

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA UNICA DE DECISIÓN**

(Discutido y aprobada mediante acta No.32 de marzo nueve (9) de dos mil once de (2011).

En Yopal-Casanare, Marzo nueve (9) de dos mil once (2011).

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los sentenciados RAÚL FERNÁNDEZ MENDIVELSO, JOSÉ EUFRACIO HERRERA ROA, WILSON GARAVITO PULIDO y WILLIAM ISAURO PARADA VERGARA contra la sentencia condenatoria del 4 de noviembre de 2.010 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo-Casanare- en el presente proceso que se adelanta por los delitos de DESAPARICIÓN FORZADA en concurso con los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO y FRAUDE PROCESAL.

1. HECHOS

Se conoce entre otras, de las resoluciones de acusación que en horas de la mañana del día 15 de diciembre de 2.005 RIGOBERTO ACHAGUA PÁEZ llega a casa del abuelo JOSÉ ANTONIO ACHAGUA, ubicada en la Vereda “Las Garzas” del municipio de Tamara y estando en la casa sale para otro sitio a buscar carne de ehigüiro y desde allí desaparece. Que la angustia de los familiares del desaparecido se intensifica más, al saber que el día de desaparición del referido joven, tropas del batallón de contraguerrilla No. 29 habían estado en las Garzas, debido a que varios habitantes de la Vereda, vieron cuando los militares llevaban retenido a Rigoberto y lo iban golpeando a patadas y culatazos, quienes escucharon varios disparos provenientes de la zona montañosa del sector y al rato rieron el descenso de un helicóptero que despego a los pocos minutos. Además la señora HILDA residente

de la Vereda, vio cuando la tropa llevaba el cadáver de RIGOBERTO, que a ella le quitaron una muía, le botaron una carne de chigüiro y atravesaron el cadáver sobre la muía.

Al día siguiente de la desaparición de RIGOBERTO, esto es, el 16 de diciembre de 2.005, el Capitán AMBROSIO CASAS MONTILLA, comandante del batallón contraguerrilla No.29 "Héroes del Alto Llano" informa por escrito a sus superiores sobre un enfrentamiento ocurrido en la referida fecha entre las 5:00 y 5:30 de la tarde, donde son atacados por un grupo de bandidos del frente 28 de las FARC, encontrándose luego un cadáver con dos armas, cadáver que luego fue identificado como el de RIGOBERTO ACHAGUA operación en la cual intervinieron catorce militares.

El material de guerra incautado, según el aludido oficial, fue un revolver calibre 38 y una pistola. Se anota que al occiso le fue encontrada una cubierta para machete No.16.

2. SINTESIS PROCESAL

Con fundamento en lo anterior la Fiscalía Seccional de Paz de Ariporo abrió investigación previa (Fls. 7 y 8) remitió oficios a las autoridades militares requiriendo información sobre el paradero del joven, sin ningún resultado y mediante providencia del 28 de diciembre de 2.006 ordena remitir la investigación por desaparición forzada para la unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, la que mediante peritazgo del 13 de abril de 2.007 (folios 93 y 94) determinó que el cadáver inspeccionado en el acta No.232 del 2.005 efectivamente corresponde al joven RIGOBERTO ACHAGUA PÁEZ, el que posteriormente es reconocido por los familiares.

El Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar el 30 de enero de 2.006 avoca el conocimiento y ordenó la apertura de indagación preliminar. El 24 de septiembre de 2.007 decreta la apertura de la instrucción penal y vincula mediante indagatoria al Capitán Casas Montilla, al Cabo Tercero Giovanni Andrés Porrás Rodríguez y a los aquí procesados y no dice nada en torno a los demás militares.

1.a Fiscalía 61 de la UNDH y DIH mediante decisión del 1 de diciembre de 2.008 ordena la indagatoria de todos los militares que participaron en el desarrollo de la

llamada “misión táctica Espada IV” (Fls. 186 a 187). Ante el conocimiento de tal situación, han reclamado se remita tal expediente, considerando que las ejecuciones extrajudiciales son delitos violatorios de los derechos humanos y en consecuencia de imposible conocimiento de la justicia penal militar, al tenor de múltiples pronunciamientos de los Tribunales Internacionales de derechos humanos y de la Cortes constitucional y Suprema de Justicia de éste país.

Mediante oficio emanado del Tribunal Penal Militar se precisa que el proceso que adelantó la justicia Penal Militar fue devuelto para la Fiscalía 20 Penal Militar disponiendo aquel Tribunal la remisión del caso para la Fiscalía General de la Nación, es decir, que el Tribunal reconoce la competencia (Cdno. No.2 fol.200) sin que a la fecha haya llegado el referido proceso.

Contra los procesados se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación. Posteriormente la Fiscalía considerando que había prueba suficiente para calificar, ordena el cierre de la instrucción y mediante decisión del 30 de marzo del año pasado, la Fiscalía 61 Especializada de Villavicencio- Meta profiere resolución de acusación en contra de los procesados como probables coautores de los delitos endilgados (Fls. 193 a 232).

En firme la resolución acusatoria, correspondió el asunto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo-Casanare, donde se corrió el traslado del art.400 del CP.P. (Fol.245), dentro del cual se plantea se decrete la nulidad del proceso por violación a los artículos 89 y 92 del CP, al haberse fraccionado la investigación, lo que desconoce el debido proceso. La segunda, porque la competencia para declarar la nulidad de la decisión del Juez 69 de Instrucción Penal Militar radicaba en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura y no en cabeza del Fiscal. Y la tercera, por ausencia de controversia probatoria en las declaraciones recibidas por el ente instructor, ya que en ellas no estuvo la defensa. Solicita también la recepción de algunos testimonios, la que le es resuelta de manera negativa en audiencia preparatoria el 18 de agosto de 2.010 (Fol.287 a 292). Contra tal decisión se presenta recurso de apelación, el que es concedido en el efecto devolutivo, pero se observa que la referida apelación nunca fue tramitada, tal como lo reprocha el impugnante defensor de los procesados de la sentencia también apelada por la misma parte y con fundamento en similares argumentos de la solicitud de nulidad, por lo que esta instancia, en primer término a de resolver tal apelación.

El A quo niega las nulidades planteadas, resaltando que el cierre parcial de las investigaciones tiene consagración legal, artículos 393 y 394 del CPP. Igualmente, que el Consejo Superior de la Judicatura tiene como función dirimir conflictos de competencia, no declarar nulidades, estas deben serlo por quien tenga la competencia para conocer del proceso. En cuanto a la contradicción probatoria, señala que el señor defensor no ha demostrado como las pruebas que debieron ser practicadas incidieron en la situación de sus defendidos. Además, dichas pruebas pueden ser recaudadas en la etapa del juicio.

Finaliza el A quo la audiencia preparatoria decretando las pruebas solicitadas por la defensa (Fol.292) sin que se hubiera recepcionado el testimonio de CONSTATINO PÁEZ y se deja constancia que se envía oficio a la Personería de Nunchía (FoI.301) y el 13 de septiembre de 2.010 se intenta nuevamente su recepción, se deja como constancia por la Fiscalía que el testigo es de avanzada edad y que vive a seis horas del casco urbano de Nunchía, el ente investigador recomienda se cita en horas de la tarde (F.310).

3. FALLO APELADO

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo-Casanare profiere sentencia el 4 de Noviembre de 2.010 en la que absuelve a los procesados por los delitos de FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO Y FRAUDE PROCESAL, y los condena a 504 meses de prisión a cada uno por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, DESAPARICION FORZOSA AGRAVADA y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO en calidad de coautores a título de dolo en las condiciones de tiempo, lugar y modo que dan cuenta los autos, les impone el pago de multa de 250 S.M.L.M.V. a cada uno vigentes para el año 2005, para ser cancelado dentro del año siguiente a la fecha en que cobre ejecutoria el presente fallo, igualmente se les impone como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas durante un periodo de 20 años a cada uno, los condena también a cada uno al pago de perjuicios morales en 100 S.M.L.M.V. para la época de los hechos.

En su decisión anterior la fundamenta el A quo indicando que de las pruebas testimoniales recaudadas de HILDA ACHAGUA PÁEZ, DONEIRA GUANARO, ANTONIO ACHAGUA GUANARO, ENRIQUE PÁEZ, LETICIA ACHAGUA, GONZALO RODRÍGUEZ, MARÍA MARLEN ACHAGUA, GILBERTO PÁEZ, MILCIADES GIRÓN, EDELMIRA PÁEZ, JOSÉ OCTAVIO ACHAGUA, SUSANA

CHAVTTA, JOSÉ CONSTATINO PÁEZ, SIBEL ÑAME los que coloca en una balanza, testigos que declaran sobre RIGOBERTO como un humilde campesino y el otro testigo CARLOS ANDRÉS NIÑO que lo muestra como un guerrillero, ve como el peso de los primeros se inclina y hace valer sus declaraciones, toda vez que quienes declaran parientes algunos no tan cercanos y vecinos, cuentan que toda la vida lo han conocido y tratado como un miembro ejemplar de la comunidad, como un buen padre de familia, quienes son coherentes en las actividades desarrolladas por éste, sobre su capital humano y económico, sobre su familia, sobre su desempeño como agricultor, que ninguno evadió respuesta sobre quien era RIGOBERTO, que unánimemente dicen que jamás la víctima nunca fue guerrillero, además todos concuerdan sobre la inexistencia de guerrilla para esa época, sobre las condiciones económicas de los habitantes de la Vereda, por lo que les otorga plena credibilidad a los testigos que declararon quien era RIGOBERTO ACHAGUA, al no observa que estos testigos mientan o tengan motivos para sospechase de ellos, al no encontrar contradicciones significativas, que desestimen sus dichos.

También precisa porque no le da mérito al testimonio de CARLOS ANDRÉS NIÑO y al informe del DAS, frente al primero precisa que salta a la vista la “buena memoria” del ex guerrillero, no se explica como conoce con tanto detalle y precisión los aspectos relacionados con los sucesos del 14 y 15 de diciembre de 2.005, inclusive conoce las horas por las que se comunicaban por radio para reportarse, además de no haberse encontrado granadas en el cuerpo de RIGOBERTO, que la explicación como conoció el verdadero nombre es dudosa, por lo que el testimonio al ser analizado bajo la órbita de la sana critica no ofrece credibilidad, más cuando existe prueba que RIGOBERTO nunca uso armas, no era guerrillero, y el día 15 de diciembre varios testigos señalan que desde las horas de la mañana hasta incluso las 4 de la tarde la víctima estuvo rodeado de soldados, entonces, quien se comunicó con la guerrilla a las 9:00 de la mañana, y la segunda a las 12 de medio día y la tercera a las 2:30 de la tarde, como dijo el testigo, sin que se reportaran alguna novedad, como seria decir que a JONIERlo tiene el Ejercito.

En cuanto al informe del DAS, señala que si bien estos revelan situaciones objetivas que han verificado sus agentes, en otras son producto de indagaciones con terceros, muchas veces indeterminados, que estructuran conjeturas o apreciaciones que materialmente no son idóneos para fundar una prueba. Además tiene en cuenta que las personas que recopilaron la información no comparecen al proceso, ni existen otra u otras pruebas que corroboren lo allí dicho, encuentra que tanto las

declaraciones de los residentes en la Vereda "Las Garzas", como la poca credibilidad que le da al guerrillero reinsertado, hacen que tal documento, dentro del conjunto probatorio no tenga ningún valor demostrativo, al no existir la constancia acerca de su contenido, por lo que concluye que RIGOBERTO ACHAGUA no era guerrillero.

En cuanto al delito de desaparición forzada, con base en las declaraciones que les da plena credibilidad establece que a RIGOBERTO ACHAGUA la tropa lo retiene en ninguna orden legal y luego desaparece, para aparecer horas más tarde muerto.

En cuanto a la existencia o no de combate, en donde fue hallado muerto RIGOBERTO ACHAGUA, según versión de los militares, encuentra que RIGOBERTO ACHAGUA estaba retenido por tropas del ejército nacional. Estableciéndose como preguntas, cómo aparece muerto RIGOBERTO ACHAGUA en un combate con miembros del ejército en horas de la cinco de la tarde del 15 de diciembre de 2.005, cuando varias personas declaran haberlo visto a él retenido por unos soldados. También se pregunta el A quo, cómo luego de abandonar los puestos de observación, que dicen tenían los soldados en el enfrentamiento, nadie de la tropa sale herido, cómo se explica que seis soldados, salgan hacer un registro en una zona donde dicen ellos tenía influencia la guerrilla y portando un arma tan apetecida por la guerrilla como lo es una ametralladora, como se explica que no obstante haber disparado varios soldados sus armas de dotación, las gentes de las Veredas sólo escuchan 304 disparos, por lo que el A quo no encuentra otra solución que la planteada por la Fiscalía desde la resolución de la acusación, al señalar que los procesados retienen, desaparecen y asesinan a RIGOBERTO ACHAGUA y lo presenta como muerto en combate y para llegar a esta conclusión Loma como indicios, que RIGOBERTO ACHAGUA era un campesino humilde, dedicado a las labores del campo con la que sostenía a la esposa e hijos, que fue retenido desde las horas de la mañana por soldados del ejército, los residentes de las Garzas solo escucharon unos pocos disparos, no había presencia guerrillera en la zona, que sólo usaba como arma un machete, las Veredas las Garzas es una zona muy pobre, en la inspección del cadáver no se encontró el machete, la tropa no informó a las autoridades judiciales para el levantamiento del cadáver, la ubicación de las heridas y la trayectoria de los disparos que indica que los recibió estando de espaldas (FOI.205 y sgts.) que no coinciden con las versiones de los militares, el comportamiento de la tropa de Yopal en el trato degradante dado a los familiares de la víctima, cuando averiguaron por él, por lo que el A quo realiza la inferencia

18
17

lógica de la inexistencia del combate, no se puede explicar como si la víctima estuvo casi todo el día rodeado de soldados, resulte muerto en un supuesto combate, que las reglas de la lógica y de la experiencia señalan que si estuvo retenido debió de ser requisado y despojado de las armas que llevaba, anota que no se le encontró el machete, que es normal e indispensable llevarlo en las labores del campo, por ello no encuentra explicación lógica que resulte portando dos armas de fuego, tampoco es plausible que llevará un radio y el reinsertado escuchara varios reportes de ellos durante el día, y el ejército sólo lo encuentre, según ellos una vez abatido, también es inexplicable que ante la gran cantidad de fuego usado de lado y lado, según la versión de los procesados, la comunidad escuche máximo cuatro disparos y concluye que es porque no existió el combate, lo que está demostrado en el proceso es la retención de la víctima, ajena a cualquier grupo al margen de la ley, por su aparición muerto, horas más tarde luego de ser retenido, lo que no se puede explicar, sino de una forma, la tropa lo asesina por la espalda, tal como se desprende el dictamen pericial, y lo hace aparecer como guerrillero abatido en combate.

Que tampoco resulta sensato enviar un grupo reducido de soldados a una zona retirada del grueso de la tropa, en una región que con los antecedentes de orden público reseñado por el Mayor Casas, implicaría por el contrario una mayor precaución y no ponerse en situación desventajosa, lo que robustece la teoría de la falta del enfrentamiento.

De conformidad con lo anterior, construye el indicio sobre la retención, desaparición y posterior asesinato de RIGOBERTO ACHAGUA con base en las pruebas obrantes en el proceso, lo que desencadena el juicio de responsabilidad de los procesados y la pena antes descrita y la absolución de algunos delitos.

4. EL RECURSO

El defensor de los procesados, reprocha en primer término la falta de tramitación del recurso de apelación concedido por el A quo en efecto devolutivo de la decisión que negó la nulidad propuesta por la misma parte en audiencia preparatoria realizada el 18 de agosto de 2010 y no obstante ello, el 4 de noviembre del mismo año se profiere sentencia condenatoria en contra de los procesados por los delitos de homicidio agravado, desaparición forzosa agravada y porte ilegal de armas de fuego, como coautores a título de dolo a la pena principal de 540 meses de prisión

para cada uno, por lo que nuevamente solicita nulidad por tal hecho, falta de tramitación de un recurso, a partir de la fecha en que no se tramita la apelación y se ordene dejar sin efectos la sentencia condenatoria, con fundamento en los arts.2, 29, 83, y 228 de la Constitución Política, las leyes 600 de 2.000, 906 de 2.004 y 270 de 1.996, como las sentencias de la H. Corte Constitucional Números 037 de 1.997 y 079 de 1993.

Insistiendo que se le ha vulnerado el debido proceso, como el acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa del art.306 numerales 2 y 3 respectivamente, porque además de las nulidades que señala, que reitera no fue tramitada su apelación, se configuran otras violaciones a garantías procesales, referidas con la investigación integral, que en la instrucción se le negó el principio de la contradicción probatoria, no sólo en lo relacionado con la practica de pruebas, el derecho a contradecir los testigos de cargos, bajo el argumento que en el juicio se puede practicar las pruebas solicitadas por la defensa, especialmente JOSÉ CONSTATINO PÁEZ, toda vez que el testigo nunca concurrió, evadiendo la justicia.

Que solicitó el traslado de la prueba testimonial de CARLOS ANDRÉS NIÑO (ex guerrillero militante de la FARC-EP) y el señor Ex Director del DAS, lo que no hizo el A quo, para demeritar los mismos.

Que el proceso es un monumento a la violación de todas las garantías, art.93 de la Constitución Política y el concepto de bloque de constitucionalidad y normas internacionales.

Como petición subsidiaria solicita revocatoria, por yerros en el análisis probatorio de la sentencia impugnada, al no haberse ordenado la prueba trasladada pedida por el defensor del testimonio de ORLANDO RIVAS TOVAR, quien en otro proceso similar, si desentrañó el contenido de su certificación, lo que configura negación de tal medio probatorio y el valiosos testimonio del ex guerrillero CARLOS ANDRÉS NIÑO. Señala que no se atendieron las pruebas de manera integral, seria, responsable y no sesgada de las pruebas en conjunto, generó desestimar las pruebas de descargo, desconocimiento de pruebas, como la certificación del 8 de octubre de 2.006 del ex Director del DAS de Casanare, la declaración testimonial del mismo ORLANDO RIVAS TOVAR, que no tuvo e cuenta las ordenes de batalla que tenía que ejercer el ejército, en la zona donde tuvieron ocurrencia los hechos, sobrevaloró las pruebas de cargo, al haber tenido en cuenta sólo las pruebas que

20
A

acusaban a los soldados, la mayoría además indirectos.

Manifiesta su inconformidad, cuando desestima el documento de RIVAS TOVAR y la declaración del ex guerrillero, quien de manera concreta y sin duda alguna, señala quien era en vida para las FARC-EP la persona muerta de RIGOBERTO ACHAGUA PAEZ, quien tiene claro quienes militan en dicha organización delictiva y de los militares y aquí procesados, quienes son coherentes en explicar todo lo ocurrido en aquel lamentable día de ocurrencia de los hechos.

Que frente a las declaraciones de cargo, incurre en otro yerro, al ser en mayoría testigos de oídas, pues no les consta nada acerca de cómo ocurrieron los hechos les de una valor probatorio que en todo el contexto de la prueba no tienen.

Resalta frente al testimonio de JOSÉ CONSTATINO PÁEZ contradicciones claras y evidentes en relación con los demás testigos, por ejemplo, al señalar que a las 4:00 p.m. el ejército tenía en su poder al señor RIGOBERTO, sosteniendo de éste que no tenía armas, contradiciendo su dicho, cuando afirma que sólo paso por aquel lugar, en otra dirección se encuentra el testimonio de EDILMIRA PÁEZ quien indicó que las 3:00 p.m. “escucho unos tiros”, si esto es cierto, entonces CONSTATINO PÁEZ miente, porque a las 4:00 p.m. según la otra declarante estaba muerto RIGOBERTO ACHAGUA. Igualmente el testigo que resalta, sostiene que hacia dos años que la guerrilla no pasaba por la Vereda Las Garzas, contrario a lo sostenido por MILCIADES GIRÓN, cuando afirma que nunca vio guerrilla, pero el vecindario decía que si pasaba por ahí, lo aunado al testimonio de GONZALO RODRÍGUEZ quien sostiene que un mes antes de lo sucedido paso la guerrilla, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva, ordenando la libertad inmediata.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término debe la Sala resolver el recurso de apelación concedido por el A quo en el efecto devolutivo en audiencia preparatoria del 18 de agosto de 2.010, frente a la decisión que resolvió negar las nulidades solicitadas por el Defensor de los aquí procesados, aplicando un orden lógico entonces se examinará, en primer lugar, si tiene asidero legal la solicitud de nulidad ya que de de ser así sobraría toda consideración sobre el tema de fondo.

Muy poco o nada tiene que agregar la Sala a lo expuesto de manera concreta y clara por el señor Juez de primera instancia, cuando resolvió la nulidad planteada por el Defensor de los aquí procesados. Revisadas cuidadosamente las diligencias pertinentes, se observa que no hay cuaderno alguno que muestre que hubo algún conflicto de competencia, que hubiera existido alguna intervención de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Por el contrario, según puede verse en el resumen de lo procesalmente realizado, lo que existe es un oficio emanado del Tribunal Penal Militar donde se precisa que el proceso que adelantó la justicia Penal Militar fue devuelto para la Fiscalía 20 Penal Militar disponiendo aquel Tribunal la remisión del caso para la Fiscalía General de la Nación, es decir, que el referido Tribunal contrario a lo afirmado por el Defensor y aquí apelante, reconoce competencia (Cdo. No.2 fol.200), precisamente porque consideraron que los hechos eran de competencia de la justicia ordinaria. Estando la pretensión del señor defensor sustentada sobre un hecho no cierto, nada más hay que agregar para negársela.

Igual ocurre en relación con el cierre parcial de la investigación. Además de estar expresamente permitido por la ley procedimental, artículo 394, la razón dada no es producto de la voluntariedad arbitraria del señor Fiscal. En relación con otros procesados faltaban pruebas por evacuar. Y la situación que generó el cierre parcial también está recogida por la norma citada: presencia de varias personas vinculadas al proceso, en relación con algunas de las cuales, artículo 393, no se había recaudado la prueba necesaria para calificar.

En cuanto a la posibilidad de contradecir las pruebas practicadas, tampoco hay mayor cosa para agregar. Ella no está limitada a la presencia física de la defensa material o técnica. Hay otras maneras de ejercerla y ellas están abiertas en la etapa procesal que se cumplió con posterioridad a la decisión que no acogió la nulidad aquí planteada, esto es, en la etapa de juzgamiento ante el Juez de conocimiento. Lo mismo debe decirse respecto a las no practicadas.

En este orden de ideas resulta inadmisibles la pretensión del señor defensor enfocada a invalidar el cierre del sumario, no es factible anular un acto judicial que cumplió "la finalidad para la cual estaba destinado" (Art. 310-1 CPP); máxime cuando tampoco obedeció *el principio de trascendencia consagrado en el inciso 2* *Ibídem*, que lo obligaba a precisar cómo se afectaron las garantías procesales de sus

prohijados y qué daño experimentaron “las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”, olvidando que *“La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en sí misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido material de la pretensión defensiva. Además toda nulidad supone perjuicio real para la garantía u si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala”* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Casación 03-10-2001, Radicación # 15301. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR. Subrayas fuera del texto).

Así las cosas, considera la Sala que desde el punto de vista antes analizado, no se afectó la competencia ni sufrieron menoscabo los derechos de los procesados inherentes al trámite procesal penal, por tanto la decisión de primera instancia de negar la nulidad planteada habrá de confirmarse.

En cuanto a la apelación de la sentencia por la cual se condena a los aquí procesados, insiste nuevamente el defensor, en los argumentos esgrimidos en la nulidad que propuso y que fue negada en primera instancia y ahora aquí confirmada, por lo que se considera innecesario profundizar en los mismos.

Se debe precisar además, que la falta de tramitación de un recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo por el A quo en nada afecta el debido proceso o las actuaciones subsiguientes, toda vez que el recurso se concedió en el efecto devolutivo, además que tal deficiencia se subsana aquí, cuando esta Sala procedió a su conocimiento y confirma la decisión de negar la nulidad propuesta por el Defensor de los procesados, y no puede afirmarse por ello que se niegue el acceso a la justicia, cuando el recurso efectivamente se concedió en el efecto devolutivo, lo que omitió u olvido el Juzgado de conocimiento fue darle el trámite correspondiente.

En cuanto a la inconformidad que plantea con el aspecto probatorio, en relación con la valoración de la prueba testimonial sobre los que se fundamenta la sentencia de primera instancia, al considerar que viola el principio de integralidad del art.238 de la ley 600 de 2.000, reproche que es de recibo para la Sala, toda vez que al confrontar las pruebas testimoniales de cargo con las de descargo, se llega a conclusión diferente de la de primera instancia, por ello cuando el A quo dio valor a

las pruebas de cargo con las cuales condena, desestimando las pruebas de descargo, las primeras como los testimonios de HILDA ACHAGUA PÁEZ, DONEIRA GUANARO, ANTONIO ACHAGUA GUANARO, ENRIQUE PÁEZ, LETICIA ACHAGUA, GONZALO RODRÍGUEZ, MARÍA MARLEN ACHAGUA, GILBERTO PÁEZ, MILCIADES GIRÓN, EDELMIRA PÁEZ, JOSÉ OCTAVIO ACHAGUA, SUSANA CHAVITA, JOSÉ CONSTATINO PÁEZ, SIBEL ÑAME que coloca en lo que él denomina balanza, en cuanto ellos declaran que RIGOBERTO ACHAGUA era un humilde campesino, pruebas estas que confrontadas con el testigo de la defensa CARLOS ANDRÉS NIÑO muestra a RIGOBERTO ACHAGUA como un guerrillero, le permiten analizar que el peso de los primeros se inclina para hacer valer sus declaraciones, toda vez que quienes declaran parientes y vecinos, cuentan que toda la vida lo han conocido y tratado como un miembro ejemplar de la comunidad, como un buen padre de familia, además señalan el desempeño como agricultor, destaca además el A quo que ninguno evadió respuesta sobre quien era RIGOBERTO, que unánimemente dicen que jamás la víctima fue guerrillero, además todos concuerdan sobre la inexistencia de guerrilla para esa época, sobre las condiciones económicas de los habitantes de la Vereda, por lo que les otorga plena credibilidad a los testigos que declararon quien era RIGOBERTO ACHAGUA, al no observar que estos testigos mientan o tengan motivos para sospecharse de ellos, al no encontrar contradicciones significativas, que desestimen sus dichos.

Se debe precisar al respecto, que le asiste razón al apelante, en cuanto al A quo no confrontó estos testigos con la declaración o indagatoria de los procesados y con el testigo de la defensa CARLOS ANDRÉS NIÑO, reinsertado que da cuenta cuándo, cómo y dónde ingreso a la Guerrilla, el nombre o los alias de quienes conoció en tal grupo y por ello distingue a alias Yonier, narrando seguidamente la situación cuando lo conoció, el día que llegaron catorce a la Vereda “ El Silencio” y entre ellos el muchacho ya referido y quedo al pie de él y el por no hacer cambuche, le dijo que si se podía hacer con él, cogieron confianza y se hicieron amigos, que eso fue en septiembre de 2.005, que él le contó que era de las Garzas del municipio de Tamará y se contaron cuando eran civiles, y que él le dijo que lo mandaban a las Garzas a conseguir la comida y que le tocaba a hasta tres días que le tocaba relajado, que era miliciano popular, de ahí paso el tiempo, hasta cuando, señala que luego que se calmara la presencia del ejército, otra vez se devolvieron por los lados de Garzas y se hicieron en una casa que tenía un plantío grande de café grande, por ahí se le pasaban y llegaba cada vez unidades de Danilo y venia Yonier a hacer mandados por que tenía conocimiento de la gente y él era que se la pasaba con Yoki Javier que

24
20

aún sigue en las Filas y con un muchacho que mataron que se llama Lalo, ahí fue pasando el tiempo y llegó la orden de Alberto el comandante del Frente 28, el 10 de diciembre dio la orden para que se recogieran para ir a Arauca, impartió la orden a la tropa de Julia y de Danilo, y éste último dejó tres unidades y el resto evacuó, los tres eran Yonier, Yoki y Rene los dejaron con medios de comunicación y armas cortas, se fueron el 14 de diciembre a las cinco de la tarde y hubo una primera comunicación a las dos de la tarde y reportaron que estaban bien, que no se miraba nada, la otra comunicación fue el 15 de diciembre a las nueve de la mañana y la segunda a las doce del medio día y la tercera a las dos y media de la tarde y fue cuando comunicaron que iban hacer más vueltas y luego regresarían al campamento en horas de la noche se lo informaron a Danilo y a Julia y como las cinco de la tarde escucharon un intercambio de disparos, como unos cinco o tres minutos, no le pararon bolas, ni nada y cuando llegaron los dos muchachos Yokis y Rene, dijeron que habían mandado a Yonier a una casa y que ellos se habían despedido de la escuela de Garzas, y que él se había llevado un revólver, una pistola, dos granadas y el radio y que al rato que se fue se escucharon los tiros, pero no vieron aviones, que no sabían que había pasado, que no se sabía nada del chino, ni escucharon bulla, entonces esperaron y cada rato lo llamaban al radio, pero no sabían nada y dijeron una de dos o lo emboscaron o de pronto le dio por echar [domo, porque ha veces lo hacía, era como loco, pero no volvió a parecer, cuando al otro día llegaron los helicópteros y ahí fue cuando dijeron al chino lo jodieron, entonces ya hubo el sobrevuelo de los helicópteros aterrizaron y se fueron, allí nosotros al ver tropa nos alistamos y seguimos la ruta, eso fue el 15 de diciembre, ya estaba tardecito, él tenía como 23 o 24 años, era como indiaito. Señala también que en navidad el 31 de diciembre Alberto dio un dato general de los muchachos que habían caído y ahí fue cuando dijeron que habían matado a Oliverio, a Yonier a Gustavo y a uno que le decían el Guajiro Uriel, ahí se confirmó que al muchacho lo habían jodido. Quien además lo reconoció en una foto que le pusieron de presente, también indicó las armas que tenía, sin conocer las especificaciones de las mismas, manifiesta también que vestía de civil, ya que era macedor los que salen a la población civil, que le dijo que tenía familia y que tenía dos niños pequeños y vivían los padres y en tal labor le dan permiso para ver a la familia, estarse con ellos y trabajar en la jurisdicción que le asignen. Que con Yonier se encontraba cada tres días. Además que manifiesta que todo lo recuerda porque es difícil que se le olvide lo que ocurrió cuando estuvo en la guerrilla y más cuando un guerrillero cae en combate. Que el intercambio de disparos fue entre el muchacho y el ejército, porque a veces el miliciano hacía polígono. Añade además que no se metía con

nadie, que era buena gente. Cuando el Defensor le pregunta sobre la importancia de las Veredas Las Garzas y Milagros, indicó que el ejército nunca iba (Fls.307 a 311).

Testigo éste que al ser confrontadas con las pruebas de cargo de HILDA ACHAGUA PÁEZ, DONEIRA GUANARO, ANTONIO ACHAGUA GUANARÓ, ENRIQUE PÁEZ, LETICIA ACHAGUA, GONZALO RODRÍGUEZ (no puede decir nada porque se encontraba trabajando en la Finca Las Lagunas), MARÍA MARLEN ACHAGUA, GILBERTO PÁEZ, MILCIADES GIRÓN, EDELMIRA PÁEZ, JOSÉ OCTAVIO ACHAGUA, SUSANA CHAVITA, JOSÉ CONSTATINO PÁEZ, SIBEL ÑAME, no se observa en él contradicción alguna, más cuando estos testigos son de oídas, los cuales tiene conocimiento de los hechos que informan en este proceso por comentarios de la gente, sin precisar de quienes (Fls.30, 280 a 282) y otros como DONEIRA GUANARO, saben por lo que comentó MARILUZ PÁEZ, y EMILSE GUANARO, y otros por lo que comentó JOSÉ CONSTATINO PÁEZ (Fol.30, 32, 35) y en general lo que manifiestan ellos es que conocían a RIGOBERTO ACHAGUA PÁEZ, su familia, que era buena persona, que no se metía con nadie, tal como lo señala el reinsertado que como él era miliciano salía al pueblo a buscar comida, que le daban permiso para ver a la familia, que inclusive vestía como civil y señalan además que se encontró por el camino con el ejército, que es precisamente lo anotado por el reinsertado (Fl.32,33).

Y el único testigo de cargo que señala que a RIGOBERTO ACHAGUA lo tenía el ejército, JOSÉ CONSTATINO PÁEZ (Fls.9 y 10 Cdo. No.2) señaló que después como a las cuatro de la tarde, escucho unos tres o cuatro disparos y que sólo a los tres días se supo que habían matado a RIGOBERTO, cuando otros testigos señalaron que al otro día de los hechos (15 de diciembre de 2.005) llevaban el cadáver en una muía. Además cuando se le pregunta por grupos armados ilegales en la Vereda Las Garzas señaló que nunca, que hace como dos años y medio que no pasan, lo que se contradice con lo indicado por DONEIRA GUANARO, que señala que los grupos al margen de la ley, a veces pasan por ahí (Fol.31 cdo No.1), como los demás testigos.

Otra contradicción que se anota, en los testigos de cargo, es que la señora LETICIA ACHAGUA PÁEZ, manifiesta que cuando fue al ejército a preguntar por su sobrino RIGOBERTO, un comandante le dijo que estaba con camuflado, cuando de las declaraciones que aquí se reseñan ninguna da cuenta de tal situación, si no que

estaba vestido de civil (Fls. 277)

Igualmente la versión del testimonio del reinsertado, es coherente con el informe presentado por el Capitán Casas Montilla, que indica con el fin de neutralizar milicias e integrantes de la cuadrilla 28 de las FARC que delinquirían por ese sector, lo registraron como a las diecisiete horas aproximadamente, procedieron a retornar al punto de partida, cuando venían más abajo, sobre un sector bajo profundo y boscoso fueron atacados por unos bandidos, la unidad procedió a reaccionar, hubo intercambio de disparos, un grupo reaccionó con él tirando a la derecha, con el fin de ganar un poco de altura y poder repeler mejor el ataque, el otro personal que iba al mando del C3 PORAS, ellos reaccionaron, eran los que tenían la ametralladora y a buscar un punto estratégico para poder emplazar la M-60, el fuego enemigo cree no duro mucho, tres o cuatro minutos, **que fue algo sorprendente**, después cuando se logró registrar el sector, se encontró un cuerpo sin vida, con un radio, un revólver, y más adelante una pistola, al parecer ésta la dejaron abandonada por los bandidos que emprendieron la huida, que eso fue rápido, que no duro sino como dos o tres minutos, por eso cree se les cayó y la dejaron abandonada por los bandidos que salieron a la huida, y que la evacuación del cadáver sólo se hizo al otro día, ya que donde sucedieron los hechos no pudieron hacer un helipuerto. Que cumplían un control militar del área, que el ataque fue sorprendente, que reaccionaron en defensa personal. Cuando se le pregunta por el número de personas que los atacaron, señala que no los alcanzó a ver, que lo único que puede hacerse es una idea que era un grupo muy pequeño por la cantidad de fuego, va que si hubiera sido numeroso hubiera peleado más, que cree que eran cuatro o cinco (Fls.129 y 130 Cdno No. 1), descripción de los hechos que coincide con lo manifestado por los soldados profesionales JOSÉ EUFRACIO HERRERA ROA (Fol.132 y 133), WILSON GARAVITO PULIDO, inclusive señala que el área era boscosa y no había viviendas cercanas (Fls.134 y 135), el testimonio de RAÚL FERNÁNDEZ MENDIVELSO (Fls.139 y 140).

Por su parte, el Cabo Tercero Porras Rodríguez manifestó en declaración, que se realizó una infiltración al medio día, que inclusive sólo la que se dejaron ver de la población civil hasta llegar al objetivo que era la parte de abajo, ya al medio día que no hubo movimiento de personal, la gente se dio cuenta que la tropa estaba por ahí, luego se fueron hacer registros por los lados de las fincas, y como a las tres y media o cuatro como no veía nada, el Capitán dio la orden que se fueran, se devolvieron por la misma trocha donde estaba el resto de la

27
28

compañía y aproximadamente a las cinco y media de la tarde fueron sorprendidos por unos disparos, que ellos reaccionaron, que el Capitán reaccionó cogió por el lado derecho y ellos por el lado izquierdo, que el iba con la escuadra de la ametralladora y se fue hacia la parte alta y abrieron fuego hacia donde estaban disparando, eso fue rápido, que se quedo en la parte alta, hasta que le ordenó que bajará, cuando bajo el Capitán ya había hecho el registro y había encontrado el sujeto dado de baja, tenía un revólver y un radio y luego unos soldados encontraron una pistola (Fls. 136 y 137) Que la zona ocurrieron los hechos es sólo maraña, que no los vieron que ellos escucháronlos disparos y que ellos lo único que hicieron fue disparar hacia donde les dispararon.

ix> anterior permite establecer, que al Estado en cabeza, especialmente, de la Fiscalía General de la Nación, le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia para soportar una verdadera acusación, en aras de una condena. Misión que no ñe cumplida, toda vez que el expediente carece de elemento incriminatorio o que siquiera genere un principio de prueba de cargo contra los procesados y en ese orden, se deberá absolver a los aquí procesados, por los delitos que se promueve el presente proceso, toda vez que la desaparición forzosa no se estructura cuando, se establece en el plenario que RIGOBERTO ACHAGUA no desapareció, sino que fue muerto en las circunstancias aquí descritas.

Tampoco se puede estructurar el delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS, toda vez que los sindicalizados de tal hecho son personas que conforman la fuerza pública de Colombia, como lo es el Ejército Nacional, y por último tampoco esta Sala encuentra elementos que le permitan establecer el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, por lo que la sentencia de primera instancia habrá de revocarse y en su lugar se dispone absolver de los cargos imputados a los aquí procesados.

En gracia de discusión, de no aceptarse esta postura de la Sala, se puede también predicar la aplicación del indubio pro reo, porque para el efecto es imprescindible fundamento probatorio respecto de los medios incorporados legalmente al proceso y de cuyo resultado aflore una duda razonable.

Es decir, que ese procedimiento impone, la elaboración de un juicio probatorio para obtener un raciocinio, una conclusión que en el campo valoratorio viene a significar un confuso grado de convicción, más allá de la hipótesis o simple supuesto, que conduzca a un principio de verdad, pero en todo caso dentro de los

28
29

límites de la credibilidad, sin alcanzar punto de conocimiento que implique la certeza.

En este orden de ideas no se evidencia una prueba definitiva que permita condenar a los aquí procesados por homicidio agravado, entendiendo así que la sola sindicación que hizo el único testigo que aparentemente vio a RIGOBERTO ACHAGUA con el Ejército no es suficiente, y menos aun sería prudente el completarla con unos indicios muy ambiguos, respecto de ciertos hechos que por demás se encuentran explicados razonablemente, como ya se precisó antes, elementos de juicio que favorecen la duda y que imponen la absolución.

Sin que sean necesarias más consideraciones al respecto, la Sala de Decisión Unica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal-Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo-Casanare, en el presente proceso que se adelantó por los delitos de DESAPARICIÓN FORZADA en concurso con los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO; PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PUBLICO y FRAUDE PROCESAL contra los señores RAÚL FERNÁNDEZ MENDIVELSO, JOSÉ EUFRACIO HERRERA ROA, WILSON GARAVITO PULIDO y WILLIAM ISAURO PARADA VERGARA, y en su lugar se dispone,

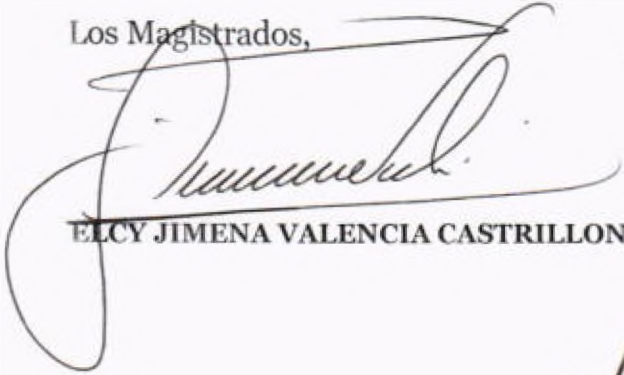
ABSOLVER a los señores RAÚL FERNÁNDEZ MENDIVELSO, JOSÉ EUFRACIO HERRERA ROA, WILSON GARAVITO PULIDO y WILLIAM ISAURO PARADA VERGARA de los cargos por los delitos de DESAPARICION FORZADA en concurso con los delitos de HOMICIDIO'AGRAVADO, PORTE ILEGAL DE ARMAS DE PUEGO DE DEFENSA PERSONAL, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO y FRAUDE PROCESAL, de conformidad con lo aquí expuesto.

SEGUNDO: ORDENE la libertad en forma inmediata. Líbrense por Secretaria los oficios pertinentes.

29
25

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA EL
EXPEDIENTE AL JUZGADO DE ORIGEN**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



JAIRO ARMANDO GONZALEZ GOMEZ



PEDRO PABLO TORRES BELTRAN