos celulares*). De hecho, en una de sus intervenciones el defensor de aquellos procesados señaló que, si los cuerpos de las víctimas también se hubieran encontrado en dicho carro, la situación de sus representados sería exactamente la misma,

pues, según su hipótesis factual, estos no tenían ninguna relación con ese automotor.

No puede pasar inadvertido que la Fiscalía, si bien ordenó múltiples actos de investigación orientados a establecer la procedencia de la sangre y los cabellos, así como la relación de las armas con los homicidios, no hizo nada – *por lo menos no consta en el expediente*– para establecer si al interior del carro, en las armas o en cualquier otro elemento encontrado en el automotor, estaban las huellas dactilares de los procesados, lo que hubiera contribuido al esclarecimiento de estos hechos, como bien lo resaltó en su momento el procesado.

En cuanto al déficit de esa investigación, también sobresale el precario interrogatorio que se le practicó a los trabajadores de la estación de gasolina, especialmente al señor José Félix Inagán.

Este testigo aseguró que tenía a cargo el aseo de la estación de gasolina y que esa madrugada, cuando estaba dentro del inmueble, escuchó el ruido de un automotor, “*pero no pude salir ligero y cuando salí ya había estado la policía allí ya con unos señores, eran tres señores*”. Luego, el interrogatorio continuó de la siguiente manera:

¿Cuántos carros fueron a dejar donde luego llegó la policía?, así mismo dirá si llegaron apresurados, qué clase de carros eran y dirá así mismo qué les manifestó usted a esas tres personas.

A esa pregunta, notoriamente compuesta, el testigo respondió:

Yo allí vi dos carros, el uno era un pequeño (sic) y no me fijé muy bien el color, el otro era una camioneta tampoco me fijé el color (sic), no me fijé en qué carro llegaron los tres señores, pero sí estaban los tres señores y estaban fuera del vehículo y estaban con la policía; yo les dije a los tres señores que “no era parqueadero allí”, estos carros los fueron a dejar estos tres señores a la parte de atrás de la bomba frente a unos baños saliendo a la derecha, de afuera sí se los miraba los carros.

Cuando se le preguntó si “antes de que llegara la Policía, dirá si dos individuos de los que presuntamente fueron a dejar los vehículos, se bajaron de ellos y tomaron rumbo hacia la vía o sea carretera de la Panamericana”, respondió: “Eso yo no he visto”. Luego se le preguntó: “¿cómo llegaron los dos vehículos a esas instalaciones donde usted reside? Contestó: “cuando yo salí vi a los tres hombres que estaban junto a los carros y la Policía estaba allí”.

Una de las preguntas anteriores (la atinente a si los sujetos “tomaron rumbo hacia la vía...”), claramente se relaciona con el testimonio del señor Humberto Moreno Narváez, otro trabajador de la estación de gasolina, quien asegura que esa madrugada se percató de que llegó “ese carro y lo metieron de una a la bomba, es decir, atrás de la bomba, es decir por detrás de los baños”, y cuando salió a verificar pudo ver que

*[ú]nicamente que salieron dos tipos como afanados, se bajaron del carro, yo les silbé, pero ellos no me pararon importancia (...) yo pensé llamarles la atención a las personas que llevaron **el carro***

*verde, ellos pues se fueron, no me dieron importancia, ellos cogieron como la Vía Panamericana Rumichaca (...) cuando miré con la linterna me di cuenta que era estilo campero, pequeño, color verde (...)*¹³.

En alusión al testimonio del señor José Félix Inagán, en la resolución de acusación se resaltó que este “*dijo que vio dos carros uno pequeño y el otro una camioneta, aunque no se fijó en qué carro llegaron los tres señores, aseguró que les dijo a los tres que allí no era parqueadero, que esos carros los fueron a dejar esos 3 señores a la parte de atrás de la bomba, frente a unos baños saliendo a la derecha*”. Al efecto, citó el folio 160 del anexo 1, que corresponde a la declaración trascrita en precedencia por la Sala.

Se trata, sin duda, de un aspecto importante, porque de haberse acreditado que los procesados llevaron hasta la estación de gasolina el vehículo donde se hallaron las armas y demás evidencias, el análisis acerca de su relación con ese automotor y esos elementos variaría sustancialmente.

Sobre este aspecto, es evidente que el acusador tomó de dicha declaración algunos apartes (los que resultaban útiles para confirmar su hipótesis) y dejó por fuera algunos datos relevantes. Puntualmente, no consideró que el referido testigo hizo hincapié en que tuvo contacto con los tres individuos cuando estos se encontraban con los policiales y da a entender que fue en ese momento cuando les advirtió que allí no podían parquear el carro. Tampoco tuvo en cuenta que al testigo le preguntaron directamente cómo llegaron los

¹³ Negrillas fuera del texto original.

carros a ese lugar, y contestó: *“cuando yo salí vi a los tres hombres que estaban junto a los carros y la Policía estaba allí”*.

El delegado de la Fiscalía y, a su manera, el Tribunal, no tuvieron en cuenta algunos datos relevantes, entre ellos: (i) en todas sus versiones los policiales hicieron énfasis en que al llegar a la estación de gasolina se ocuparon de la camioneta que había sido reportada como hurtada y que aproximadamente 5 minutos después fijaron su atención en el campero; y (ii) el testigo Moreno Narváez aseguró que los dos individuos –no 3- que llevaron el **carro verde** salieron apresuradamente hacia la vía Panamericana.

Lo anterior no implica que la Sala considere acertada la decisión del juez ZAMBRANO. No. Lo que se quiere resaltar es que para evaluar si la misma es manifiestamente contraria a la ley el acusador y el Tribunal omitieron datos relevantes.

En la misma línea, en la acusación se hizo hincapié en que: (i) fueron tres los capturados y tres las armas de fuego halladas en el campero; (ii) en el carro se halló un teléfono celular que pertenece a un soldado adscrito al mismo grupo de uno de los capturados –Cabo del Ejército-; (iii) el hecho de que no se les haya encontrado la llave no descarta el vínculo de los capturados con el carro, pues pudieron haberla botado o pudo quedar en manos de un posible cuarto partícipe, que probablemente pudo huir del lugar; (iv) al momento de la captura, los tres sujetos mintieron sobre su identidad; y (v)

los testigos de la defensa son “*prostitutas y comerciantes*”, que no aportaron pruebas que corroboren sus relatos.

Bajo el entendido de que a la Sala no le compete evaluar el acierto de la decisión tomada por el juez ZAMBRANO PORTILLA, sino su manifiesta ilegalidad, debe resaltarse lo siguiente:

Es claro que existían razones para concluir que la primera versión de los policiales (*dos de los capturados estaban dentro del vehículo y el tercero se aprestaba a subir al mismo*), aunada a los datos que resalta el fiscal acusador, le brindaban suficiente respaldo a ese dato que, a su turno, constituye el hecho indicador de que los procesados participaron en el doble homicidio.

Sin embargo, el juez procesado tenía ante sí varios datos que, en alguna medida, indicaban lo contrario, entre ellos: (i) los capturados estaban ebrios, lo que coincide con sus explicaciones sobre su presencia en ese lugar; (ii) un considerable número de testigos aseguran haber departido con ellos hasta poco antes de la captura, sin que puede asegurarse, como lo plantea el fiscal acusador, que esas versiones deben descartarse porque provienen de “*prostitutas y comerciantes*”, entre otras cosas porque el ejercicio de esas actividades son la base del conocimiento que dijeron tener; (iii) la versión de uno de los trabajadores de la estación de gasolina da cuenta de que el carro fue abandonado allí por dos sujetos que se alejaron apresuradamente, y la declaración del otro empleado no arroja datos suficientes

sobre las circunstancias bajo las cuales el campero arribó a ese lugar; (iv) los policiales llegaron a la estación de gasolina porque vieron una camioneta que había sido hurtada y solo se ocuparon del campero cinco minutos después, lapso que, hipotéticamente, pudo ser utilizado por los procesados para huir, tal y como supuestamente lo hizo el “*cuarto hombre*” de que se habla en la acusación para explicar que la llave del carro nunca fue encontrada; (v) los retenidos no se resistieron al operativo y, según lo relatan los policiales, no asumieron actitudes evasivas, lo que incrementa la duda sobre el paradero de la llave del carro; y (vi) por razones que no se conocen, no se practicaron los actos de investigación que pudieron arrojar información determinante, como la atinente a la presencia de huellas dactilares en el carro y/o en los objetos que allí fueron encontrados.

Tampoco puede desconocerse que la hipótesis alternativa, según la cual los policiales ajustaron su versión para justificar la captura de los procesados, de antemano no puede tildarse de fantasiosa o descabellada, pues ese tipo de situaciones, si bien no constituyen la regla general, no son extrañas en el ámbito judicial.

Tampoco puede pasar inadvertido que el juez se enfrentó a la retractación de los principales testigos de cargo –los policiales–, lo que complejizó el análisis del aspecto fáctico en torno al cual giró el debate, esto es, la relación de los capturados con el ya referido campero.

Por demás, tal y como se anunció en la primera parte de este apartado, el Tribunal reiteró su conclusión sobre cuál de las versiones de los policiales es más creíble. Su disertación parece más orientada a cuestionar el acierto de la decisión que a establecer su notoria ilegalidad. En ese contexto, sobresalen el uso de adjetivos sobre la magnitud del error del Juez y la exposición de conclusiones no fundamentadas. Así, por ejemplo, expuso que

*[p]ues teniendo en cuenta, que no obstante dos de los testigos se retractaron de lo afirmado inicialmente, valorada la prueba en conjunto, se determina que las primeras versiones rendidas apenas ocurrieron los hechos, merecen total credibilidad, en las cuales se narró de manera espontánea y sincera, lo percibido, sin denotar ningún interés en favorecer o afectar a los procesados. Contrario a lo que sucede en la retractación, **donde se puede afirmar que la única intención de los testigos es desvirtuar la situación de flagrancia (...).***

*En el caso particular, una vez analizada la retractación, en su forma y contenido, se tiene que **más allá del reciente y sospechoso interés por exculpar de toda responsabilidad a aquellas personas respecto de las cuales se habían realizado contundentes y sólidos señalamientos;** estima la Sala, contrario a como lo hizo el juez de conocimiento, que no debió asignarle la más mínima credibilidad a estas nuevas e incoherentes versiones en forma de retractación.*

Aunque el Tribunal expuso algunas razones para sustentar su conclusión acerca de la mayor credibilidad que merecen las versiones rendidas por los policiales antes de la audiencia de juicio, se tiene que: (i) la conclusión sobre el “notorio” interés de los testigos de faltar a la verdad para

favorecer a los procesados no fue desarrollada; (ii) explicó por qué no comparte la decisión del juez ZAMBRANO PORTILLA, mas no por qué la misma puede tildarse de manifiestamente contraria a la ley; (iii) anunció que analizaría las pruebas en su conjunto, pero en varios aspectos asumió la estrategia del acusador, esto es, consideró solo los aspectos que favorecían la hipótesis seleccionada, pues, a manera de ejemplo, no mencionó lo declarado por uno de los trabajadores de la estación de gasolina en el sentido de que el campero fue dejado allí por dos hombres que se alejaron del lugar, no consideró las imprecisiones del otro empleado de ese local, analizadas en precedencia, no tuvo en cuenta el estado de ebriedad de los capturados ni la actitud que estos asumieron durante el procedimiento, y, aunque mencionó las pruebas practicadas a instancias de la defensa, no explicó por qué las mismas eran tan claramente mendaces que otorgarles algún crédito constituye una decisión manifiestamente contraria a la ley.

El Tribunal expuso otros argumentos que ameritan algunos comentarios. Dijo:

*Para intentar dilucidar esta situación, se tiene que la captura de estas personas se dio en horas de la mañana, lo que permite inferir que los testigos contaban con buenas condiciones de visibilidad, adicionalmente, **resulta sesgada la afirmación que realiza el juez** en su sentencia cuando afirma que la captura de los procesados obedeció al afán de capturarlos y un excesivo celo profesional los llevó a plasmar en el informativo que dos de ellos estaban en el interior del rodante para justificar la captura, **pues como es de conocimiento, al momento en que se dio la captura no se sabía de la existencia de los homicidios;** pues*

hasta ese momento, la investigación sería adelantada porque los capturados no contaban con los permisos adecuados que amparen la tenencia de las armas encontradas en su poder, por lo que no se puede presumir que se tuviere algún interés particular en capturar a estas personas.

Es difícil entender este argumento del juzgador de primera instancia, orientado a desacreditar la hipótesis del procesado acerca de las razones que pudieron tener los policías para tergiversar la información en orden a justificar la captura.

Aunque es cierto que los homicidios se detectaron tiempo después de ocurrida la privación de la libertad, también lo es que la misma se produjo por el delito de porte ilegal de armas, de tal suerte que la anterior conclusión del juez ZAMBRANO PORTILLA, así no se comparta, bajo ninguna circunstancia se ve menguada por el hecho de que para el momento del operativo no se tuviera noticia de las muertes.

Lo cierto es que, según los policiales, aquella mañana los tres sujetos fueron sorprendidos en posesión de un automotor donde fueron halladas tres armas de fuego (*lo que justificó la captura*). Aunque allí se encontraron muestras de sangre y cabello, hasta ese momento no se sabía si era sangre humana y, mucho menos, si correspondía a las víctimas cuyos cadáveres no habían sido encontrados. Así, de haber ocurrido la tergiversación del informe de captura, lo sería por las razones de la retención (*el vínculo de los procesados con el carro donde estaban las armas*), como se da a entender en la sentencia

objeto de censura. Por tanto, el “sesgo” que menciona el Tribunal carece de fundamento.

En cuanto a la visibilidad que tenían los testigos, no tiene un peso relevante para darle mayor credibilidad a alguna de las versiones suministradas por los testigos, pues en ambas se admite (*o no se cuestiona*) que las circunstancias climáticas y de luminosidad favorecían la observación de lo que ocurría.

Bajo estas condiciones, aunque no se comparta la decisión del Juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA, no puede asegurarse que la misma sea manifiestamente ilegal, en los términos del artículo 413 del Código Penal.

Ahora bien, si los datos con los que contaba el procesado se complementan con los suministrados casi una década después por los desmovilizados, dentro del proceso de Justicia y Paz, el panorama cambia sustancialmente. Pero un análisis en ese sentido, si bien puede ser importante de cara a los derechos de las víctimas, desbordaría la competencia en este proceso penal y podría sesgar el estudio de la realidad procesal a la que se enfrentó el procesado en el año 2001.

7.4.3. Las pruebas practicadas en el proceso seguido en contra del juez ZAMBRANO PORTILLA, orientadas a esclarecer el doble homicidio

En la resolución de acusación y en la sentencia impugnada se hizo énfasis en la declaración rendida (en este proceso) por el policial José Bayardo Usamag Rosero. Luego de transcribir algunos apartes de este testimonio, el Tribunal concluyó:

Del contenido de la declaración se desprende la importancia y necesidad que existió de convocarlo a la investigación como la persona que podía dilucidar la situación de la captura, si los medios testimoniales existentes no le daban la claridad al juez procesado, y resulta de gran significación dos aspectos principales, en primer lugar, que como bien lo afirma José Bayardo Usamag nunca fue citado para rendir declaración acerca de este proceso; y en segundo lugar que los policías participaron en la captura de los procesados las mismas condiciones de él (sic), por lo que su retractación no tiene fundamento alguno.

En esta argumentación el Tribunal, de nuevo, mezcla dos líneas de reproche a la actuación del juez.

En cuanto a la omisión atinente al decreto de esta prueba, debe reiterarse lo siguiente: (i) en su momento, la Fiscalía dispuso solo el interrogatorio de los otros dos uniformados; (ii) para ese entonces no se avizoraba que el ente acusador pretendiera favorecer a los procesados, ya que, incluso, les había impuesto medida de aseguramiento; y (iii) en todo caso, quien acusó al juez ZAMBRANO PORTILLA no estructuró un cargo atinente a la omisión que pudo producirse en el juicio oral, consistente en no decretar este testimonio cuando los otros dos funcionarios cambiaron su versión.

De otro lado, para establecer si la sentencia absolutoria es manifiestamente contraria a la ley, **no es posible evaluar pruebas con las que no contaba el procesado para el momento de su emisión.**

En este caso, para sustentar la premisa que sirve de soporte principal a la condena (*la retractación “no tenía fundamento alguno”*), el Tribunal valoró lo expuesto por José Bayardo Usamag Rosero en el proceso adelantado en contra del juez, tal y como se hizo en la resolución de acusación.

Bajo el entendido de que esta declaración no podía tenerse en cuenta como parte integral de las pruebas con las que contaba el juez procesado, no puede pasar desapercibido lo siguiente:

En todas las versiones, principalmente en las iniciales, que, según el Tribunal y la Fiscalía, dan cuenta de lo que realmente ocurrió, los policiales aseguraron haber ingresado a la estación de gasolina porque allí vieron una camioneta que había sido reportada como hurtada. Dijeron que aproximadamente 5 minutos después de haber centrado su atención en este carro se percataron de la presencia de un segundo automotor y de tres sujetos que presentaban notorios síntomas de embriaguez. Que procedieron a un control rutinario y fue allí cuando se percataron de la presencia de las armas, la sangre y los demás elementos ya conocidos. Frente al mismo tema, el señor Usamag Rosero dijo:

[a]l pasar por esa bomba miramos un vehículo sospechoso, entonces el comandante, no recuerdo sinceramente el nombre del comandante ni del conductor, nos dijo que nos bajáramos a requisar dicho vehículo, entonces nos acercamos al vehículo y dentro del vehículo estaban dos hombres, al requisarlos nosotros...Es que no recuerdo bien. No recuerdo si estaban armados o no estaban armados, lo que me llamó la atención al requisar el vehículo es que creo que estaba con manchas de sangre.

Se le puso de presente el informe que elaboraron el 20 de enero de 2001 y se le preguntó “*por el conocimiento del caso que allí se da a conocer*”. Respondió:

Lo que ya está escrito, por el vehículo sospechoso nos bajamos y seguimos el procedimiento que ya se dijo (...) como le digo íbamos en la patrulla de vigilancia, es un carro o panel que se llamaba o le decíamos nosotros, íbamos el comandante de vigilancia que ahora ya mire (sic) que es el señor sargento CARLOS OBANDO y el señor conductor que era el señor HERMES ROSERO, en la parte de delante de la patrulla y yo como agente tripulante de la patrulla en la parte trasera, nos dirigíamos hacia el puente Rumichaca, de manera ocasional como rutina, miramos el vehículo sospechoso en la bomba, la sospecha es porque en esa bomba no dejaban parquear vehículos, eran cosas del dueño de la bomba que no hubieran carros particulares ahí, eso lo decían los vigilantes, los empleados de la bomba, todos nos bajamos a requisar el vehículo y ahí fue donde encontramos a los tres tripulantes y ahora me doy cuenta que son tres porque no recordaba y lo más importante fue por la sangre que se encontraba en el vehículo, primero miramos la sangre y luego requisamos el vehículo minuciosamente (...) en cuanto al vehículo reportado como hurtado, pero que me recuerde yo, lo primero que nos llamó la atención fue este vehículo en el que estaban los manes que se capturaron, no estoy seguro, no recuerdo.

Así, no puede afirmarse que este testimonio, que no hace parte del expediente que tuvo a cargo el procesado, les brinda respaldo inequívoco a las primeras versiones rendidas por los policiales, principalmente porque es disímil en la cronología del operativo y las razones por las cuales el mismo se llevó a cabo, lo que es relevante para establecer el peso de las dos hipótesis factuales presentadas en el proceso por homicidio. Esto, se insiste, sin perder de vista que para la determinación de si la sentencia cuestionada es manifiestamente contraria a la ley solo pueden valorarse las pruebas y demás información que el procesado tenía ante sí.

7.5. Otros fundamentos de la acusación

Además de los argumentos analizados en los numerales anteriores, en la acusación se hizo énfasis en los siguientes aspectos:

Luego de evaluar los fundamentos de la sentencia absolutoria, el fiscal concluyó que los mismos son inadmisibles, porque: (i) el Juez no tuvo en cuenta que uno de los teléfonos hallados en el campero pertenecía a un miembro de la SIJIN, y otro a un soldado del Ejército Nacional, adscrito al mismo grupo del capturado Díaz Mons; (ii) las pruebas técnicas confirmaron que las armas incautadas fueron utilizadas en los homicidios, y la sangre y cabellos pertenecían a las víctimas; (iii) los capturados mintieron acerca de su identidad; (iv) el juez no tuvo en cuenta que el alegato atinente al no hallazgo de las llaves ya

había sido analizado por la Fiscalía, en la resolución a través de la cual se negó la revocatoria de la medida de aseguramiento, que fue confirmada en segunda instancia; (v) no tuvo en cuenta la información suministrada “*nada más ni nada menos que por el Comandante del Ejército acantonado en el grupo Cabal de Ipiales, siendo el superior de mayor jerarquía del suboficial capturado, consignada en los oficios allegados a la investigación en los que dio cuenta que por información de inteligencia se tenía conocimiento de que dicho suboficial tenía contacto con miembros de grupos armados ilegales y que ingresaba al batallón con un automotor con individuos de los que decía eran familiares suyos*”. Agregó:

[n]ingún fundamento tuvo el juez en la sentencia a partir de los testimonios de unos comerciantes y unas prostitutas amigas del sindicato, que afirmaron que este había pasado la noche en un bar con su novia y en la mañana siguiente se encontró casualmente con los otros dos frente a una estación de gasolina donde se pusieron a tomar licor y fueron capturados.

(...)

Dio mayor credibilidad a los testigos de descargo aportados por la defensa, siendo que el contenido de estos no compagina entre sí ni tampoco en relación con el dicho de los sindicatos en indagatoria, puesto que efectivamente ninguno coincide con el punto exacto donde se encontraban al momento que fueron aprehendidos suministrado por la policía y los empleados de la bomba de gasolina, lo que de por sí hace mendaz e inverosímil la coartada de los procesados apoyada por sus testigos, dado que dos refirieron que estaban parados esperando un taxi y el otro que cuando pasaba por allí en un taxi, paró y se bajó a saludar a los otros dos y se pusieron a tomar licor, versión que igual se torna

inverosímil porque, unos dicen que estaban esperando el taxi al borde de la carretera, otros que al frente de la bomba, otros que al frente de la cafetería, otros que estaban bajo el techo del surtidor, lo cual contrasta con lo verídico que fueron aprehendidos al fondo de la bomba, es decir cincuenta metros distantes de la vía por donde circula el tráfico automotor, donde era factible tomar un taxi.

Estos argumentos de la Fiscalía ameritan los siguientes comentarios:

Primero, algunos de ellos son inadmisibles, en la medida en que se le reprocha al juez por no haber valorado los comentarios que hizo un militar en una certificación, acerca de supuestas labores de inteligencia que daban cuenta de la posible vinculación de uno de los capturados con grupos armados al margen de la ley. Lo cierto es que esas versiones no podían ser tenidas como prueba, porque no se conocían (*ni se conoce aún*) la identidad de las personas que supuestamente aseguran dicho vínculo. Según se indicó en la primera parte de este fallo, existe una prohibición legal de valorar información anónima, tanto el proceso regulado en la Ley 600 de 2000 como en el consagrado en la Ley 906 de 2004.

Aunque lo anterior es suficiente para descartar que el fallo es ilegal por no haber considerado ese tipo de información, también debe resaltarse que se trató de un comentario aislado, carente de claridad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del supuesto vínculo del militar con la referida organización.

En la misma línea, en un apartado de la acusación se da a entender que el juez debió considerar que el homicidio pudo ser cometido por un grupo ilegal, lo que incluso pudo determinar la competencia del juzgador. Esta aseveración solo tiene como fundamento el supuesto conocimiento generalizado de que en Ipiales operaban ese tipo de agrupaciones, y desconoce lo expuesto por los funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación en el sentido de que esa hipótesis no se consagró en los informes, precisamente por la falta de corroboración suficiente.

De otro lado, el acusador expuso su propio punto de vista acerca de la valoración de las pruebas (*como si se tratara de una nueva instancia judicial*), sin sentar mientes en que su obligación era explicar por qué la decisión era manifiestamente contraria a ley.

Así, por ejemplo, resaltó que en el campero fueron hallados varios teléfonos. Que uno pertenecía a un miembro de la SIJIN y otro a un soldado adscrito al mismo grupo al que perteneció el cabo capturado.

Sin embargo, nunca explicó el paso de estos datos a la conclusión atinente al indiscutible vínculo del capturado con el carro y las evidencias halladas al interior del mismo. De hecho, ese hallazgo es compatible con la hipótesis (*plausible para ese entonces*) de que fueron otras las personas que participaron en el homicidio.

Es más, aunque el delegado de la Fiscalía, al igual que el Tribunal, centraron su atención en lo expuesto por los desmovilizados del grupo ilegal en el proceso de Justicia y Paz (*lo que fue estudiado en otros apartados*) no tuvieron en cuenta que estos nunca mencionaron a un integrante de la SIJIN o a un soldado como partícipes del referido homicidio. Ello, claro está, sin perjuicio de la improcedencia de valorar datos con los que no contaba el procesado para cuando emitió la sentencia.

Igualmente, en la acusación (*lo que encuentra algún respaldo en el fallo impugnado*), se le cuestiona al procesado por haberle dado una importancia “*inusitada*” al hecho de que a los ebrios no les fue hallada la llave del campero, a pesar de que la Fiscalía, en diversas resoluciones, le había restado mérito a ese dato.

Este argumento es inadmisibile, entre otras cosas porque: (i) bajo ninguna circunstancia los razonamientos del fiscal son vinculantes para el juez; (ii) los estándares de la medida de aseguramiento y de la acusación son diferentes al de la condena; (iii) en el juicio oral hubo una variación sustancial de la prueba, toda vez que los testigos principales de cargo cambiaron su versión; y (iv) el hecho de no compartir las valoraciones del juez no implica que la decisión tomada por esta sea manifiestamente ilegal.

Del mismo nivel es lo que se plantea sobre la contundencia de las evidencias físicas halladas en el vehículo y los resultados de las respectivas pruebas técnicas. Según

se explicó, las mismas demuestran que el vehículo y las armas fueron utilizados para perpetrar los homicidios, pero no aclaran nada frente al tema central de controversia, esto es, el vínculo de los procesados con el automotor. Otra cosa podría afirmarse si, además, allí se hubieran hallado las huellas dactilares, cabellos o fluidos de los capturados, pero ya se sabe que eso no ocurrió.

Por demás, se advierte que la absolución tiene entre sus principales soportes el cambio de versión de los policiales, cuyos testimonios constituyen la prueba determinante del hecho indicador que vinculaba (*para cuando se emitió la sentencia*) a los procesados con el vehículo, lo que, a su turno, se erigía en el principal hecho indicador de la participación de estos en los homicidios. En ese contexto, el procesado les dio importancia a datos exculpatorios, como el concerniente a las llaves, las contradicciones de los trabajadores de la estación de gasolina, las versiones de los testigos presentados por la defensa y el hecho de que los procesados pudieron alejarse del lugar mientras los policiales se ocupaban de la camioneta hurtada.

Por su parte, el acusador resalta que la retractación es inverosímil, que los testigos de la defensa son poco creíbles por su origen y falta de corroboración, al tiempo que se refiere a varios datos que podrían restarles fuerza a algunos de los “hechos indicadores” referidos por el juez ZAMBRANO PORTILLA, entre los que sobresalen las mentiras acerca de la identidad y las contradicciones sobre el lugar exacto de la estación de gasolina donde se encontraban.

Para tales efectos, en la acusación se hizo énfasis en que el procesado trasgredió la sana crítica y se apartó de las máximas de la experiencia, pero no se dedicó una sola línea a desarrollar esta conclusión. Por ejemplo, no se explicó cuál fue el enunciado general y abstracto, extraído de la observación cotidiana de fenómenos, que el procesado no tuvo en cuenta para emitir la decisión.

7.6. Resumen y sentido de la decisión

El cargo por prevaricato por acción, incluido en la acusación y refrendado en la condena, tiene como soporte principal un supuesto acto de corrupción atribuido al juez LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA. Es evidente la falta de respaldo probatorio de ese hecho, pues el mismo solo tiene como soporte una declaración escueta, ambigua y contradictoria de un desmovilizado de un grupo ilegal, traída al proceso a través de otro supuesto colaborador, que también fue vago e impreciso en su declaración, lo que no fue corregido por el fiscal que practicó el interrogatorio en la fase de instrucción, ni fue enmendado durante la fase de juzgamiento.

Sobre esa base, los investigadores adscritos al proceso de Justicia y Paz presentaron un informe donde se refirieron al supuesto pago. Esa hipótesis al parecer fue tenida por cierta, primero por el fiscal acusador y, luego, por el Tribunal.

Bajo el convencimiento de que el procesado recibió dinero a cambio de la sentencia absolutoria, todos los juicios valorativos se orientaron a confirmar la hipótesis inicial, dejando de lado otras que aparecían como plausibles y tomando de la prueba solo aquello que confirmaba la confusa versión de un desmovilizado que no compareció al juicio oral.

Desde esa perspectiva, se tildaron de impertinentes los testigos principales de cargo y se consideraron sospechosas todas las actuaciones del juez.

Con ese telón de fondo, se llegó a la conclusión de que la sentencia absolutoria es manifiestamente contraria a la ley. Sin embargo, tanto la acusación como el fallo impugnado incluyeron argumentos más orientados a exhibir una valoración probatoria “*más acertada*” que a demostrar la manifiesta ilegalidad de la decisión tomada por el juez ZAMBRANO PORTILLA.

Como se abordó el proceso con la idea inamovible de la ocurrencia del soborno, el juicio valorativo que le competía al fiscal y al Tribunal no se basó únicamente en la realidad procesal que tuvo ante sí el procesado. La valoración de dichas pruebas solo incluyó lo que confirmara el supuesto contubernio orientado a lograr la absolución y a evitar que la misma fuera revisada en segunda instancia, y, al parecer, nunca se hizo abstracción de los datos suministrados casi una década después por los desmovilizados, que, aunque importante para esclarecer los homicidios, no podían ser tenidos en cuenta para establecer si la decisión del juez, a

partir de la información que tenía ante sí para ese entonces, es manifiestamente ilegal.

Por lo expuesto a lo largo de este proveído, se revocará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá a LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA por el delito de prevaricato por acción.

Se ordenará su libertad inmediata, así como la cancelación de órdenes de captura o cualquier otra limitación de sus derechos, derivada de la sentencia condenatoria proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver a LUIS ALBERTO ZAMBRANO PORTILLA por los cargos incluidos en la acusación.

Segundo: Ordenar la libertad inmediata de ZAMBRANO PORTILLA, así como la cancelación de órdenes de captura o cualquier otra limitación de sus derechos, derivada de la sentencia condenatoria proferida en primera instancia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria