



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 100
(Sesión del 19 de agosto de 2014)

Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado
Asunto: Fiscal y Procurador recurren sentencia absolutoria
Decisión: Revoca y condena
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 19 de agosto de 2014

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentaron el delegado de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2012, por la cual Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, absolvió a Delio Antonio Valencia Zea, Fabio León Torres Quintero, Diver de Jesús Quiroz Tobón, Heriberto Martínez Muñoz, Oscar Darío Jiménez, Juvenal de Jesús Higueta Suarez, Harby Lubo Tabares, Carlos Andrés Sánchez Ibarguen; Jorge Alberto Díez Silva y Diego Fernando Hidalgo Padierna del delito de homicidio por el que se les acusó.

1. Hechos.

El 30 de julio de 2004, a las 7 de la noche aproximadamente, cuatro sujetos raptaron a María Elena Ríos Herrera de su casa de habitación en el barrio Terrigenos, de la Comuna 13 de esta ciudad.

A las 10:30 de esa misma fecha, la ciudadana fue reportada como persona dada de baja, luego de un enfrentamiento armado con miembros del Ejército Nacional.

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

muerte a la dama provino de las armas de ejército o de las armas de los presuntos atacantes.

2.2. El secuestro previo de María Elena Ríos Herrera y los móviles (folios 11 y 14).

Afirma que no hay duda que el secuestro lo ejecutaron cuatro hombres vestidos de civil a las 7:30 P.M aproximadamente, la misma noche en que fue asesinada. Asimismo, destaca que se identificó como uno de los plagiarios a José Alberto Cano Ruiz, miembro de un grupo paramilitar que tuvo disputas con la víctima, según declaró José Alirio Guzmán Aguiar, compañero permanente de ésta, pues María Elena sabía que Cano Ruiz asesinó en 1999 a una mujer de nombre Claudia. Por este hecho, la jueza concluyó *"la existencia de un móvil poderoso"* para ejecutar el secuestro. Y luego afirma que a *contrario sensu* ninguna prueba sustenta móvil para el homicidio por parte de los miembros del ejército.

2.3. El combate entre los sujetos de la conducta (folios 14 al 36)

La sentencia resume la versión de cada uno de los diez soldados; de los testimonios de los agentes de policía Luis Hernán Hurtado Mendoza y David Alexander Fernández Muñoz, quienes llegaron al lugar después de escuchar los disparos.

Después de citar los testimonios de los procesados concluye que todos los procesados, con mayor o menor detalle, describen el desplazamiento, el hostigamiento y la reacción. Después del enfrentamiento registraron el área y hallaron el cadáver de una mujer, y a su lado un arma de fuego. Lo cual les indujo a la conclusión de que pertenecía al grupo atacante. A lo anterior adicionó la declaración de un particular que escuchó una balacera y la de los policías que también la escucharon, para inferir que no es posible asegurar a pie juntillas que el enfrentamiento armado no ocurrió.

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

para delinquir, afirma que ellos no sólo tenían esa posibilidad, sino que también la comparten con el grupo de personas que los enfrentaron esa noche.

En el acápite que denominó valoración completa de la prueba “*inculpatoria*” (folios 42 y 43) argumento: para afirmar que a María Elena Ríos Herrera la asesinaron los soldados, habría que partir del supuesto fáctico de que la tenían en su poder por haberla recibido previamente de los secuestradores, circunstancia de la cual no existe prueba; y, que no hubo enfrentamiento armado

Luego agregó que el sentido común indica que los soldados no hubieran asesinado a la dama sin dejar de adecuar su ropa y accesorios a la condición de Guerrillera; ni hubieran puesto un arma de la cual no se disparó a sabiendas que podía probarse esta circunstancia.

Por lo demás, hay evidencia de que se presentó el enfrentamiento, no sólo por el testimonio de los procesados, sino también por la declaración de José Manuel García Giraldo y de los policías que llegaron al lugar.

Todo lo anterior inclina hacia la duda la resolución del asunto. Amén de que quien la plagió tenía un móvil para asesinarla. Lo que no ocurre lo mismo con los procesados.

3. Recursos de apelación.

3.1 Procuraduría Judicial 126 II.

Después de resumir los hechos y los argumentos del fallo, afirma que llama la atención que apenas una hora después de que un grupo de personas entre las que estaba José Alberto Cano Ruiz, un reconocido paramilitar del sector secuestrara a la víctima, se expidió la orden de operación fragmentaria para que el grupo *Tanatos* se dirigiera a la Comuna 13 de esta ciudad, y

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

la versión de cada uno de ellos, como con lo expuesto por sus compañeros. Por lo que puede concluirse que no hubo combate.

A lo anterior agrega que en la diligencia de inspección al cadáver no se halló ni un solo proyectil; la ropa y accesorios de la víctima no son compatibles con los que usa una guerrillera; y no se encontró evidencias de que la ciudadana disparó el arma que estaba a su lado. Por lo demás, resalta que varios de los procesados fueron acusados por un hecho idéntico al *sub judice*, ocurrido en el barrio La Sierra de esta ciudad.

Concluye que las circunstancias descritas dejan sin sustento las versiones de los procesados respecto de la ocurrencia del enfrentamiento, pues esto no es más que una treta para darle visos de legalidad a una ejecución extrajudicial.

3.3. La defensa como no impugnante.

Destaca que el 30 de junio de 2004, María Elena Ríos Herrera fue reportada como dada de baja en enfrentamiento que sostuvieron con varios sujetos armados, de acuerdo con información suministrada por miembros del Ejército Nacional. Y si bien fue raptada horas antes de su residencia por un grupo de hombres armados, no está probado que los militares tenían en su poder a la ciudadana, es decir, no la recibieron de quien se probó la secuestró.

Resalta que los agentes de policía que llegaron momentos antes de la Fiscalía al lugar de los hechos dan fe del enfrentamiento entre los desconocidos y la unidad militar.

Argumenta que no hay prueba de relación entre los secuestradores y los miembros del ejército, o acuerdo para asesinar a María Elena Ríos Herrera. Debe existir alguna circunstancia que vincule a ambos grupos. A renglón seguido presenta la tesis de que el grupo que secuestró y asesinó a la ciudadana fue liderado por José Alberto Cano Ruiz, quien procedió a cometer el homicidio cuando fue descubierto por el ejército en momentos en que era llevada por la vía a Terrígenos

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

i) María Elena Ríos Herrera fue raptada de su residencia por cuatro sujetos vestidos de civil, entre ellos, José Alberto Cano Ruiz; ii) con el acta de inspección al cadáver y el protocolo de necropsia, la ciudadana fue asesinada tres horas después de su secuestro, en lugar cercano a su residencia, lugar al que fue conducida contra su voluntad.

La discusión, se concreta en los siguientes interrogantes:

2.3 ¿Se presentó combate entre un grupo desconocido y los miembros del ejército?

Para dar respuesta a este interrogante se cuenta en el expediente con los siguientes hechos probados:

La víctima fue raptada de su lugar de residencia aproximadamente a las 17:30 horas del 30 de junio de 2004. El comandante el grupo militar informó que se dio de baja a una mujer en combate. Como prueba documental se arrió a la foliatura el informe de patrullaje, dentro de la orden de Operaciones Fragmentarias N° 071, suscrito por el C:P Suárez John Jairo en el que da cuenta que a las 22:00 horas de ese día se desplazaba por el barrio Terrígenos, cuando detectó a tres personas sospechosa, a quienes se les realizó la proclama "SOMOS EL EJÉRCITO NACIONAL DETÉNGASE" ante lo cual abrieron fuego y en la reacción se dio de baja a una mujer.

Las prendas de vestir y los accesorios que portaba la víctima no corresponden a los que usualmente usa un combatiente.

Al lado del cadáver se encontró una pistola Pietro Beretta con municiones, pero se probó con dictamen técnico que la víctima no disparó

El proyectil de arma de fuego que produjo la muerte de la víctima se efectuó a corta distancia, pues presenta **bandeleta contusiva**

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

Cabe preguntarse si está dentro de los límites de la forma en que comúnmente ocurren las cosas, que varios individuos rapten a una persona, la conduzcan por una zona semiboscosa y al notar la presencia del ejército, en lugar de huir, decidan asesinarla y “plantar” un arma de fuego a su lado, después o durante un enfrentamiento armado. Bien vale preguntarse, si los autores del homicidio fueron personas diferentes y sin relación con el grupo de militares, qué sentido tendría que le hubieren dejado un arma a su lado.

La respuesta refulge negativa, más aún si se tiene en cuenta una barrera infranqueable, la versión de los militares en el informe inicial, en tanto, ellos mismos pregonan que reaccionaron, dando de baja a una mujer, a quien se le encontró una arma.

La afirmación de la sentencia de primera instancia de que el enfrentamiento sí ocurrió, y que a más de los soldados, de ello da fe un civil y los policías, es una errada interpretación de la prueba.

Cuando la sentencia valora el testimonio de los agentes de policía y de José Manuel García Giraldo, tergiversa el concepto o alcance del asunto. Cuando García Giraldo afirma que escuchó una balacera, se refiere a que escuchó disparos, lo que no implica necesariamente el enfrentamiento de dos bandos armados.

Para reforzar el argumento la jueza adiciona el testimonio de los policías que asistieron al lugar, destacando que éstos confirman la ocurrencia del combate, sin que ellos nunca hubieren afirmado tal cosa, llegando así a una conclusión inatinerante, pues la premisa de que los testigos escucharon disparos, no sirve para concluir que se presentó un combate.

Igual argumento utilizó la defensa cuando intervino como no recurrente, pues afirmó que los agentes de policía que llegaron al lugar de los hechos antes de la Fiscalía, dan fe de que el enfrentamiento se dio entre los desconocidos y la unidad militar. Pero esto no fue lo que afirmaron los miembros de la policía, lo que expusieron fue que escucharon disparos.

2.5. ¿Qué José Cano tuviera un móvil para dar muerte a María Elena Ríos y el grupo de soldados aparentemente no, excluye la participación de estos en los hechos?

La sentencia argumenta que existe un móvil poderoso para que José Cano diera muerte a María Elena y que en contraste ninguna prueba sustenta móvil de los miembros del ejército. Esta tesis olvida que el móvil de José Cano no es excluyente con el que pudieran tener los soldados. Además, la tesis desconoce la ubicación espacio temporal de los hechos: año dos mil cuatro en el marco de las particulares condiciones que para esa época tenía la Comuna 13 de Medellín. Por lo que después de varios años y ahora que fueron descubiertos y judicializados los llamados "falsos positivos", analizar el asunto con la misma lógica que se haría en aquellos años.

Ahora, que José Cano era el único que tenía interés en la muerte de la ciudadana, se descarta con el hecho mismo del secuestro. En efecto, si el objetivo principal era el homicidio, que razón tendría asumir el riesgo que implica la comisión de un secuestro, actividad criminal que se prolonga en el tiempo y en el espacio, cuando era más fácil causar la muerte, hecho este que se agota en un instante. Amén de que José Cano se expuso a la vista de los vecinos de María Elena cuando acudió al domicilio de esta.

El rapto de la ciudadana tenía un objetivo que se infiere razonablemente y no era otro que facilitar su muerte a manos del comando del ejército, quien en un informe de tres hojas, dieron cuenta de lo que supuestamente sucedió.

De otro lado, y según la jurisprudencia de la Sala Penal Corte Suprema de Justicia⁵ no es indispensable determinar la motivación para la configuración del homicidio o establecer la responsabilidad; no es necesario probar el fin específico que se perseguía con la conducta, únicamente es ineludible demostrar el dolo de matar, no por qué se mató.

⁵ Sentencias radicado 19.646 de octubre de 2005 y Auto radicado 33658 de junio de 2010 entre otras.

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

A más de los indicios analizados, la Sala observa que convergen, contra los procesados, algunos otros hechos indicadores de responsabilidad los que se analizarán según dispone la Ley 600 de 2000, en el sentido que todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro, norma que además exige que el hecho indicador este probado.

Los hechos probados, a más de los valorados: oportunidad para delinquir y mala justificación de los cuales puede inferirse razonablemente la autoría de los procesados en el homicidio, también se tienen los siguientes: *i)* el informe del comandante del grupo que da cuenta de que dio de baja a una mujer en combate, cabe preguntarse porqué informaría este hecho si no estuviera interesado en presentarla como un positivo en la lucha contra la subversión; *ii)* las prendas de vestir y los accesorios que portaba la víctima no son los que usualmente usa combatiente, de lo que se inferirse que faltó a la verdad en el informe; *iii)* al lado del cadáver se halló una pistola Pietro Beretta con municiones, pero se probó con dictamen técnico que la víctima no disparó; *iv)* el disparo que produjo la muerte de la mujer penetró por el dorso y se efectuó a corta distancia, pues presenta bandeleta contusiva, lo que de acuerdo con las reglas de la experiencia permite inferir un homicidio mas no la muerte en combate.

2.7 ¿Existe certeza para condenar en los términos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Fue la duda probatoria la que llevó a la jueza de primer grado a absolver a los procesados, argumentó que no contaba con la certeza respecto de la autoría y responsabilidad. Para determinar que a la ciudadana la mataron los militares, adujo, habría que partir de la base de que la tenían en su poder por haberla recibido previamente de quienes la secuestraron y que no se presentó enfrentamiento armado.

La Sala comparte la posición de que la presunción de inocencia como principio rector debe mantenerse y que sólo es posible dictar una sentencia

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

la relación espacio-temporal de un hecho con el otro. Esto es, del rapto y del homicidio de la ciudadana.

La réplica de la Procuraduría al argumento de la sentencia en el sentido de que es absurdo que hubieran matado a sangre fría a la víctima sin adecuar sus vestidos y poniéndole un arma no disparada, no consulta la experiencia, pues los militares en estos casos siempre han dejado cabos sueltos, es compartida por la Sala, pues puede afirmarse, conforme a la experiencia, que casi siempre que se han conocido en los estrados judiciales este tipo de ilícitas actuaciones del ejército se han encontrado varios cabos sueltos que son los que han permitido su judicialización y algunas condenas. En efecto la jueza afirma sin sustento alguno que los militares son muy cuidadosos en estos asuntos.

Para llegar a la llamada certeza en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 debe valorarse la prueba lícitamente arrimada al proceso, es decir se debe partir de hechos probados, no de hipótesis y ahí encontramos el primer error de juicio, en la sentencia, al incluir entre los hechos probados de su análisis, que no se presentó enfrentamiento entre un grupo de desconocidos y el grupo de militares y exigir que se probara que la víctima no estaba en poder de los militares, cuando existen claros hechos indicativos de que no se presentó combate y de que la víctima estaba en poder de los homicidas. Por supuesto que en casos como el *sub judice*, se falsean los hechos y las evidencias físicas; y no hay prueba directa, pues los únicos testigos son los procesados, por tanto debe recurrirse a otro tipo de prueba y analizarla en su conjunto con el método de la sana crítica y llegar a las conclusiones más racionales posibles.

No puede afirmarse con fundamento en una valoración sesgada del acervo probatorio que “hay duda” y “como esta favorece al reo” no existe certeza para condenar. El procedimiento para llegar a la conclusión de la duda probatoria para absolver con esta tesis, de vieja data fue establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

contrario, de tener claro, que se trata de un grado del conocimiento al que se llega partiendo de una base objetiva, de suyo, constatable.

...10. Por tanto, siendo dable, entonces, refutar un juicio de certeza por vicio en sus fundamentos o por el método aplicado para llegar a ella, como igual sería frente a la duda, sin que en eso incida negativamente el medio por el cual se llegue, esto es, que lo haya sido en forma directa, porque a una determinada prueba, cierta en sí misma, previa confrontación integral con las demás, así lo permita, o indirectamente, es decir, acudiendo a la inferencia indiciaria, pues, para los dos eventos se requiere la apreciación de la integridad probatoria y su valoración de acuerdo con las ya referidas reglas de la sana crítica, no resulta admisible que las decisiones tomadas por un juez sean insondables e imposibles de ser confrontadas en orden a establecer su legalidad, ya que, si por el propio mandato normativo le es obligatorio integrar el universo probatorio por todos los medios de convicción legalmente aportados al proceso, y dolosamente lo sesga, esto es, únicamente valora las que arbitrariamente quiere, sabedor de que así está violando el mandato positivo que se lo prohíbe, es claro, que en ninguna forma puede afirmarse que por ser el juicio de certeza una actividad intelectual, la conclusión que la manifiesta no sea posible de ser desvirtuada, pues lo que sucede es que cuando ello se constata, lo inferido nunca puede corresponder a la verdad que constituye el supuesto de la certeza, o a su negación, y objetivamente se puede demostrar su ilegalidad por haberse desconocido la prueba o parte de ella, llegando en estas condiciones, a un juicio ilegal⁶....

Las preguntas que surgen luego de probado que: *i)* el secuestrador pertenencia a grupos armados ilegales denominados "paramilitares"; *ii)* menos de cuatro horas después de secuestrada la dama, el Ejército la presentó como "guerrillera" dada de baja en combate; *iii)* para la época de los hechos era de común ocurrencia este tipo de operativos, son: *i)* ¿dónde estuvo esas tres horas?; *ii)* ¿Por qué el ejército se apresuró a calificarla como combatiente dada de baja en enfrentamiento?; *iii)* ¿Cuál fue la interacción que se presentó entre el secuestrador y el grupo de militares?.

Por supuesto que quedan dudas acerca de estos elementos, pero no es necesario saber dónde estuvo retenida, ni cuál es el nexo que articula a los militares y a los secuestradores ni en qué momento ni como la entregaron los unos a los otros para concluir que fue un homicidio y que los responsables son los procesados.

Analizadas las pruebas obrantes en la foliatura a la Sala no le queda duda que mengüe la certeza exigida por el Art. 232 del C. de P. P. que la muerte de la víctima se produjo a manos del grupo de militares quienes luego la presentaron como dada de baja en combate

⁶ Sala de Casación Penal Sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

2.8. De la sanción penal.

Se probó el homicidio de una dama perpetrado por varios sujetos dotados con armas de largo alcance –fusiles- en una zona boscosa y solitaria, lejos de cualquier vivienda, en que la víctima no tuvo la más mínima oportunidad de defenderse. Es decir, se probó un homicidio agravado por la situación de indefensión de la víctima.

Ahora, para la época del injusto, el delito de homicidio agravado tenía sanción entre 25 y 40 años de prisión, es decir, de 300 a 480 meses respectivamente.

Para hallar el ámbito de movilidad punitiva se obtiene la diferencia entre los extremos punitivos y el cociente se divide por cuatro, así:

$$480 - 300 = 180 / 4 = 45.$$

Graficados, los cuartos son los siguientes:

Cuarto mínimo.	De 300 a 345 meses de prisión.
Cuartos medios.	De 345 a 390 y de 390 a 435 meses de prisión
Cuarto máximo.	De 435 a 480 meses de prisión

Como a los acusados no se les dedujo circunstancias de mayor punibilidad, se impone determinar la pena dentro del cuarto mínimo, esto es, entre 300 y 345 meses de prisión.

En virtud del inciso tercero del artículo 60 de la Ley⁹ 599 de 2000, la sanción penal será la máxima, es decir: 345 meses, pues la conducta desplegada por los militares fue elevadamente grave. Los miembros de la Fuerza Pública no sólo olvidaron la misión legal y constitucional asignada: proteger a la población, sino que se valieron de su condición para ejecutar un acto

⁹ "(...) Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

M Ponente: José Ignacio Sánchez Calle
Radicado: 05-001-31-04-021-2011-00318
Procesados: Delio Antonio Valencia Zea y otros
Delito: Homicidio agravado

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 26 de septiembre de 2012, por la cual Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, absolvió a Delio Antonio Valencia Zea, Fabio León Torres Quintero, Diver de Jesús Quiroz Tobón, Heriberto Martínez Muñoz, Oscar Darío Jiménez, Juvenal de Jesús Higueta Suarez, Harby Lubo Tabares, Carlos Andrés Sánchez Ibarguen; Jorge Alberto Díez Silva y Diego Fernando Hidalgo Padierna del delito de homicidio por el que se les acusó.

SEGUNDO. En consecuencia los **DECLARA** penalmente responsables del delito de homicidio agravado. Deberán descontar la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario que fije el **INPEC** de 345 meses.

TERCERO. IMPONER como sanción accesoria inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años.

CUARTO. NEGAR la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural al igual que la suspensión condicional de la ejecución de la pena que regulan los artículos 38 y 63 del Código Penal respectivamente. En consecuencia, se expedirán las órdenes de captura una vez cobre ejecutoria esta sentencia.

QUINTO. Contra la decisión, procede el recurso extraordinario de casación.