

Radicado: 2009-00054

Procesado: Marcelino Perdomo Nieto

①
3472

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA

SENTENCIA ORDINARIA N°:003

RADICADO: 05000-31-07-002-2009-00054

PROCESADO: MARCELINO PERDOMO NIETO

DELITOS: HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS

Medellín, febrero dieciocho (18) de dos mil once (2011)

Se ocupa el Despacho en adoptar la decisión que en derecho corresponda, previa la verificación de ausencia de vicios que enerven la actuación impulsada en contra de **MARCELINO PERDOMO NIETO**, implicado en actos atentatorios contra la Vida, la Libertad Individual y la Seguridad Pública.

Lo anterior por agotarse los ritos propios del proceso y porque este Juzgado es competente para decidir, en virtud del lugar donde ocurrieron los hechos y la naturaleza del asunto.

09/03/11

mb

INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

MARCELINO PERDOMO NIETO, identificado con la cédula de ciudadanía número. 10.182.083 de La Dorada (Caldas), nacido el 23 de abril de 1975, estado civil soltero, sin hijos, nivel de educación bachiller, actualmente recluso en la cárcel de La Picota.

HECHOS

De acuerdo a lo narrado en la resolución de acusación, los hechos ocurrieron de la siguiente manera:

“... tuvieron lugar a las catorce horas del 15 de junio de 1997, cuando en el sector Dabeiba Viejo, jurisdicción del municipio de Dabeiba, Antioquia, tropas del grupo contraguerrilla “Dinamarca”, perteneciente al Batallón de Infantería No. 10, Girardot, al mando del subteniente Juan Manuel Grajales García, sostuvieron contacto armado, posiblemente con integrantes del frente quinto de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia, FARC, resultando tres personas muertas: Nelson de Jesús López Borja, Rubén Darío Guevara Navales y una tercera persona cuya identidad no se ha podido establecer.

Empero, testigos familiares de los dos primeros obitados, bajo juramento aseguraron que los sujetos pasivos del delito, previo a su muerte violenta, fueron aprehendidos por personas que integraban un grupo armado al margen de la ley, trasladados a una zona distinta de su retención y luego, aparecieron muertos, supuestamente en desarrollo de un combate...”.

ACUSACIÓN

Por los hechos narrados anteriormente, la Fiscalía 14 Especializada adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el día 04 de junio de 2009, profirió resolución de acusación en contra del señor MARCELINO PERDOMO NIETO por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO MÚLTIPLE (arts. 103 y

Radicado: 2009-00054

Procesado: Marcelino Perdomo Nieto

104 nums. 3° y 7°), SECUESTRO (art. 168) y CONCIERTO PARA DELINQUIR (art. 340 del C.P.) (fls. 225 y s.s. C/5).

(2)

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

En la audiencia pública de juzgamiento los sujetos procesales presentaron la siguiente intervención final:

Fiscal: Solicita la variación de la calificación jurídica porque la participación del procesado en los hechos no fue voluntaria y preacordada, ya que se encontraba recibiendo órdenes de su comandante de asegurar la zona, cuando observa desde cierta distancia que llegan los paramilitares con las víctimas y las ejecutan en presencia de los militares.

Afirma que no puede imputársele al procesado el delito de Concierto para delinquir porque no hubo un acuerdo previo, no obstante él sabía que estas personas eran miembros de los paramilitares y uno de ellos un jefe paramilitar.

Frente al delito de secuestro expresa que las víctimas fueron retenidas en un sitio distante y esa retención se llevó a cabo por parte de los paramilitares que concertados con algunos militares adelantaban actividades ilícitas, pero en esos hechos tampoco participó el procesado.

Respecto del homicidio asevera que el acusado tampoco participó, sino que se vio envuelto en la situación por estar en el sitio bajo la subordinación de su comandante de pelotón.

Empero, como persona integrante de la fuerza pública, que tiene como deber constitucional salvaguardar la vida, honra y bienes, si bien no podía oponerse a la situación, sí podía ponerla en conocimiento de las autoridades correspondientes en cuanto pudiera, lo cual no hizo.

Varía entonces la calificación jurídica solicitando se emita sentencia condenatoria en contra del señor MARCELINO por el delito de encubrimiento por favorecimiento (art. 446 del C.P.), explicando que esa variación se efectúa en virtud de la prueba allegada al proceso porque con su conducta estaba favoreciendo que se llevara a la impunidad un delito, además que hizo afirmaciones contrarias a la verdad a fin de evadir la acción de la justicia.

Ministerio Público: Solicita se profiera sentencia de absolución frente al delito de favorecimiento por atipicidad porque el fiscal radica esta imputación en el hecho de que el acusado no presentó denuncia por lo ocurrido.

El agente de la sociedad parte del presupuesto de que no existió un acuerdo previo entre los autores del delito y el procesado y éste no ejecutó ninguna de las dos variables a que se puede contraer el delito en cuestión.

Explica que una de ellas consiste en eludir la acción de la autoridad, bien sea ocultando o facilitando la huida, pero ello en este caso concreto nunca se presentó. Y la segunda, consiste en prestar cooperación para obstaculizar la investigación, mediante una conducta idónea para frustrar la indagación, pero con la conducta omisiva de formular una denuncia no se realiza ninguno de estos verbos a que se refiere el tipo penal.

Además, dice que hay un contrasentido porque ya existía una investigación, luego la falta de denuncia no puede entorpecerla.

Refiere que para el momento de los hechos no estaba tipificado el delito de favorecimiento que se le atribuye al procesado en el ordenamiento penal, sólo en la legislación del año 2000 apareció la omisión de denuncia, norma que fue adicionada posteriormente por el artículo 9º de la Ley 733 de 2002. Y aunque en razón de que se trata de una conducta continuada podría pensarse que aún en vigencia de la nueva normatividad el

Procesado: Marcelino Perdomo Nieto

procesado habría cometido el punible, resulta que cuando la norma se expidió ya el Estado tenía conocimiento del hecho e inclusive había personas vinculadas a la actuación.

Para el delegado del Ministerio Público el acusado pudo haber incurrido en falso testimonio, pero resalta que este punible no fue objeto de acusación.

Defensora: Dice que su cliente fue un suboficial del Ejército Nacional que para el año 1997 se encontraba en una zona poblada por personas al margen de la ley.

Afirma que la Fiscalía entró a verificar el dicho del procesado en la audiencia pública, sobre cómo recibía órdenes del Teniente GRAJALES, lo que se constituye en una versión coherente de los hechos realmente acaecidos, mediante la cual se logró la judicialización de éste y otro alto oficial del Ejército Nacional.

Se refiere a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la variación de la calificación jurídica sólo opera en desfavor del procesado y por prueba sobreviniente, porque si ocurrió un error en la calificación inicial el Estado debe asumirlo.

Igualmente, se refiere a la línea de la Corte en materia de congruencia, frente a lo cual demanda se aplique en este caso la línea de congruencia rígida, que opera respecto de la solicitud del Fiscal y la decisión final del juez, es decir, que éste no podría condenar conforme a la resolución de acusación sino frente a la variación incluida, citando la providencia 35.280 del 08 de julio de 2009 como apoyo de su petición.

Y en cuanto al delito de favorecimiento, dice compartir las manifestaciones del Ministerio Público, agregando que en ampliación de

indagatoria (fls. 81 C/5) y en la vista pública, el procesado manifestó que sí le dio a conocer inmediatamente a sus superiores lo que estaba sucediendo, razón por la cual estos fueron a verificar directamente los hechos a Dabeiba Viejo, ya que obran constancias procesales de que la Fiscalía misma no se atrevió a realizar el levantamiento de los cadáveres por la situación de orden público de esa zona. De lo anterior concluye que, si las autoridades competentes no adelantaron los trámites pertinentes para la judicialización del caso, esa situación no puede atribuírsele al procesado.

De otra parte, solicita se respete el derecho a la defensa que tiene su prohijado, porque este abarca la posibilidad de guardar silencio y rendir manifestaciones contrarias a la realidad, como lo hizo en la diligencia de indagatoria, por lo que esta situación mal podría resolverse a su desfavor.

Concluye que se erige el in dubio pro reo en este caso y solicita un fallo absolutorio.

CONSIDERACIONES

Antes de conocer de fondo el asunto, considera este despacho pertinente ocuparse de un problema de naturaleza procesal que se ha presentado al interior de la actuación, con ocasión de la “variación de la calificación jurídica” introducida por el señor fiscal en la audiencia pública de juzgamiento, por lo que hacen falta unas breves precisiones, que se pasa a desarrollar:

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el tema de variación de la calificación jurídica sí ha sufrido modificaciones, como lo plantea la abogada defensora, pero se estima que su núcleo esencial se mantiene intacto. Esta figura jurídica ha sido explicada a cabalidad en providencia de fecha 12 de mayo de 2010, radicado No. 30291, con ponencia del Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA:

“La Sala respecto de la normativa aludida ha enfatizado en los aspectos que se deben observar para variar la calificación jurídica

provisional cuando se advierte error en la calificación por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado, o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o imputación subjetiva, o algún evento configurador de circunstancias que modifiquen los límites punitivos que hagan más gravosa la situación jurídica del enjuiciado.

En un principio, la Corte en auto de 14 de febrero de 2000 (radicación 18457) señaló que:

“... la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a ‘La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible’, es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.

“Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto:

“La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

“En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

“3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

“Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos.

“3.3. La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado.

“En la ley procesal actual, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron.

“3.4. Puede hacerse no sólo como consecuencia de prueba sobreviniente sino antecedente.

“La primera está expresamente mencionada en el artículo 404, citado. En cuanto a la antecedente, una atenta lectura de dicho precepto permite inferir que a ella se refiere, al utilizar la expresión “error en la calificación”.

“Este último desatino puede provenir de la apreciación de los elementos de convicción que obraban en el diligenciamiento al proferirse el pliego de cargos (por ejemplo, no se percató el

fiscal que entre el homicida y la víctima había una relación de parentesco), o de la selección de la norma, o de su interpretación.

"3.5. Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor).

"La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al "reconocimiento de una agravante", "desconocimiento de una circunstancia atenuante", y no a la inversa, sino del hecho de que el juez, al resolver los cargos imputados en la resolución de acusación, puede, como se analiza adelante, degradar la responsabilidad.

"De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar y no proceder a modificar la calificación a su favor.

"3.6. La variación puede ser respecto de un elemento básico estructural del tipo (por ejemplo, de estafa o de abuso de confianza calificado, en cuantía que exceda los 50 salarios mínimos legales vigentes, a peculado por apropiación), forma de coparticipación (por ejemplo, de cómplice a coautor), imputación subjetiva (culpa, preterintención, dolo), desconocimiento de una atenuante específica (como la ira en las condiciones previstas en el artículo 57 del Código Penal), o reconocimiento de una agravante específica, es decir, circunstancias que modifican el marco punitivo.

“3.7. La hace el fiscal por propia iniciativa o a petición del juez, pues aquél, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora.

“Si el juez advierte la necesidad de cambiar la calificación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

“3.7.1. Debe manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación sólo se puede hacer en esta precisa oportunidad procesal y por una vez, como se verá adelante.

“3.7.2. Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada.

“3.7.3. No implica valoración alguna de la responsabilidad.

“3.7.4. Si el fiscal admite que hay necesidad de reformarla, procederá a hacerlo. Si no, deberá expresar las razones para oponerse. Pero, de todos modos, expuesto el criterio del juez, éste será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre ésta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto.

“3.8. Ni la variación hecha por el fiscal de la calificación provisional, ni la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, son providencias o actos decisorios, sino simples posiciones jurídicas que en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal y de la estructura lógica del proceso, se les ponen de presente a los sujetos procesales, para que conocidas puedan debatirlas, por lo que no son recurribles.

“3.9. La oportunidad procesal para trocar la calificación, es la intervención del fiscal en la audiencia, porque al haber concluido con antelación a ella la práctica de pruebas, ya se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar si la dada es la adecuada o si se debe cambiar. Además, porque así lo dispone la ley.

“3.10. Sólo una vez se puede variar la calificación, pues debe llegar un momento en que la imputación devenga en definitiva e intangible, en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal, del orden del proceso y del principio de preclusión.

“Así mismo, como se dijo, únicamente en esta oportunidad procesal puede exponer el juez su criterio sobre la necesidad de modificarla.

“3.11. La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas.

(...)

“4. Es necesario puntualizar que los errores en la calificación jurídica provisional efectuada en la resolución de acusación, pueden corregirse, en la etapa de juzgamiento, a través de dos mecanismos:

“Variando la calificación, en la forma antes expuesta; o a través del incidente de colisión de competencias, como se analiza a continuación.

“Si el juez, antes de celebrar la audiencia preparatoria, al constatar su competencia, encuentra que ha habido error en la calificación jurídica de la conducta y ello afecta su competencia, la que corresponde a un funcionario judicial de igual jerarquía (por ejemplo, juez penal del circuito común frente al juez penal del circuito especializado) o de mayor jerarquía (por ejemplo, juez penal municipal frente al juez penal del circuito) no es procedente modificar la calificación, sino que se debe plantear colisión de competencia, en la forma prevista en los artículos 401 y 402 del C. de P. Penal.

(...)

“Si como consecuencia de la alteración de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento correspondiente a un juez de menor jerarquía, se prorroga la competencia (art.405 ibidem), por lo que no es necesario acudir al incidente de colisión.

(...)

“Además, que fijada la competencia, solo se podrá discutir por prueba sobreviniente.

“Si el error en la adecuación típica del comportamiento no afecta la competencia, sólo podrá enmendarse en la audiencia de juzgamiento, en la forma ya expuesta.

“Por lo tanto, si en la fase del juicio, antes de la audiencia de juzgamiento, el juez o el fiscal advierten que se ha incurrido en error en cuanto a la calificación dada a la conducta punible y ello no altera la competencia, el fiscal no puede variarla, ni aun el juez le puede hacer saber a él y a los demás sujetos



procesales la necesidad de hacerlo, sino que tienen que esperarse a la intervención oral de aquél en la audiencia.

(...)

"6. Al tenor de lo expuesto, en la estructura del nuevo estatuto procesal, sólo habrá nulidad por error en la calificación, cuando la variación en la adecuación típica del comportamiento implique cambio de competencia.

"7. Concluida la función acusatoria, con la mutación de la calificación o con la oposición del fiscal a la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, hay que darle a los sujetos procesales, particularmente a la defensa, la oportunidad para controvertirla, por lo cual, finalizada la intervención del fiscal, se les corre traslado de la modificación o de la propuesta por el juez, según el caso, pudiendo aquéllos solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias, siguiendo el trámite previsto en el numeral 1° del artículo 404.

"8. Terminada la audiencia pública, el juez debe fallar sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en la resolución de acusación, en la variación efectuada por el fiscal y en la propuesta por el juez como objeto de controversia, respetando el principio de congruencia.

"Por ende, le está vedado agregar hechos nuevos, suprimir las atenuantes que se le hayan reconocido al acusado, adicionar agravantes y, en general, hacer más gravosa su situación.

"Es decir, lo más desventajoso que le puede ocurrir al procesado es que se le condena conforme a los cargos que le fueron definitivamente imputados en el debate.

“Pero como consonancia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el de fallo, sino señalamiento de un eje conceptual factico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, no se desconoce la congruencia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena atenuadamente, por la elemental razón de que si puede absolver, puede atenuar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

“En consecuencia, habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una figura atenuada con relación a ellas”.

Posteriormente, en providencia de 23 de abril de 2008 (Radicación 29339) la Corte replanteó la interpretación que se venía haciendo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 al disponer que:

“...para las variaciones agravadas de calificación referidas a un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, reconocimiento de una agravante y la variación de desconocimiento de una atenuante se pueden efectuar sólo mediante el presupuesto de ‘prueba sobreviniente’, requerimiento de procedibilidad y probatorio que la disposición en cita de igual establece tienen cabida es tras la conclusión de la práctica de pruebas”.

En este orden, modificó la línea jurisprudencial que permitía la variación de la calificación no sólo por prueba sobreviniente, sino también mediante prueba antecedente, esto es la realizada con una nueva mirada o apreciación probatoria, pues:



“Al admitirse que la variación de la calificación pueda efectuarse de igual con ‘pruebas antecedentes’ requisito de procedibilidad no consagrado de manera expresa en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, de alguna manera se permite sin fundamento legal para el caso de debido proceso instrumental con incidencias sustanciales que la Fiscalía en la etapa del juicio pueda llegar a efectuar enmendaciones oficiosas a la calificación provisional dada en la resolución de acusación, bajo el solo predicado de la palabra de haber omitido valorar pruebas consideradas como ‘antecedentes’, facultades oficiosas que por vía jurisprudencial no son dables otorgar a un sujeto procesal no obstante que éste se predique como el titular de la acusación y que como tal, sólo puede proceder conforme a las “formas propias del juicio” a variar la calificación, no bajo el argumento de la enmendación o del olvido valorativo de una ‘prueba antecedente’, sino bajo el presupuesto normativo y de debido proceso penal instrumental de incidencia sustancial de la ‘prueba sobreviniente’.

La Sala precisó que las variaciones de agravación, diferentes a la errónea calificación que hacen relación al *nomen iuris*, sólo son procedentes en la medida en que se dé el presupuesto fáctico de prueba sobreviniente surtida en la fase del juicio, así determinó que:

*“Al hallarse ubicada la variación de la calificación al interior de la etapa del juicio, fase de características esenciales de concentración y de contradicción probatoria, es como se comprende de acuerdo a lo imperado por el artículo 404 que las variaciones de la calificación distintas a los temas de errónea calificación que dicen relación con *nomen iuris* diferentes, sólo son procedentes conforme a dicha normativa en la medida en que hubiesen surgido “pruebas sobrevinientes” y que en su contrario ante la inexistencia material y jurídica de éstas en la etapa del juicio, por ausencia de ese requisito de procedibilidad y postulado de necesidad de la prueba no es viable efectuar ninguna variación agravante de calificación”.*

En el mismo sentido en la sentencia de 20 de julio de 2009 (radicación 31753) cuando la Corte indicó que:

“... el fiscal tiene alguna limitación para modificar la calificación jurídica en la fase del juicio, en aras de garantizar la legalidad del procedimiento:

“De manera puntual, la Sala precisó que la fiscalía no puede introducir modificaciones a la resolución de acusación para agravar el llamamiento a juicio sobre el presupuesto de "prueba antecedente"; lo que significa que si al proceso no se aporta una prueba posterior a la resolución de acusación que incida y determine la modificación a la calificación del sumario en sentido desfavorable al acusado, el fiscal no podrá variar la calificación jurídica en el juicio.

“Dicho de otro modo, si no existe modificación en el fundamento probatorio de la instrucción, la Fiscalía tiene la carga procesal (y por consiguiente el Estado) de asumir el error en la calificación jurídica de la conducta por haber formulado una imputación incorrecta, con todas las consecuencias que ello implica.

“Es decir: Cuando no sobreviene prueba que implique una modificación desfavorable a la imputación hecha en la acusación, los cargos se mantendrán en el juicio en la forma, términos y límites que marca la acusación, "errónea", ejecutoriada. Si no sobreviene prueba, la fiscalía no puede -por el trámite del artículo 404-, incrementar delitos en el juicio (2) ni modificar -en peor- la acusación.

“Es conveniente aclarar, además, que si al momento de calificar el sumario o posteriormente, aparece un medio de prueba que no fue tenido en cuenta por el Fiscal, por ejemplo, porque ordenada su práctica oportunamente antes del cierre de

investigación solo se allega por el funcionario comisionado en esas oportunidades nada impediría que con base en tal prueba se adelantará el trámite reglado en el artículo 404 del C.P.P., como fue al no haber sido discutida no tuvo capacidad demostrativa en la acusación de tal modo que por esa vía generara el eventual error en al calificación.

“Ahora bien, si el fiscal establece que entre las pruebas con las que cuenta la investigación aparecen medios de convicción que comprometen la responsabilidad penal del procesado y (eventualmente) de terceros no vinculados al proceso, deberá compulsar las copias para que se adelante la investigación en forma separada.

“En suma: El criterio que ahora prohija la Corte consiste en que el Estado, como titular de la acción penal, asumirá las consecuencias que implique el error de la fiscalía en la calificación del sumario y que eventualmente favorezcan al acusado, específicamente cuando se trate de imprecisiones relacionadas con los elementos básicos estructurales del tipo penal. El caso que ahora se ventila es muestra de ello:

“Cuando de modo impreciso acusa por estafa (art. 356.D. 100 de 1980) o por abuso de confianza (art. 358 ib.) siendo la manera correcta como ha debido formularse la acusación el peculado (art. 133 ib.).

“Por consiguiente: si no sobreviene (a la acusación) prueba que fundamente la modificación por el trámite del artículo 404 de la Ley 600, la imputación de la resolución de acusación ejecutoriada se mantendrá para el juicio, y limitará el marco jurídico de la sentencia; salvo eso sí, que alguna de las partes del proceso alegue la nulidad y demuestre la errónea

calificación, a la luz del trámite previsto en el artículo 400 de la ley 600.

“Sucedee igual cuando la fiscalía yerra a la hora de imputar i) la forma de coparticipación: supóngase que se acusa como cómplice a un coautor; ii) al momento de hacer la imputación subjetiva: como cuando se acusa por culpa o preterintención en una conducta eminentemente dolosa; iii) cuando en la resolución de acusación se desconocen circunstancias que califican la conducta o que la agravan -como en el caso del hurto-; iv) cuando se reconoce en la acusación, de manera ilegítima, una circunstancia que atenúa el comportamiento, por ejemplo la ira, el intenso dolor, o formas atenuadas de conducta que modifican los límites de la pena.

“Naturalmente que la errónea calificación del sumario realza y reclama la intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, en aras de evitar crasos errores, que comprometen la legalidad del proceso penal.

“3.El trámite de la variación de la calificación jurídica de la conducta (para agravar la acusación) no se altera cuando sea el juez quien advierta a la fiscalía la necesidad de variar la calificación jurídica provisional en los casos de "error en la calificación". (Artículo 404 núm. 2).

“En suma: la Fiscalía no puede modificar de forma peyorativa los cargos si no cuenta con prueba sobreviniente (a la resolución de acusación) que implique la modificación desfavorable, porque ello conllevaría desconocer la filosofía y el procedimiento establecido en el artículo 404 del C. de P.P.”

En efecto, se tiene entonces que la variación jurisprudencial introducida consiste en que antes se aceptaba la variación de



la calificación jurídica como una manera de resolver “errores” en la calificación inicial, ahora, se acoge la tesis de que sólo se puede admitir por prueba sobreviniente y cualquier error que haya tenido la Fiscalía debe ser asumido por el Estado, porque todo lo que favorece al procesado debe ser mantenido incólume en virtud del debido proceso.

Entonces, son tres los requisitos que debe cumplir una verdadera variación de la calificación jurídica:

- 1) Que se agrave la situación jurídica del procesado.
- 2) Que se respete el núcleo fáctico de la imputación.
- 3) Que la variación esté soportada en prueba sobreviniente.

Es necesario indicar que se mantiene la primera exigencia, precisamente en razón del principio de CONGRUENCIA, porque resulta claro que en todo caso el Juez podría favorecer la situación jurídica del procesado, de encontrarlo necesario de acuerdo a la prueba practicada, siempre que se respete el núcleo fáctico de la acusación, ello en razón del derecho de defensa.

Por esta razón, este despacho judicial no acoge la tesis de la congruencia rígida que plantea la defensa en materias regidas bajo la Ley 600 de 2000, ya que en tratándose de sistemáticas procesales diferentes, no encuentra aplicables estos planteamientos que sí se pueden realizar dentro de una sistemática de corte acusatorio.

Ahora bien, en el caso concreto, con facilidad se observa que la Fiscalía no cumple con los requisitos exigidos para hablar de una variación de la calificación jurídica, cuando abandona la acusación inicial y demanda de la judicatura la emisión de un fallo de condena por el delito de encubrimiento por favorecimiento en disfavor del procesado.

Para concluir, el hecho de que no se cumplan los parámetros de la variación de la calificación jurídica, no impide cumplir con el mandato legal y evaluar la resolución de acusación para establecer si el señor MARCELINO PERDOMO NIETO es responsable de los delitos que allí le fueron atribuidos de CONCIERTO PARA DELINQUIR, SECUESTRO Y HOMICIDIO AGRAVADO, de lo cual se ocupará a continuación el despacho.

Valga indicar desde ya que comparte el despacho los planteamientos esbozados en audiencia pública por el delegado de la Fiscalía, frente a cada uno de los delitos por los que fue acusado el señor MARCELINO PERDOMO NIETO:

CONCIERTO PARA DELINQUIR: No se demostró que el procesado efectuara con un alguna persona un acuerdo previo de voluntades, prolongado en el tiempo, para la comisión de delitos indeterminados.

SECUESTRO: No se demostró que participara en la privación ilícita de la libertad de los señores *Nelson de Jesús López Borja, Rubén Darío Guevara Navales y N.N.*

HOMICIDIO AGRAVADO: No se demostró que participara en los actos mediante los cuales se cegó de manera violenta la vida de los señores *Nelson de Jesús López Borja, Rubén Darío Guevara Navales y N.N.*, o que prestara alguna clase de colaboración para la realización del hecho. Por el contrario, de acuerdo a lo narrado por el procesado, que no haya confrontación probatoria en la foliatura, él ni siquiera tenía conocimiento de que algunos miembros del Ejército Nacional en connivencia con miembros paramilitares planeaban acabar con la vida de estas personas.

Este proceso tuvo su génesis en el informe presentado por el Comandante de la compañía D'lhuyer, SANABRIA ANTOLINEZ ANCIZAR sobre la muerte en combate de tres guerrilleros y la incautación de material de guerra e intendencia, anexando el informe de patrullaje (fls. 1 a 5

C/1) y la orden de operaciones No. 30 "Rastreador" de junio 15 de 1997 (fls. 15 a 26 C/1).

Se aportaron posteriormente las actas de levantamiento de los cadáveres (fls. 6 a 8 C/1), donde se indican las diferentes lesiones observadas en los cuerpos y en cuanto a su indumentaria se puede observar que se deja constancia que los tres hombres presentaban botas pantaneras y ropa de civil; las fotografías donde se aprecian las lesiones que le produjeron el deceso a NELSON DE JESÚS LÓPEZ BORJA (fls. 29), RUBÉN DARÍO GUEVARA (fls. 30) y N.N. (fls. 30); y los protocolos de necropsia (fls. 52 a 58 y 60 a 63 C/1), donde se concluye que los tres hombres fallecieron como consecuencia de heridas esencialmente mortales causadas por proyectil de arma de fuego. En oficio médico legal No. 40 de fecha mayo 27 de 1998 se determina que las lesiones que se le causaron a NELSON y RUBÉN se produjeron a más de 1 metro de distancia (fls. 237 a 241 C/1).

Luego, comparece a declarar el señor MANUEL SALVADOR GUERRA LONDOÑO, quien manifiesta que su hijo RUBÉN DARÍO desapareció del municipio de Buriticá el día 13 de junio, a él le avisaron que lo habían cogido y se lo habían llevado en un carro entre las 2:30 y 3:00 de la tarde (fls. 59 a 59 vto).

Presenta ratificación de informe JOEL GALINDEZ ORDOÑEZ, manifestando que el Personero de la localidad de Buriticá le informó que cinco sujetos cogieron a RUBÉN GUEVARA en el sitio denominado El Filo, zona semiurbana y se lo llevaron en una camioneta blanca de platón (fls. 99 y s.s. C/1).

Obra la denuncia formulada por el señor MANUEL SALVADOR GUEVARA el día 16 de junio de 1997 por la desaparición de su hijo (fls. 100 vto. y s.s. C/1). Y también aparece la declaración de NELLY DEL CARMEN NAVALES DURANGO, rendida el 13 de abril de 1998, donde ratifica el secuestro de su hijo, de quien refiere ese día vestía unos zapatos negros como apaches (fls. 107 vto. y s.s. C/1).

(11)

no

También declara la señora ARGELIA MARGARITA ALCARAZ ESTRADA, quien dice que su esposo NELSON LÓPEZ desapareció el 13 de junio, relata que se transportaban en un vehículo con dirección hacia su residencia y más abajo de Manglar los detuvieron en un retén paramilitar donde lo amarraron y se lo llevaron en un carro que iba con dirección hacia Buriticá, el carro era con la cabina blanca y atrás café como un Suzuki, en esos hechos participaron tres hombres, dos con revólver y otro con un arma larga. Reconoce a su esposo en las fotografías que les fueron tomadas a los occisos y afirma que cuando se lo llevaron no tenía las botas pantaneras con que aparece en la foto sino unas zapatillas de color café (fls. 96 a 97 C/1).

Igualmente, rinde testimonio JUAN DE JESÚS LÓPEZ ALCARAZ, el día 17 de abril de 1998, quien ratifica los hechos del secuestro de NELSON LÓPEZ y dice que los agresores se movilizaban en una camioneta blanca. En el mismo sentido declara MARÍA NERY ALCARAZ DE LÓPEZ (fls. 209 a 211 vto. C/1).

En informe No. 335689 del 03 de abril de 2007, se manifiesta que fue recepcionado el testimonio de MARÍA NELLY ALCARAZ BORJA, JUAN DE JESÚS LÓPEZ ALCARAZ, ARGELIA MARGARITA ALCARAZ ESTRADA y LUZ DARY ALCARAZ ESTRADA, estas personas dicen que reconocieron que los hombres que hacían parte del grupo que se llevó a NELSON LÓPEZ eran paramilitares, e identifican a los alias de PELUSA y ESCALERA, incluso una de ellas menciona que alcanzó a ver más gente amarrada dentro del carro donde se lo llevaron (fls. 79 y s.s. C/3).

En el mismo informe se menciona haber recibido la entrevista de LAURA ISABEL GUEVARA NAVALES, quien dice que se hablaba en el pueblo que a su hermano RUBÉN se lo iban a llevar por vicioso y que para la época hacían presencia los paramilitares.

Por otra parte, también se explica que se logró identificar de un total de nueve soldados que hicieron parte de la compañía que actuó el día de los hechos.

Posteriormente, mediante Informe No. 341975, de fecha 10 de mayo de 2007, se allegó al proceso la estructura de las Autodefensas que delinquirían en Dabeiba, Uramita, Frontino y Cañasgordas en el año 1997, donde aparecen PELUSA y ESCALERA como parte del grupo de Dabeiba (fls. 147 a 152 C/3).

Concretamente, respecto a la forma como se desarrollaron los hechos, se cuenta con las múltiples declaraciones del ST JUAN MANUEL GRAJALES GARCÍA, Comandante de la contraguerrilla que intervino en ellos; el ST ANCIZAR SANABRIA ANTOLINEZ, quien para la fecha actuaba como Comandante de la compañía; y MARCELINO PERDOMO NIETO, el procesado, quien era orgánico de la contraguerrilla del ST GRAJALES.

JUAN MANUEL GRAJALES GARCÍA, en una primera versión, rendida el día 27 de junio de 1997 ante el Juez 20 Penal Militar, relata los hechos de la siguiente manera: *"... cuando me encontraba por el pueblo se nos acercó un señor en un carro que iba con vía Medellín Dabeiba y nos dio la información que en Dabeiba Viejo habían unos tipos de civil con armamento y estaban atracando los carros se puede decir, inmediatamente organizamos la gente con la que íbamos y montamos un caza retén, en el momento en que llegamos al sitio de los hechos todos los que habían del enemigo eran mas o menos veinticinco o treinta y empezaron a correr por el camino y el sujeto que quedó en la carretera fue el único que hizo frente se dio de baja inmediatamente no se por quien porque todo el mundo reacciona, como vi que todos corrieron por el mismo lado entonces decidí seguir por ese mismo lado y al Cabo PERDOMO le di la orden que subiera con cuatro soldados por el cerrito que había por el camino donde corrieron los enemigos para que registrara y para que los que se subieran los atajara él y mandé dos soldados al lado y lado de la carretera para que pararan los carros que venían, el resto que éramos tres soldados el Cabo GIRALDO y yo, seguimos por todo el camino dando de baja a los otros dos guerrilleros...*". (subrayado fuera del texto).

Agrega que los cadáveres los llevaron a la morgue del pueblo donde el Inspector hizo el levantamiento al día siguiente porque a esa hora ya no trabajaba. Y dice que el ST SANABRIA sólo se enteró de los hechos cuando después de ocurridos él envió al Cabo GIRALDO para avisarle porque los radios estaban malos (fls. 33 a 34 C/1).

En Indagatoria, rendida el 14 de septiembre de 1998 manifiesta: *"... Nos bajamos del carro e inmediatamente uno de ellos nos disparó tan pronto nos vio, no se cual de los soldados fue el que le respondió dándole de baja, otros dos que estaban en la carretera cogieron por un camino de herradura los cuales perseguimos y les dijimos que se entregaran, haciendo caso omiso de esto también nos dispararon reaccionando con la M-60 dando de baja a estos otros dos sujetos, el resto de subversivos corrió por este camino hasta un punto donde ya no los podíamos alcanzar por la poca cantidad de hombres que habían..."*

... Mandé al Cabo PERDOMO con siete soldados por la parte de arriba del camino por donde corrieron los subversivos, el Cabo GIRALDO y yo corrimos por dicho camino con el soldado de la M-60 y otros tres soldados que fuimos los que dimos de baja a estos otros dos sujetos, no se cual de todos fue el que los dio de baja...

Dice que eran 20 a 25 subversivos pero en la carretera sólo se encontraban tres que fueron los que se dieron de baja, tenían escopetas y revólver, los que corrieron hacia arriba tenían armas automáticas".
(subrayado fuera del texto).

Dice que los hechos ocurrieron a las 18:00 horas y niega saber de la existencia de paramilitares. Explica que Manglar queda a dos horas y media de distancia del lugar de los hechos (fls. 254 a 261 C/1).

En posterior indagatoria ante el fiscal 10º UNDH-DIH, rendida el 13 de diciembre de 1997, el señor GRAJALES GARCIA acepta

que tenía conocimiento de la presencia de paramilitares y guerrilla, y afirma no recordar si se comunicó o no con su superior al desarrollar el operativo (fls. 175 a 178 C/3).

Por su parte, el día 19 de junio de 1997 rinde declaración el ST ANCIZAR SANABRIA ANTOLINEZ y dice que le dio la orden al ST GRAJALES de llegar hasta Dabeiba Viejo en un caza retén para confirmar la información recibida a las 14:00 horas de que la guerrilla estaba montando un retén. El enfrentamiento se produjo a las 16:00 horas y el combate duró aproximadamente 45 minutos. Entre las 18:30 a 19:00 horas delegó a un suboficial para que ubicara al Inspector de Policía para hacer el levantamiento pero le respondió que por el orden público debía traer los cadáveres hasta Dabeiba, entonces él fue y encontró un muerto a la orilla de la carretera y los otros dos hacia la parte de arriba en la maleza. Buscaron la cédulas de ciudadanía para identificarlos pero no encontró nada (fls. 66 a 67 C/1).

Posteriormente, en su diligencia de indagatoria, el día 09 de septiembre de 1997, manifiesta que "se tomaron las huellas dactilares pero las fotografías en el sitio de los hechos se velaron y la cámara no funcionó de acuerdo a lo que me informó el ST GRAJALES", en esta oportunidad afirma que los hechos ocurrieron más o menos a las 2:00 de la tarde y que el ST GRAJALES le manifestó que eran entre 50 a 60 bandoleros (fls. 69 a 72 C/1).

En ampliación de indagatoria, el día 16 de mayo de 1998 (fls. 182 a 185 C/1), declara que al mismo tiempo que le informaron a GRAJALES un señor que subió a la base le informó, entonces procedió a comunicarle la noticia al Batallón donde se comunicó con un Sargento cuyo nombre no recuerda, siendo las 5:00 ó 5:30 llegó PERDOMO en un vehículo con unos soldados informando que el ST GRAJALES tomó la iniciativa de hacer un caza retén y dieron de baja tres bandoleros que iban a tomar un retén sobre la vía.

Sobre la forma como encontró los cuerpos dice: *“Estaban vestidos de civil se encontraba uno a la orilla de la carretera, el otro a la mitad de la parte montañosa a la derecha, más o menos a ochenta metros el uno del otro y el otro se encontraba hacia la parte derecha al fondo dirección como un camino de herradura que se encontraba ahí; el primero el de la orilla de la carretera boca abajo, el del camino boca abajo y el de la parte de arriba ya lo habían movido en el momento del sitio”.*

Dice no entender los motivos por los cuales el ST. GRAJALES no le informó lo que estaba ocurriendo, cuando no estaba distante, sólo 10 minutos a pie, y era lo primero que debía hacer.

Y finalmente explica que la distancia entre Manglar y Dabeiba Viejo es de hora y media a dos horas en carro.

En una nueva ampliación realizada el día 21 de noviembre de 2008, sostiene que más o menos a las 5:00 de la tarde cuando se presenta un civil a decirle que había un retén en la vía y procede a verificar mandando un suboficial, llega el Cabo PERDOMO a informarle los hechos. Cuando llega al sitio los cuerpos habían sido movidos para tomar las huellas y las fotografías. Explica que entre Dabeiba y Dabeiba Viejo hay una distancia de quince minutos. Y afirma que para el área de Dabeiba en esa época se hablaba de las AUC (fls. 237 a 250 C/4).

MARCELINO PERDOMO NIETO en declaración rendida el 27 de marzo de 2000 manifiesta: *“... estando nosotros en Dabeiba salimos hacia allá por la carretera encontramos y abordamos un vehículo que nos transportó un kilómetro y medio antes de llegar donde se encontraban los bandoleros, mi Teniente ordena que con la escuadra mía me subiera al cerro y observara el sitio donde se encontraban los bandoleros, yo me fui con mi escuadra y le dije que había una curva y no se podía ver casi, él me ordenó y me dijo que siguiera por los cerros hacia donde estaban los bandidos mientras ellos avanzaban por la carretera, más adelante se escuchan disparos del cerro del frente que disparaban contra la tropa ... las escuadras*

que estaban en la carretera estaban en combate con otros subversivos y ahí fue donde se dieron de baja los tres subversivos..." (subrayado fuera del texto).

Dice que recibió la orden del Teniente GRAJALES de ir al municipio a buscar al Fiscal o al Inspector de Policía para realizar el levantamiento, él fue y le informó al Teniente SANABRIA, él le dijo lo mismo, entonces fueron a buscarlos y no se encontraban, alguien les dijo en la Inspección que trajeran los cuerpos hasta la morgue de Dabeiba porque donde estaban era un área peligrosa. En el sitio solamente observó uno de los cuerpos al lado de la carretera, los otros dos los vio en la morgue, no les vio signos de tortura (fls. 118 a 120 C/2).

En ampliación realizada el día 31 de octubre de 2001, dice: *"yo comandaba la tercera escuadra cuando entran en combate la primera y la segunda y mi Teniente me ordena que me suba al cerro con la ametralladora para que ellos pudieran maniobrar, los subversivos disparaban de la parte alta y de la carretera. Eran aproximadamente veinticinco o treinta guerrilleros..."* (fls. 189 a 191 C/2) (subrayado fuera del texto).

En otra ampliación efectuada el 16 de octubre de 1998 dice que: *"Llegando al sitio de vehículo en vehículo llevábamos una distancia casi de 2 kilómetros o kilómetro y medio, se escuchan adelante disparos, yo paro mi vehículo, desembarco con mi personal, mi Teniente GRAJALES GARCÍA me da la orden de que me suba al cerro de la mano izquierda para que apoyara desde allá, la orden me la dio por radio, yo me ubiqué en el sitio y había fuego de allá para acá y de aquí para allá, o sea un fuego cruzado. En el sitio se veía un camino por donde corrían subversivos hacia la cordillera... Como a las 6 de la tarde, llegaron para el levantamiento de los cuerpos, de DABEIBA llegó no se si la Policía o la SIJIN recogieron los cuerpos para hacer el levantamiento en la morgue del Municipio, por radio supe que eran tres subversivos dados de baja, pero yo solo vi uno.*

1A

27
MB

Afirma que se movilizaban en dos camionetas que el Teniente GRAJALES consiguió en el pueblo. Y explica que los bandidos que observó por la carretera eran 3 ó 4, vestían de camuflado, otros de policía y otros de civil, iban de ropa oscura disparando hacia el cerro. Dice que en esa zona militaba las FARC, delincuencia común y se escuchaban los grupos de autodefensas hacia Uramita.

Cuando se le pregunta si en desarrollo de la operación se incautó material de guerra responde: "Sí yo vi a uno con un fusil o no se qué arma era y tenía un morral, de los otros dos no supe porque no llegué al punto donde ellos. El Teniente SANABRIA se hizo cargo ya de ahí para adelante del levantamiento..." (fls. 152 a 160 C/4) (subrayado fuera del texto).

En ampliación de indagatoria, realizada el día 17 de marzo de 2009, dice que el ST GRAJALES le impartió la orden de alistar la escuadra a las 2:00 p.m., se inició el desplazamiento a las 2:30 p.m. y se tardaron 15 a 20 minutos en llegar al sitio. Agrega que se encontraba en la parte alta del cerro y no vio la maniobra que hizo GRAJALES en la parte de abajo, no vio cómo reaccionó con sus tropas (fls. 81 a 95 C/5).

En un última ampliación para beneficios por colaboración eficaz, el día 13 de junio de 2009, relata la realidad de cómo ocurrieron los hechos: *El día 11 de junio de 1997 se encontraban en una operación militar al mando del ST GRAJALES en el sector de Uramita, cuando asombrado vio un personal armado de las Autodefensas al mando de alias PELUSA, que habló con GRAJALES y el MY BARRIOS les dio la orden que se dirigieran hacia Juntas de Uramita para iniciar la operación; el día 13 de junio de 1997 a la madrugada, estaban llegando a Uramita con una cantidad de ganado, arriado delante de ellos por las Autodefensas, que pertenecía al Fondo Ganadero de Antioquia; en la tarde siendo las siete de la noche llegaron a la finca de Los Vanegas y como a las ocho GRAJALES le da la orden que se dirija hacia la parte alta del cerro y él se quedó con la mayoría en dicha finca, donde también estaba PELUSA con una camioneta blanca de estacas; el día 14 estuvieron todo el día con los paramilitares en esa finca; el día 15 tomó el*

dispositivo en la parte alta a las 4:30 horas, como a las 6:30 salió GRAJALES, el Cabo GIRALDO y el soldado ARREDONDO ANGULO, desde la parte alta observó que en el puente se encontraba la camioneta blanca parqueada y había cuatro personas alrededor de ella, el ST GRAJALES se acercó y habló con ellos casi una hora, de ahí se dirigió GRAJALES hacia la base, posteriormente le dio permiso de ir al pueblo. Como a la una de la tarde GRAJALES les ordenó que lo esperaran a la salida del pueblo hacia Uramita, donde había una camioneta Ford parqueada en la que se fueron todos, llegaron al punto Dabeiba Viejo, desembarcaron del carro y no había ningún subversivo, luego GRAJALES le dio la orden que se subiera a la parte alta del cerro que estaba a mano derecha y que tomara seguridad con otros dos soldados, cuando él iba subiendo y llevaba un trayecto de 80 ó 100 metros, llegó la camioneta blanca al mando de PELUSA, tres hombres armados con fusiles AK47 en la parte de atrás y tres hombres amarrados acostados en el planchón del vehículo; luego hablaron con el ST GRAJALES y con el Cabo GIRALDO, entonces como a las tres o cuatro de la tarde PELUSA bajó a un señor vivo de la camioneta, lo desamarraron y PELUSA se le alejó tomando en las manos un galil 7.62 y le disparó; después GRAJALES habló con PELUSA y se fueron trocha hacia adentro, como a los cinco minutos se escucharon otros disparos y más adelante se escuchó el rafagazo de ametralladora, no podía ver pero cree que esos fueron los disparos que realizaron ellos dando de baja a los otros dos señores que estaban en el planchón del vehículo; luego salió la camioneta blanca, con dos paramilitares adelante y dos atrás, pero ya no llevaban a las personas que traían, como a las cinco de la tarde GRAJALES lo hizo bajar del cerro y le dio la orden que se fuera para donde el ST SANABRIA; a SANABRIA se lo encontró ya en el camino y le dijo lo que estaba ocurriendo, él le contestó "hermano eso lo tiene que hablar con GRAJALES". Pudo ver cuando el Cabo GIRALDO le colocó una escopeta vieja a la persona que se encontraba muerta y lo "puso a disparar después de muerto" y dice que el ST SANABRIA peleaba con GRAJALES porque ese armamento estaba muy poquito, una escopeta y un revólver dañado, entonces SANABRIA habló con el MY BARRIOS y él le dijo que coordinara con PELUSA para que le diera un fusil. Al otro día, llegaron a la morgue el ST SANABRIA y el Cabo GUASPA con material de guerra e intendencia. Agrega que a él lo cambiaron de contraguerrilla y los ST GRAJALES y SANABRIA les dieron la orden que dijeran lo que había venido diciendo en sus intervenciones procesales

(16)

mo

anteriores. Afirma que nunca fue coordinada con él la realización de esos hechos, dice que fueron coordinados por GRAJALES y GIRALDO con PELUSA. A PELUSA lo describe como un hombre de baja estatura, acuerpado, como costeño, que usaba cadenas de oro en el cuello, pulseras de oro en las manos y anillos (fls. 278 a 300 C/5).

Finalmente, dentro de su testimonio en la vista pública refiere una versión similar a la anterior.

El SS GIRALDO HENAO WILLIAM, declara el día 18 de febrero de 1999 y alega la poca visibilidad porque “*estaba desapareciendo la tarde*”, dice que entre el primer cadáver y los otros dos quedó una distancia de 150 a 200 mts., entre los dos últimos de 150 metros. Afirma que el que estaba al lado de la carretera le disparó a los soldados. Niega tener conocimiento sobre la existencia de los paramilitares (fls. 287 a 288 C/1).

Es necesario indicar entonces, que resultan contrastantes las múltiples contradicciones e incoherencias que ofrecen en sus manifestaciones el ST GRAJALES, el ST SANABRIA, el SS GIRALDO y las primeras versiones de MARCELINO PERDOMO NIETO, además de que la narración que ofrecen de los hechos atentan contra la lógica y las reglas de la experiencia, como por ejemplo que un grupo de apenas tres soldados lograra presentar resistencia contra 60 bandidos, que alguno adujo que componían el grupo de guerrilleros que pretendían montar el retén en la vía, o que no obstante varios de estos se encontraran armados con armamento automático, pretendieran enfrentar a los soldados tres personas que apenas tenían una escopeta y un arma corta.

Por el contrario, la última ampliación de indagatoria que presenta el procesado y el testimonio que rindió en la audiencia pública de juzgamiento, resulta elocuente, coherente y creíble, pues describe cronológicamente y de manera ordenada uno a uno los sucesos ocurridos antes, durante el hecho y de manera posterior a este, y cómo tuvieron participación directa en los punibles investigados miembros de una

agrupación paramilitar que operaba en la zona, bajo el mando de alias PELUSA, a quien pudo reconocer porque ya lo había capturado con anterioridad.

De igual manera, esta versión encuentra respaldo probatorio en el expediente, pues se cuenta con las manifestaciones de varios familiares y conocidos de las víctimas quienes describen el vehículo donde se transportó a las personas secuestradas, con las mismas características que refiere el señor MARCELINO PERDOMO, además que dicen haber logrado reconocer a algunos de los paramilitares que participaron al menos en uno de los secuestros; también explican de qué manera sus parientes para la fecha del secuestro no eran simpatizantes ni hacían parte de grupos guerrilleros y que llevaban calzado de civil y no botas pantaneras como aparece en las fotografías, todo lo cual obviamente obedece al "montaje" que además de los zapatos consistió en la entrega de abundante material de guerra e intendencia, que el propio procesado expresa realizaron sus superiores al momento de entregar las cadáveres, para aducir que éstos eran de miembros de la guerrilla que operaba en la zona.

Además, es creíble todo lo expuesto por el procesado, cuando se advierten las múltiples irregularidades que en desarrollo del operativo cometieron el ST GRAJALES y el ST SANABRIA, puesto que no hubo una comunicación oportuna con sus superiores respecto de la supuesta noticia que en la zona de Dabeiba Viejo los guerrilleros pretendían montar un retén, ni dijeron nunca qué persona fue la que suministró esa información, se contradicen en la hora y la forma como se enteraron de la noticia cada uno de ellos, se contradicen respecto de si GRAJALES actuó motu proprio o SANABRIA le ordenó que actuara, e igualmente resulta extraña la manera como dicen haber llevado a cabo el levantamiento de los cadáveres y la razón por la cual nunca aparecieron las fotografías que dicen haber tomado en el lugar de los hechos.

En consecuencia, es evidente para el despacho que tanto GRAJALES, como SANABRIA y de contera GIRALDO mienten en su versión, pretendiendo encubrir un proceder completamente ajeno a la ley, mediante el cual en una alianza ilícita con miembros del grupo paramilitar

16

16

que para la época desplegaba sus actuaciones en el área de Dabeiba, secuestraron a las tres víctimas, las llevaron hasta el lugar donde luego reportaron un combate con la guerrilla, las acribillaron en situación de indefensión y luego fueron presentadas como positivas, configurándose las conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR, SECUESTRO Y HOMICIDIO AGRAVADO.

Empero, no encuentra este despacho judicial que exista prueba alguna que establezca la responsabilidad del señor MARCELINO PERDOMO NIETO en estos hechos, por el contrario, tanto el ST GRAJALES como el señor PERDOMO NIETO, han venido manifestando desde el comienzo del proceso que al momento de llegar al sitio Dabeiba Viejo, la orden que recibió este último del primero fue la de apostarse en la parte alta de un cerro, desde donde a pesar que podía divisar lo que estaba ocurriendo, no puede decirse que podía prever los hechos o realizar alguna acción impeditiva.

De otra parte, ninguna prueba vincula al señor PERDOMO NIETO con la Autodefensas, como para indicar, en grado de certeza, que éste también haya tomado parte en el acuerdo mediante el cual el ST GRAJALES y el SS GIRALDO en connivencia con el paramilitar PELUSA secuestraron y luego dieron muerte a los tres retenidos.

Finalmente, de acuerdo a lo informado por los testigos, en el secuestro de sus parientes tomaron parte de manera material y directa los paramilitares y no hay prueba en el proceso que permita afirmar que en esos hechos tuvo alguna participación o colaboración el procesado.

En consecuencia, acogiendo como se dijo, los planteamientos que el mismo delegado de la Fiscalía efectuó en la vista pública, se encuentra que no existen pruebas para demostrar en el grado de certeza exigido en la Ley que el señor MARCELINO PERDOMO NIETO sea responsable de los delitos por los cuales se profirió en su contra resolución

Radicado: 2009-00054

Procesado: Marcelino Perdomo Nieto

de acusación, así que el fallo que habrá de emitirse será de naturaleza absolutoria por existir duda probatoria.

Finalmente, aunque al inicio se explicó que no se cumplen los parámetros para hablar de una variación de la calificación jurídica, podría pensarse que permanece de manera residual la posibilidad de dictar un fallo por el delito de ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO, ya que se “mejoraría” la situación del procesado, pero estima esta judicatura que ello no es así, y ningún pronunciamiento cabe realizar en cuanto a la responsabilidad que le pueda caber o no al señor MARCELINO PERDOMO NIETO por este delito, en cuanto se observa que el presupuesto fáctico sobre el cual se erige esta solicitud de codena es completamente distinto a lo que fue el objeto de imputación jurídica desde el inicio del proceso, así que resolver de fondo dicha solicitud implicaría violentar el derecho de defensa. Entonces, la Fiscalía tiene la posibilidad de iniciar la persecución oficiosa de dicha conducta, si lo considera pertinente.

Como consecuencia de la absolución del procesado, se ordenará su libertad provisional, previa suscripción de diligencia de compromiso y depósito de caución prendaria por la suma de DIEZ (10) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, de conformidad con el art. 365 del C. P. P.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al señor MARCELINO PERDOMO NIETO, de condiciones civiles y personales dadas a conocer en esta providencia, de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR,

SECUESTRO SIMPLE y HOMICIDIO AGRAVADO, por los cuales se le formuló acusación.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, ORDENAR la LIBERTAD PROVISIONAL del señor MARCELINO PERDOMO NIETO, previa suscripción de diligencia de compromiso y depósito de caución prendaria por la suma de DIEZ (10) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación.

CUARTO: Una vez en firme este proveído, remítase las copias de ley ante las autoridades respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Catalina Rendón Henao
CATALINA RENDÓN HENAO

JUEZ