

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)

Radicación : 707136001051201080112 N.I.2011-0004
Procesado : Mario de Avila Diaz
Delito : Homicidio Agravado
Decisión : Sentencia Absolutoria
Occiso : Rogelio Antonio Martinez Mercado
Origen : Fiscalía 48ª Especializada UNDH-DIH Bogotá.

ASUNTO

Finalizado el juicio oral y acorde con lo establecido en el artículo 447 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal, procede el despacho a emitir la sentencia que en derecho corresponda dentro de las presentes diligencias seguidas en contra de **MARIO DE AVILA DIAZ**, por la conducta punible de **HOMICIDIO AGRAVADO**, contenida en los artículos 103 y 104 numerales 3°, 4°, 7° y 10° del Código Penal, Ley 599 de 2000, no observándose causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado.

SINOPSIS FÁCTICA

La génesis de la investigación, se remonta al día 18 de mayo de 2010, siendo aproximadamente las 19:00 horas, cuando en el camino rural "La Herradura", Vereda "La Lucha", Sector "El Veinte" del municipio de San Onofre (Sucre), mientras el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** se desplazaba como parrillero en una motocicleta conducida por el ciudadano **LUIS CARLOS CASTRO BERRIO**, fue ultimado por múltiples disparos de armas de fuego tipo pistola.

Se dice de los hechos investigados que el occiso se encontró con el referido moto taxista en el municipio de San Onofre (Sucre) de donde le pidió que lo transportara a su casa ubicada en la finca Alemania, indicándose que en el camino encontraron varios palos atravesados en la vía, siendo interceptados más adelante por varios sujetos vestidos de negro y encapuchados, acontecer factico dentro del cual uno de los delincuentes le disparo al señor **MARTINEZ MERCADO** con un arma de fuego al parecer calibre nueve milímetros utilizando un silenciador, lo que produjo que los ocupantes del velocípedo se cayeran al piso, situación que aprovecharon los sicarios para seguirle disparando al señor **ROGELIO** y así rematarlo cegándole la vida al líder comunal.

Por su parte el conductor de la moto, señor **CASTRO BERRIO**, al observar que le disparaban inmisericordemente al pasajero de su vehículo, aprovecho el momento para escapar del lugar y dirigirse a la finca "Alemania" a donde llego bastante asustado, dando aviso de los hechos a las autoridades respectivas.

DE LA COMPETENCIA

Atendiendo las políticas de descongestión de los Despachos Judiciales en la rama penal, aplicadas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, se emitió el Acuerdo N° 4924 del 25 de junio de 2008, a través del cual crea los Juzgados Décimo y Once Penales del Circuito Especializados de Bogotá y Cincuenta y Seis Penal del Circuito ordinario de Bogotá, el cual se complementó con los Acuerdos N° 4959 del 11 de julio de 2008 y 7011 de junio 30 de 2010, actos administrativos que asignan y prorrogan por descongestión a los Juzgados creados el conocimiento exclusivo de los procesos de homicidio y otros actos de violencia en donde las víctimas tuvieran la calidad de dirigentes o trabajadores afiliados a las diferentes organizaciones sindicales de todo el país, donde si bien es cierto para el presente caso no se cumple con dicha premisa objetiva, toda vez que el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** se desempeñó como representante legal y comunal de la finca "La Alemania" (**Estipulaciones N.13¹ y 16²**) y no como agremiado sindical, también es verdad que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión de definición de competencia de marzo 2 de 2011 asignó el conocimiento de las presentes diligencias a estos estrados judiciales.

Justificó su decisión el alto tribunal³ en que la Fiscalía General de la Nación en su escrito acusatorio imputo los cargos previstos en los numerales 3°, 4° y 10° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, dentro de la cual se encuentra inmersa la agravante de haberse cometido el homicidio en un miembro de una organización sindical legalmente reconocida, donde en el caso de no ser compartida dicha calificación, sería el escenario natural del juicio en el que debería ser debatido tal aspecto.

INDIVIDUALIZACION DEL ACUSADO

Se encuentra debidamente delimitada en la **ESTIPULACION N.9⁴**, relativa a la **PLENA IDENTIDAD** del acusado, presentadas por la Fiscalía y la defensa, extractándose que:

MARIO DE AVILA DIAZ, se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.101.873.497 de San Onofre (Sucre) donde nació el día 8 de

¹ Folio30 Carpeta Original N.2. Titularidad predio "La Alemania".

² Folio65 Carpeta Original N.2. Certificado de existencia y representación legal Empresa Comunitaria "La Alemania".

³ Folio 4 Cuaderno Sala de Casación penal Corte Suprema de Justicia.

⁴ Folio 1 Carpeta Original N.2. Plena Identidad Mario de Avila Diaz.

noviembre de 1986, hijo de **MANUEL DEL CRISTO** y **MYRIAM**, estado civil unión libre con **MAGALY SILGADO RUIZ**, grado de instrucción quinto de primaria, ocupación ayudante de construcción, sin antecedentes penales vigentes en su contra (**Estipulación N.10⁵**), quien reside en la Carrera 1 N.30B-14 Sur Barrio Bello Horizonte de la ciudad de Bogotá, Teléfono 3114353128.

Como señales morfológicas particulares se estableció que se trata de una persona de sexo masculino, 1.71 metros de estatura; grupo sanguíneo O+; contextura media; piel trigueña; cabello ondulado y castaño; ojos castaño oscuros; donde como señales particulares registra cicatriz muñeca derecha y tatuaje brazo izquierdo con figura de pistola.

ANTECEDENTES Y RESEÑA PROCESAL

1. En atención a lo preceptuado por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía Primera Seccional de Sincelejo (Sucre), el 9 de Diciembre de 2010, presentó **ESCRITO DE ACUSACION** ante el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Sincelejo (Sucre)⁶, siguiendo los parámetros previstos en el artículo 337 Ibídem, debido a que el señor **MARIO DE AVILA DIAZ** había sido aprehendido según orden de captura legalmente proferida por el señor Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Sincelejo, y quien no se había allanado a los cargos formulados por el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, tipificado en los artículos 103, 104 numerales 3º, 4º y 10º, solicitando por ello fecha y hora para la diligencia de formulación de acusación conforme lo dispuesto en el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

2. Mediante Resolución N.0-2880 del 3 de diciembre de 2010, el señor Fiscal General de la Nación varía la asignación de las presentes diligencias tramitadas ante la Dirección Seccional de Sincelejo (Sucre), designando especialmente a un Fiscal Delegado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la ciudad de Bogotá⁷, recayendo dicha labor, según la Resolución N.000355 de diciembre 10 de 2010 emanada de la jefatura de la UNDH-DIH, en la Fiscalía 48 Especializada a cargo del doctor **CARLOS ALBERTO PION MAYORGA**⁸.

3. Con ocasión de la presentación del correspondiente escrito de acusación por parte de la Fiscalía y repartida la carpeta al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Sincelejo, en diligencia de febrero 9 de 2011⁹, ante solicitud de incompetencia impetrada por el titular de la Fiscalía 48 Especializada

⁵ Folio 7 Carpeta Original N.2. Información sobre antecedentes penales Mario de Avila Diaz.

⁶ Folio 16 Carpeta Original N.1. Escrito de Acusación.

⁷ Folio 36 Carpeta Original N.1. Variación Asignación Fiscalía.

⁸ Folio 38 Carpeta Original N.1. Asignación Fiscal UNDH-DIH.

⁹ Folio 68 Carpeta Original N.1. Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Sincelejo. Audiencia incompetencia.

de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el funcionario juzgador se declara impedido para conocer de la actuación, justificando su decisión en que atendiendo la causal 10º del artículo 104 del Código Penal imputada al acusado, sería un juez penal del circuito especializado el que debe conocer del asunto. Se ordena remitir la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo (Sucre).

4. Posteriormente en data de febrero 16 de 2011¹⁰, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Sincelejo (Sucre), se inhibe de conocer la incompetencia fijada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de dicha ciudad, remitiendo la actuación a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para lo de su competencia.

5. En decisión del 2 de marzo de 2011¹¹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Doctor **ALFREDO GOMEZ QUINTERO** asigna el conocimiento para adelantar la etapa de juicio de los hechos investigados en estos despachos judiciales, ordenando la remisión del expediente para los fines legales correspondientes.

6. Definida la competencia para conocer del asunto en estos Juzgados, en auto del 8 de marzo de 2011¹² se **AVOCA** conocimiento de la actuación, fijándose el 14 de marzo anuario, para llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación, atendiendo lo normado en el artículo 338 de la Ley 906 de 2004.

7. En diligencia de 14 de marzo de 2011¹³, ante petición del agente del ministerio público y la defensa, este despacho judicial se declara incompetente para conocer la actuación en razón a la demostración de que la víctima de los hechos, señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, no ostenta la condición de agremiado o directivo sindical, recayendo el conocimiento del trámite procesal en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo (Sucre), por lo que se ordena remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que reconsidere su decisión.

8. Mediante decisión de sustanciación la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en calenda 24 de marzo de 2011 manifiesta que carece de competencia para conocer del asunto, por cuanto ya se había pronunciado al respecto, ordenando devolver la actuación a este estrado judicial para que sin dilación alguna continúe con el trámite procesal correspondiente¹⁴.

¹⁰ Folio 73 Carpeta Original N.I. Tribunal Superior de Sincelejo(Sucre) remite proceso Corte Suprema de Justicia para definir competencia.

¹¹ Folio 4 Cuaderno Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. Define Competencia.

¹² Folio 86 Carpeta Original N.I. Auto avoca conocimiento Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT.

¹³ Folio 89 Carpeta Original N.I. Audiencia solicitud de incompetencia Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT.

¹⁴ Folio 22 Cuaderno Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. Auto de sustanciación define Competencia.

9. Para el día 6 de abril de 2011¹⁵ se llevo a cabo diligencia de formulación de acusación, donde el ente instructor plantea una solicitud de nulidad, la cual es negada por el despacho, siendo ello motivo de apelación por parte del representante de la Fiscalía, para lo cual el juzgado luego de la debida sustentación concede el recurso impetrado en efecto suspensivo, remitiendo la actuación a nuestro superior jerarquico para los fines legales pertinentes.

10. En providencia de 11 de mayo hogaño¹⁶, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirma la decisión adoptada por este estrado judicial en lo referente a la negativa de nulidad incoada por la Fiscalía General de la Nación, ordenando continuar con el tramite procesal correspondiente.

11. Para el día 8 de junio de 2011 se llevo a cabo diligencia de **FORMULACION DE ACUSACION**¹⁷, dentro de la cual se plantearon de manera oral y formalmente los cargos contra **MARIO DE AVILA DIAZ** en calidad de presunto coautor del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO** descritos en los artículos 103, 104 numerales 3º, 4º, 7º y 10º del Código Penal, ilícito que no fue aceptado por el procesado.

12. Notificadas las partes en estrados, el 29 de junio de la presente anualidad se inició la diligencia de **AUDIENCIA PREPARATORIA**¹⁸, la cual a solicitud de la defensa fue continuada en data 5 de agosto de 2011¹⁹, en la cual se precisaron tanto las estipulaciones acordadas como las solicitudes probatorias de las partes, teniéndose que las decretados finalmente a favor de la Fiscalía fueron los testimonios de: **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH, JOSE TRESPALACIOS MENDOZA, JORGE ELIECER MERCADO ROMERO, FABIAN ANDRES PADILLA, JHON FREDDY CARDENAS TIQUE, JORGE MANUEL PEÑA MARQUEZ, OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN, JUAN PABLO GARZON OYOLA, LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES, JULIA ISABEL TORRES CANCIO, LUIS CARLOS CASTRO BERRIO, FELIPE NERIS GUERRERO MUÑOZ, DAVID ANTONIO POLO REQUEME, ANA SOLANO CASTELLANOS** y el perito de balística que analizo el supresor de sonido.

Por su parte se accedió a algunas pruebas testimoniales solicitadas por la apoderada de las victimas, como lo fueron los testimonios de los señores **JESUS ALBERTO FRANCO** y **SOFANOR TORRES**, advirtiéndose que las mismas serian presentadas por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

En lo atinente a las pruebas solicitadas por la defensa, se decreto los tetimonios de **ISIDRO PERALTA PINZON, MAGALY SILGADO RUIZ, YESENIA**

¹⁵ Folio 105 Carpeta Original N.I. Audiencia formulación de acusación (nulidad) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT.

¹⁶ Folio 10 Cuaderno Original Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Confirma negativa de nulidad.

¹⁷ Folio 140 Carpeta Original N.I. Audiencia de Formulacion de Acusacion por parte del Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

¹⁸ Folio 178 Carpeta Original N.I. Audiencia Preparatoria por parte del Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

¹⁹ Folio 205 Carpeta Original N.I. Continuacion Audiencia Preparatoria por parte del Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

MARIA FUENTES SILGADO, FABIO LUIS FLOREZ RIOS, MARIO DE AVILA DIAZ y directamente todos los testigos aceptados para el ente instructor.

13. El 29 de agosto de 2011, se inicia el **JUICIO ORAL**²⁰ dentro de esta actuación acorde con los parámetros contenidos en los artículos 366 y siguientes de la Ley 906 de 2004, para lo cual previo a la presentación y práctica de las pruebas decretadas, la Fiscalía y la defensa presentaron sus **TEORÍAS DEL CASO**, así:

Luego de hacer la Fiscalía una breve reseña de la situación fáctica de los hechos investigados, indicó que con los medios probatorios aducidos, al finalizar la diligencia de juicio oral, se arribaría a la conclusión de responsabilidad de **MARIO DE AVILA DIAZ**, solicitando como consecuencia fallo de condena como coautor del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, conforme la acusación presentada.

Sustenta su petición el ente investigador que en la acción criminal participaron varios sujetos, entre ellos **MARIO DE AVILA DIAZ**, quienes mediante acuerdo previo, división de trabajo, actividades específicas, información y comunicación permanente anterior y posterior al hecho, desarrollaron el quehacer criminal desde la decisión de su realización hasta el momento de causar la muerte de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

Que la víctima fue objeto de un seguimiento minucioso por varias horas con ayuda de elementos de comunicación, existiendo documentación de audio de los hechos por una interceptación legal del 26 de abril de 2010, donde en la indagación por un secuestro aparece todo el seguimiento realizado por los diferentes actores entre ellos **MARIO DE AVILA DIAZ**, así como la orden impartida para acabar con la vida del señor **MARTINEZ MERCADO**.

Alude igualmente el señor fiscal que el control de la operación criminal donde resultara asesinado **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** fue realizado por el enjuiciado **MARIO DE AVILA DIAZ**, quien desde varios días antes junto con los demás partícipes tenían como objetivo acabar con la vida de la víctima, orden que provenía de un nivel más alto de la organización delincriminal, tal como se acredita en los audios que serían expuestos en el desarrollo del juicio oral, donde los analistas e investigadores demostrarían que el acusado impartía las instrucciones y establecía las condiciones de varios crímenes para esos días.

Indica el representante del ente acusador que los diferentes actores que se concertaron desde tempranas horas para la realización del acto criminal, donde por medio de comunicaciones telefónicas acordaron el lugar de ubicación de cada uno de ellos, bajo la supervisión del acusado, a quien de la misma manera rendían información de manera permanente con el objetivo de poder realizar

²⁰Folio 245 Carpeta Original N.I. Audiencia de Juicio Oral (Primera Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

el seguimiento detallado de la víctima, precisan la manera como estaba vestido, los elementos que llevaba, las diferentes actividades que realizaba, las características de la moto en que se movilizaba, solicitando inclusive a los dos gatilleros físicos que no le dieran al mototaxista, es decir que no lo fueran a lesionar.

Acota el Fiscal, que dentro de las comunicaciones también aparece establecido que una vez realizado el hecho criminal, se menciona cuantos disparos se habían efectuado, cuantos recibió la víctima e inclusive se da cuenta de la caída en el lugar del silenciador que utilizaba una de las armas en el lugar, mismo que fuera encontrado y recolectado como evidencia física, así como la ruta de huida del sitio y el conocimiento que tardaría en hacer presencia la autoridad, situaciones que serían acreditadas por los diferentes investigadores citados para el juicio.

Agrega la Fiscalía que demostraría más allá de toda duda razonable la existencia del punible de homicidio con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 3º, 4º, 7º y 10º del Código Penal, siendo uno de los coautores el aquí enjuiciado **MARIO DE AVILA DIAZ**, quien tenía la labor de coordinador el seguimiento, centralización de información y provisión de los elementos necesarios para ultimar a **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, así como la posterior recolección de las armas usadas en el crimen, mismas que fueran usadas al día siguiente en otro acto ilegal con similar resultado.

Que a través de los miembros de la Fuerza Pública, Policía Nacional e investigadores del **CTI, DIJIN** y **DAS** se ubicaría de manera concreta el desplazamiento realizado por la víctima y el lugar donde fue atacado, el cual fue fijado de manera topográfica y fotográfica, ilustrando con las armas utilizados los hallazgos en el lugar de los hechos, donde las evidencias recolectadas permiten afirmar que las conversaciones grabadas en desarrollo de las interceptaciones legales hacen referencia al hecho planeado, organizado y coordinado por el aquí acusado, cohesionándose de esta forma el conocimiento que permite establecer la participación de **MARIO DE AVILA DIAZ** como coautor de la conducta de homicidio perpetrada en la persona del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**²¹.

Por su parte, la defensa a cargo del doctor **LUIS FERNANDO BECERRA GAMBOA**, manifestó que entraría a demostrar la ajenidad de los hechos investigados en cabeza de **MARIO DE AVILA DIAZ**, toda vez que para la fecha de los hechos investigados, él se encontraba en otro lugar con otras personas, donde mal podría ser el responsable de cualquier coautoría del punible de **HOMICIDIO AGRAVADO** imputado por la Fiscalía.

²¹ Audiencia de Juicio Oral (Primera Sesión.) Agosto 29 de 2011 (Record 4:48 Video 1)

Manifiesta el abogado público que a través de los testigos solicitados por la defensa se demostraría como su defendido no se encontraba en el sitio del ilícito, pues si bien es cierto se alude que él coordinó de manera personal los acontecimientos delictuales, no solamente el día de los hechos sino antes de estos, ello mediante una información previa que la Fiscalía manifiesta tener a través de unos audios y unas interceptaciones telefónicas, también es verdad que dichos medios probatorios no tienen ningún cotejo de voz que permitan establecer que se trate del señor procesado y no de cualquier “**Mario**” como así se deja entrever, pues ese nombre puede corresponder a una gran cantidad de colombianos, no pudiéndosele atribuir la coautoría de un homicidio a una persona por el simple hecho que se le mencione en unas interceptaciones telefónicas.

Que así las cosas la Fiscalía General de la Nación va a dejar incólume la presunción de inocencia establecida en el artículo 29 de la Constitución Nacional, porque es a la entidad investigadora la que le corresponde desvirtuar esa presunción de inocencia que de entrada mantiene el señor **MARIO DE AVILA**, donde a través de los testimonios precisamente la defensa entrara a demostrar la ajenidad del procesado en los hechos por su imposibilidad de estar en dos sitios a la vez, dado que no tiene el don de la ubicuidad²².

Una vez lo anterior, las partes presentaron las pruebas que iban a valer durante el desarrollo del juicio oral, acordando entre Fiscalía y Defensor hacer valer dieciséis (16) estipulaciones relativas a: reporte del inicio de la investigación, la fijación fotográfica de la escena del delito, la inspección técnica a cadáver, bosquejos topográficos, inspecciones judiciales a los procesos 700016001034201080194 y 707136001051201080115, plena identidad del acusado, antecedentes penales del acusado, protocolo de necropsia de la víctima, álbum fotográfico del gabinete de balística, titularidad del predio “La Alemania”, informe de actividades desarrolladas, certificación de TIGO y certificación de existencia y representación legal de la entidad sin ánimo de lucro empresa comunitaria Alemania²³.

14. Posteriormente en diligencias de juicio oral celebradas los días 30²⁴ y 31²⁵ de agosto de 2011, así como el 4²⁶, 5²⁷ y 6²⁸ de octubre del presente año, se practicaron y recaudaron de manera efectiva algunos testimonios solicitados por las partes intervinientes en diligencia de audiencia preparatoria, incorporándose a la actuación igualmente algunas evidencias probatorias.

²² Audiencia de Juicio Oral (Primera Sesión.) Agosto 29 de 2011 (Record 13:12 Video 1)

²³ Audiencia de Juicio Oral (Primera Sesión.) Agosto 29 de 2011 (Record 33:29 Video 1) y (Record 00:01 Video 2)

²⁴ Folio 76 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

²⁵ Folio 104 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

²⁶ Folio 148 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Cuarta Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

²⁷ Folio 152 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Quinta Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

²⁸ Folio 180 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Sexta Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

15. El día 31 de octubre de 2011, una vez practicadas las probanzas testimoniales y documentales solicitadas por las partes intervinientes, dentro de la diligencia de juicio oral, se le concede el uso de la palabra a los partes para presentar sus **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**²⁹.

Deprecó la **FISCALÍA**³⁰ a cargo del doctor **CARLOS ALBERTO PION MAYORGA** que se ha cumplido a cabalidad con lo prometido en la vista pública, como lo es lo expuesto en la teoría del caso, pudiendo percibir directamente el despacho que no existe duda alguna sobre la responsabilidad del procesado **MARIO DE AVILA DIAZ** como coautor del punible de **HOMICIDIO AGRAVADO** por los hechos sucedidos en la noche del 18 de mayo de 2010 en zona rural del municipio de San Onofre (Sucre), donde fue ultimado mediante el uso de armas de fuego el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

Que con respecto a la materialidad de la conducta, se acredita la misma con la **Estipulación N.11** con la cual se dio como un hecho cierto el protocolo de necropsia, el cual informa la causa del deceso de **MARTINEZ MERCADO**, el que fuera producido por proyectil de arma de fuego, determinándose la manera de muerte como violenta, es decir como Homicidio.

Menciona el Fiscal respecto a la responsabilidad de **MARIO DE AVILA DIAZ**, que se recibieron los testimonios de varios de los policiales que participaron en los hechos, quienes realizaron distintas labores tendientes a establecer la autoría y participación en los acontecimientos que nos ocupan, escuchándose también los testimonios de los consanguíneos de la víctima y de un defensor de tierras, declarantes que se identificaron como **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES** (Revivió los hechos investigados); **JULIA ISABEL TORRES CANCIO** (Informa sobre la actividad desplegada como líder comunal de la víctima); **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH** (Policía Judicial que realiza el primer acercamiento al lugar de los hechos); **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA** (Policía Judicial quien ubico el lugar del hecho, el recorrido para llegar al sitio y la intencionalidad de los victimarios); **OSCAR ANDRES SAN MIGUEL** (Policial que hace narración sobre su conocimiento sobre los hechos, así como de un ataque al acusado y su protección después de ello); **JORGE ELIECER MERCADO ROMERO** (Policía Judicial que indago sobre las amenazas de la víctima, estableciendo los alias de las personas que atentaran contra la vida del obitado, encontrando entre ellas a alias "Mario" que corresponde al acusado); **JHON FREDDY CARDENAS TIQUE** (Perito Balístico quien realizo estudio de evidencias estableciendo el uso de pistola 9 mm.); **ERLISON STEVEN HERNANDEZ DIAZ** (Técnico balístico quien examino la evidencia encontrada, especificando que se trataba de partes de un supresor de

²⁹ Folio 187 Carpeta Original N.2. Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión) Juzgado Decimo Penal Circuito Especializado OIT

³⁰ Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión.) Octubre 31 de 2011 (Record 1:47 Video 1)

sonido); **FABIAN ANDRES PADILLA** (Detective quien relato con detalles cerca de un 20% de los registros de audio de llamadas obtenidas de forma legal, explicando a los intervinientes los términos utilizados y su contextualización dentro de la investigación) y **JESUS ALBERTO FRANCO** (Sacerdote quien describe las actividades de la víctima como líder comunal, los hostigamientos en contra de este y las solicitudes de medida de protección a los organismos de seguridad del Estado).

Argumenta el doctor **PION MAYORGA** que entre los hechos estipulados por la defensa y la Fiscalía aparece la descripción fotográfica, planimétrica y topográfica del lugar donde se realizo el asesinato, aspectos que coinciden plenamente con los demostrados por los diferentes testigos en el desarrollo de la audiencia de juicio oral, sucediendo lo mismo con los audios allegados, los que corresponden a casi un mes de interceptaciones realizadas a un grupo que estaba debidamente organizado para realizar actividades ilícitas e ilegales, demostrándose así la preparación y premeditación desplegada por los participantes del delito, entre ellos **MARIO DE AVILA DIAZ**, quienes dispusieron los elementos necesarios para proceder con la muerte violenta del señor **ROGELIO MARTINEZ**, esto es la ubicación en la zona geográfica, el seguimiento a la víctima, la ubicación de los gatilleros, la ruta de huida e inclusive los refrigerios que consumieron los actores criminales durante el tiempo de espera, actividad esta ultima que cumpliera el aquí acusado, donde luego de proporcionar esos elementos se retiro del lugar, encontrándose establecida la comunicación donde se indica que el encartado llego a la vía principal para abandonar el sitio de los hechos.

Agrega el ente Fiscal que la defensa presentó como testigos a familiares del acusado para sustentar una coartada de esta persona, ello con el fin de desvirtuar los argumentos del ente acusador, partiéndose de un supuesto errado, por cuanto la teoría del caso de la fiscalia no ubica a **DE AVILA DIAZ** en el lugar de los hechos al momento de la comisión del homicidio, sino que ratifica que dicho personaje no se encontraba en ese sitio y sí en otro diferente.

Que la participación de **MARIO DE AVILA DIAZ** fue previa y logística, sabiendo de antemano la realización del intento criminal, colaborando con la ubicación y preparación del personal para el atentado, prestando su apoyo para la entrega de viandas y bebidas para la espera requerida en el momento del insuceso ilegal.

Asevera la Fiscalía que todos los testigos de la defensa ponen a **MARIO DE AVILA DIAZ** en otro lugar a la hora del homicidio, lo cual no discute el órgano investigador como tampoco lo realizado a esas horas por parte del acusado, no desvirtuándose ninguna de las actuaciones de policía judicial ni en el lugar del hecho ni en los laboratorios,

manteniéndose incólume la información vertida en la etapa probatoria.

Que la ley determina que para emitir fallo de condena se requiere establecer más allá de toda duda razonable, conforme lo señalan los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal, la ocurrencia de un hechos descrito en la ley penal como delito, demostrándose al mismo tiempo la responsabilidad del acusado con los medios probatorios legalmente allegados al juicio, lo que quedo demostrado para este caso con la actividad técnica y científica acreditada legalmente, donde el segundo requerimiento legal se da con las grabaciones licitas y legales obtenidas en un proceso adelantado por la Fiscalía que demuestran el quehacer criminal de un numero plural de personas, siendo uno de ellos **MARIO DE AVILA DIAZ** quien desde días antes tenia establecido el propósito criminal y al desarrollarlo decidió acabar con la vida del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, siendo coautor del delito investigado.

Que por lo expuesto en precedencia, acreditado en debida y legal forma en la etapa probatoria del juicio oral, se cumplen todos los requerimientos y principios del procedimiento penal que permiten sustentar y emitir una sentencia condenatoria en contra de **MARIO DE AVILA DIAZ** como coautor del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO** cometido en contra de la humanidad de **ROGELIO MARTINEZ MERCADO**, siendo este el pedimento final de la Fiscalía.

La **REPRESENTANTE DE LAS VÍCTIMAS**³¹, doctora **ASTRID KARINE TORRES QUINTERO**, en uso de la palabra y respecto de sus alegatos de conclusión, manifestó que a lo largo del juicio se ha escuchado como el señor **ROGELIO MARTINEZ MERCADO** fue perseguido, amenazado, despojado y finalmente asesinado por las estructuras paramilitares operantes en el departamento de Sucre, iniciando su exposición con la presentación ante la audiencia de un recuento del trabajo y el ejercicio realizado por la victima como defensor de derechos humanos.

Afirma la doctora **TORRES QUINTERO** que la Finca “La Alemania” está ubicada en el municipio de San Onofre (Sucre), territorio que fue entregado en 1997 por el **INCORA** a una organización campesina de 52 familias y con una extensión de 556 hectáreas, donde desde 1998 hasta 2001 las familias fueron desplazadas forzadamente y decenas de crímenes fueron cometidos en el inmueble por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, quienes utilizaron el predio como campamento paramilitar por cinco años.

Que con la ocupación de mala fe por la agrupación ilegal, los campesinos vieron crecer sus deudas en más de mil millones de pesos, donde en la misma época el **INCODER** conociendo la situación de

³¹ Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión.) Octubre 31 de 2011 (Record 19:00 Video 1)

amenazas y hurto solicitó el embargo de la tierra, siendo esta situación la que conllevará a que **ROGELIO MARTINEZ MERCADO** iniciará su trabajo de líder comunitario para regresar al predio a las diferentes familias.

Manifiesta la representante de las víctimas que apoya la petición hecha por la Fiscalía General de la Nación en el sentido de reconocer que a lo largo del juicio se pudo escuchar como el acusado participó en las etapas de planeación del ilícito, siendo un elemento determinante en que el homicidio de **ROGELIO MARTINEZ MERCADO** se pudiera llevar a cabo, toda vez que a través de diferentes llamadas a lo largo de un mes se demuestra que se llevo a cabo la organización con total frialdad del plan criminal, pudiéndose establecer en las grabaciones que se hacía referencia a la comisión de otros delitos, incluyendo el homicidio de otra persona llevada a cabo al día siguiente de los insucesos aquí investigados.

Asevera la representante de víctimas que se escucho en audios como se llamo y se acordó la participación del acusado en este caso, existiendo un número importante de veces en las que se hizo referencia a su participación en el proceso, considerando de gran importancia que los elementos materiales probatorios allegados se deben de observar en conjunto, pudiendo así determinar como el acusado participó en la planeación y ejecución de la acción criminal.

Que es procedente recordar la obligación que tiene el Estado colombiano de llevar a cabo investigaciones y juicios serios en materia de graves violaciones de derechos humanos, solicitando principalmente al juzgado tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado la necesidad de observar los elementos del contexto que rodean este tipo de situaciones, donde para el caso el homicidio de **ROGELIO MARTINEZ MERCADO** corresponde a un plan criminal que se relaciona directamente con su labor de líder y defensor de derechos humanos, siendo desplegado por grupos paramilitares a los cuales según los medios probatorios allegados al juicio pertenecía el encausado.

Agrega la doctora **TORRES QUINTERO** que solicita al juzgado se tenga en cuenta estos elementos al momento de determinarse que este caso no es aislado, donde el homicidio del señor **MARTINEZ MERCADO** está relacionado con su labor, siendo esta la razón para ejecutarse.

Indica la apoderada de víctimas que con base en esas consideraciones solicita que en el análisis que se haga de las pruebas se considere el contexto de violencia a que se hizo referencia en los diferentes testimonios presentados tanto por la fiscalía como por la defensa, donde se hace mención a la presencia de grupos paramilitares en la zona y al trabajo de defensa de derechos humanos de la víctima, así como a la persecución y amenazas en su contra y las

consecuencias de su homicidio, toda vez que para ese momento se había conseguido el retorno de ocho familias a la finca "La Alemania", las cuales tuvieron que desplazarse nuevamente luego del homicidio del señor **MARTINEZ MERCADO**.

Finalmente concluye la abogada de las víctimas que solicita se declare culpable al señor **MARIO DE AVILA DIAZ** como coautor responsable del **HOMICIDIO AGRAVADO** del que fuera objeto el señor **ROGELIO MARTINEZ MERCADO**.

Por su parte **LA DEFENSA**³² indicó que contrario a lo solicitado por sus colegas antecesores, debe indicar que efectivamente es el Estado a quien le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia de su defendido, de tal manera que la Fiscalía General de la Nación no ha alcanzado a cumplir con dicho cometido.

Que se debe observar como a través de varios testimonios de cargo de la Fiscalía se ha pretendido demostrarle al juzgado y llevarlo a la convicción errada de que el señor **MARIO DE AVILA** participó como coautor en el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, donde la defensa jamás ha querido desvirtuar una situación que es evidente como la muerte del señor **ROGELIO MARTINEZ MERCADO**, estipulándose por eso algunos hechos, debiéndose resaltar que la participación del acusado está seriamente cuestionada.

Alude el defensor público que en la teoría del caso de la Fiscalía se anuncia que **MARIO DE AVILA** fue quien organizó, convocó y concertó previamente la realización del homicidio, sin existir prueba directa alguna que se refiera al respecto, pues la única prueba que tienen es indirecta y de indicios de responsabilidad, lo cual en la Ley 906 de 2004 y de acuerdo al artículo 281 no se puede fundamentar una sentencia.

Que los testimonios de los policiales que vinieron al juicio, ninguno puede llegar a afirmar que **MARIO DE AVILA** fue autor, coautor o determinador del hecho que se endilga, pues todos ellos como lo son **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH, JOSE TRESPALACIOS** y **OSCAR ANDRES SANMIGUEL** solo hacen especulaciones sin ningún sustento probatorio, no existiendo prueba alguna que ubique al acusado en el lugar de los acontecimientos, donde si bien es cierto la Fiscalía inteligentemente afirma no discutir que el procesado se encontraba o no en el lugar de los hechos, también es verdad que sus imputaciones vienen de unas grabaciones donde se menciona a "**Mario**", asumiendo que se trata de **MARIO DE AVILA DIAZ**, lo cual no fue verificado.

Argumenta el doctor **BECERRA GAMBOA** que se trae al juicio oral otros testigos, tales como el sacerdote **JESUS ALBERTO FRANCO**, el cual no

³²Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión.) Octubre 31 de 2011 (Record 26:20 Video 1)

conoce ni verifica haber estado en una situación donde se amenazara a **MARIO DE AVILA DIAZ**, no pudiéndose inferir que el aquí acusado sea el coautor cuando el derecho penal es de acto y no de autor, no existiendo elemento material probatorio que determine que "**Mario**" sea el mismo **MARIO DE AVILA DIAZ**.

Igualmente acota la defensa que se trajo al juicio a los familiares del obitado, donde ninguno reconoce a **MARIO DE AVILA DIAZ** como posible responsable de los hechos investigados, preguntándose entonces cual es la evidencia que vincula al encartado?, serán los audios que mencionan a "**Mario**", luego cuantos "**Marios**" pueden existir en Colombia?; que la vinculación del procesado se hizo fácil por haber sido miembro de las autodefensas, pero él estaba desmovilizado encontrándose en el programa del Gobierno Nacional, siendo fácil para el ente investigador afirmar que alias "**Mario**" es el mismo **MARIO DE AVILA DIAZ**, argumentándose que a pesar de haberse desmovilizado los grupos paramilitares habían continuado delinquiendo, pero sin especificar a cual grupo pertenecía el sindicado, toda vez que no hubo investigación alguna al respecto, recayendo esto en puras especulaciones.

Que es fácil hacer simplemente una mención y adjudicar un homicidio a una persona que estaba desmovilizada, donde lo más curioso es que no se hizo prueba de voz o prueba técnica científica a las grabaciones donde se asegura que **MARIO DE AVILA** participo en los hechos, basándose la Fiscalía en interpretaciones que hace un supuesto experto como lo es **FABIAN ANDRES PADILLA**, siendo dichas afirmaciones especulaciones ya que no se hizo demostración alguna de las circunstancias que afirmó, resaltándose la ausencia de respaldo probatorio.

Manifiesta la defensa pública que con afirmaciones no se puede condenar a un ciudadano colombiano, donde la carga para la Fiscalía es desvirtuar la presunción de inocencia, no existiendo prueba técnico científica que permita establecer que el "**Mario**" que se habla en los audios se trate de **MARIO DE AVILA DIAZ**, donde ante ello se plantea una duda que no puede ser resuelta por especulaciones ni por afirmaciones de un técnico del **DAS** que dice ser experto en el tema.

Asevera el doctor **LUIS FERNANDO BECERRA GAMBOA** que ese discurso que se viene manejando frente al tema de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así lo hace la apoderada de las víctimas, no puede tenerse en cuenta, pues ya se vieron los resultados nefastos, toda vez que dicho ente internacional es supremamente débil frente al aspecto probatorio, donde cualquier prueba que se lleve allá es un elemento para condenar a la nación, aprovechado esto por los grupos de defensores de derechos humanos, debiéndose por ello tener

cuidado en el recaudo probatorio para llevar al juzgado a la convicción mas allá de toda duda para condenar a un ciudadano.

Que contrario a lo dicho por el señor Fiscal, aquí no se demostró la participación del acusado en los hechos investigados, pues tan solo se verifico es que sigue incólume la presunción de inocencia de **MARIO DE AVILA DIAZ**, donde solo una prueba que no tuvo soporte técnico científico lo vincula con el homicidio, siendo fácil afirmar que "**Mario**" es **MARIO DE AVILA DIAZ**, sin existir medio probatorio directo alguno de la participación del implicado, lo que en esas circunstancias es prácticamente imposible dictar una sentencia condenatoria en su contra, solamente por estar vinculado a los grupos paramilitares.

Agrega el defensor que las personas tienen derecho a reinsertarse y a rectificar su camino en el momento en que consideren que se han equivocado, disponiendo para ello el Estado colombiano de una serie de mecanismos para acogerlos, pero no por ello cuando se menciona solamente el nombre de una persona se le puede vincular y condenar, pues para el caso no existe una sola prueba, y la que trae la Fiscalía como son los audios ni siquiera tiene cotejo de voz, no siendo la defensa la que tiene que demostrar la inocencia de las personas sino la Fiscalía a quien le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia.

Que a lo sumo se podría decir que existe prueba indiciaria, pero ese tipo de pruebas tiene que ser cotejado con otros medios probatorios adicionales que ubiquen y vinculen al señor **MARIO DE AVILA DIAZ** al homicidio, no existiendo por ello prueba en contra alguna, donde lo que tiene que hacer la Fiscalía General de la Nación es demostrar y quebrantar la presunción de inocencia, lo que aquí no se hizo y a lo sumo existen dudas, las cuales deben ser resueltas a favor del acusado.

Menciona el defensor que si la Fiscalía no discute que el señor **DE AVILA DIAZ** no se encontraba en el lugar de los hechos porque esa no fue su esencia en la teoría del caso, entonces donde basa, estructura y funda su acusación, pues tiene detenido y privado de la libertad al procesado, pues una cosa es la fase previa de indagación donde el ente investigador puede inferir la participación, pero otra cosa es el juicio donde la esencia y la carga probatoria cambia.

Que revisadas cada una de las pruebas aducidas en juicio se puede observar claramente que la presunción de inocencia de **MARIO DE AVILA DIAZ** se mantiene incólume, donde por ello las dudas generadas se deben de resolver a favor del acusado, solicitando por esto sentencia de carácter absolutorio a favor de su representado.

La **FISCALIA** manifestó su intención de no presentar replica dentro de sus alegatos conclusivos.³³

³³ Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión.) Octubre 31 de 2011 (Record 46:54 Video 1)

Culminada la audiencia, se da a conocer el **SENTIDO DEL FALLO**³⁴, siendo este de **CARÁCTER ABSOLUTORIO**, declarando **INOCENTE** por duda probatoria al señor **MARIO DE AVILA DIAZ**, por la conducta punible de **HOMICIDIO AGRAVADO** realizado en la humanidad de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, son presupuestos para condenar el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, sin que pueda basarse la decisión de manera exclusiva en pruebas de referencia.

El artículo 372 del Estatuto Procesal Penal aplicable³⁵, dispone que las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, *más allá de duda razonable*, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal de los acusados, como autores o partícipes de la conducta penal previamente imputada.

Teniendo en cuenta que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los medios de convicción obrantes en el proceso, con especial énfasis la prueba testimonial, de la cual se hará un análisis en forma razonada, enlazada, entre unas y otras, conforme los principios que integran la sana crítica (máximas de la experiencia, el común acontecer de las cosas, las reglas de la lógica, la psicología y el sentido común), podran llegar a emitir un juicio de valor que esté dotado intrínsecamente del grado racional de la certeza en razón a sus dos extremos, de la inocencia o de la responsabilidad, o, que por el contrario, genere en el juzgador un estado crítico de duda que arroje como resultado la aplicación del principio jurídico del *in dubio pro reo* (artículo 7º Ley 906 de 2004), en cumplimiento del mandato superior de la presunción de inocencia, el despacho procederá a realizar un estudio minucioso de cada uno de los medios probatorios testimoniales que fueron desarrollados y practicados dentro del juicio oral, los que sumados a las evidencias físicas introducidas a través de los mismos y las estipulaciones probatorias incorporadas al diligenciamiento, determinaron el sentido del fallo emitido en el debate público.

La vida ha sido definida como el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana³⁶ y el sustrato ontológico de la existencia, siendo el primero y más importante de los derechos fundamentales constituyéndose en el presupuesto necesario de todo derecho, así su protección se proclama no solamente en el artículo II de la Carta Política al establecer que el “derecho a la vida es

³⁴ Audiencia de Juicio Oral (Septima Sesión.) Octubre 31 de 2011 (Record 00:01 Video 2)

³⁵ Fines de la práctica de la prueba, Ley 906 de 2004

³⁶ Sentencia C-133 de 1994

inviolable”, sino en normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre otros el numeral primero del artículo sexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al disponer que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”, de otra parte el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica estatuye que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”.

Con el fin de contrarrestar la violación al bien jurídico de la vida y la integridad personal, en el ordenamiento legal existe un tipo penal ubicado en la parte especial Título I, el cual posee como vocación la efectiva protección universal de los Derechos Humanos y en especial el de la vida, así el punible de homicidio se define como la muerte injusta de una persona provocada sin justificación jurídicamente atendible, en forma intencional o dolosa, o con culpa o preterintención, donde debe observarse relación de causalidad entre el hecho del agente y la muerte producida.

Solo podrá ser considerada una conducta como punible de homicidio, aquel actuar humano que causa la muerte reprochable de un hombre, ocasionada o no evitada por otro hombre que estaba obligado a evitarla y podía hacerlo sin riesgo propio, concurriendo entonces todos los elementos del delito: la conducta, la lesión al bien jurídico, la ilicitud del hecho, y la culpabilidad; sin que importe si el homicidio del que se trata es doloso, culposo o preterintencional.

Entendida así la tipicidad, la conducta presuntamente desarrollada por el señor **MARIO DE AVILA DIAZ**, se ajusta al tenor del Libro Segundo, Título I, Capítulo I, artículo 103 y 104 numerales 3º (Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código); 4º (Por precio, promesa remuneratoria, animo de lucro o por otro motivo abyecto o futil), 7º (colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación) y 10º (Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello) de la Ley 599 de 2000, conocidos bajo la denominación jurídica de **HOMICIDIO AGRAVADO**, pues se produjo el resultado muerte de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, ilegítimamente y con violencia, utilizando para su cometido armas de fuego; conducta que encuentra sus caracteres fundamentales en el sentido de privarse de la vida a una persona, un conciudadano, la relación de causa a efecto entre esa muerte y el acto del homicida y el *ánimus necandi*, es decir, la intención del acusado de lo cual se hará referencia en el acápite de la responsabilidad.

Se acusó al señor **MARIO DE AVILA DIAZ** del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, descrito y sancionado en los artículos 103 y 104 del Código

Penal, entonces para demostrar la materialidad del delito de homicidio (Artículo 103 del Código Penal), se tendrá en cuenta y como un hecho probado el contenido de las **Estipulaciones N.1, 2, 3, 4, 5 y 11** incorporadas a la foliatura a través de la cual se introdujeron los siguientes elementos materiales probatorios:

1. Reporte de iniciación FPJ-1 del 18 de mayo de 2010 suscrito por el miembro de la policía judicial **SI ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH**³⁷ donde se menciona que para dicha fecha el comandante de la Estación de Policía de San Onofre (Sucre) informa que en la vereda "La Lucha", sector "El Veinte" había ocurrido un homicidio y que el cuerpo sin vida se encontraba tendido en la vía pública camino de herradura, dándosele aviso al fiscal correspondiente para que asumiera la investigación.

2. Informe de Investigador de campo con fijación fotográfica de la escena del crimen³⁸ fechada el 19 de mayo de 2010, realizado por el patrullero **EDWIN ARLEY CAMARGO CASAS** del Grupo de Policía Judicial **SIJIN**, constante de treinta y dos (32) imágenes digitales las que muestran el lugar de los hechos (imágenes 1 a 3), la forma como fue hallado el cuerpo sin vida del occiso (imágenes 4 a 9) y el hallazgo de algunos elementos materiales probatorios (imágenes 10 a 32).

3. Acta de inspección Técnica a Cadáver³⁹ fechada el 18 de mayo de 2010 y realizada por los servidores de policía judicial **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH, GILBERTO SILVA DUSSAN, EDWIN ARLEY CAMARGO CASAS** y **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA** de la **SIJIN** en la zona rural vereda "La Lucha", Sector "El Veinte", finca "La Alemania" de San Onofre (Sucre), correspondiente al occiso **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** identificado con la cédula de ciudadanía N.9.039.212, edad 49 años, ocupación agricultor, describiéndose el lugar de la diligencia como una vía pública de camino de herradura con árboles frondosos a ambos lados de la carretera y maleza a sus alrededores, visibilidad totalmente oscura para lo cual se tuvo que utilizar lámparas artificiales.

La víctima presenta heridas de arma de fuego en la región suprahioidea, en la región tercio medio del antebrazo y en la región supramamaria.

El cuerpo presenta posición de cubito dorsal y natural, orientación cabeza al oriente, pies al norte, cabeza natural sin rotación, miembros superiores derechos en flexión y mano derechos en supinación, miembros superiores izquierdos en extensión, mano izquierda en pronación, miembros inferiores derechos en extensión y pie derecho en rotación externa y miembros inferiores izquierdos en extensión y pie izquierdo en rotación externa.

³⁷Folio 258 Carpeta Original N.1. Reporte de Iniciación..

³⁸Folio 259 Carpeta Original N.1 Informe de Investigador de Campo con fijación fotográfica de la escena del crimen.

³⁹Folio 264 Carpeta Original N. Inspección Técnica a Cadaver.

4. Bosquejo Topografico fechado el 18 de mayo de 2010 y realizado por el patrullero **GILBERTO SILVA DURAN**⁴⁰, donde se ilustra el sitio de los acontecimientos, la ubicación del cuerpo sin vida en el lugar y las evidencias físicas probatorias encontradas con las respectivas mediciones correspondientes.

5. Dibujo Topografico fechado el 19 de mayo de 2010 elaborado por el agente **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA**⁴¹, donde se ilustra el lugar exacto de los hechos donde quedo el cuerpo sin vida del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** y el recorrido desde este lugar a la carretera troncal que conduce a San Onofre (Sucre) con sus respectivas coordenadas geograficas.

6. Informe Pericial de Necropsia N.2010010170820000024⁴² a nombre de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, fechado el 19 de mayo de 2010 y suscrito por el doctor **DIEGO JOSE MOGOLLON BARRIOS**, en cuyo texto referente a la opinión pericial se señaló que se trataba de un cadáver de sexo masculino, donde en el cuerpo del necropsiado se encontró una herida de bala que entra por la región infra auricular izquierda con tatuaje, saliendo por región occipital lado derecho; otra herida de bala que entra por la región del torax posterior con tatuaje lado izquierdo y sale en región de la axila derecha, entrando nuevamente en la cara interna del brazo derecho y saliendo en la cara externa del mismo miembro superior; otra herida de bala que entra por la reja costal posterior lado derecho y sale en la axila lado derecho, entrando nuevamente en cara interna del brazo derecho y saliendo por la cara externa del mismo brazo; herida de bala que entra por el torax anterior lado izquierdo a la altura de la quinta costilla y sale en región del torax anterior derecho quinto espacio intercostal.

Igualmente se adujo en el respectivo informe que se produjeron lesiones y fractura completa y desplazada del maxilar superior; fractura completa y desplazada del occipital de bordes hemorrágicos; fractura costal séptima costilla lado izquierdo posterior; fractura de columna vertebral toraxica; fractura costal tercera costilla lado derecho posterior; herida transfixiante del lóbulo derecho del hígado en numero de dos; herida transfixiante de pulmon derecho; herida penetrante a corazón con laceración del ventriculo izquierdo y parte de la auricula izquierda; hemotorax derecho; hemopericardio; laceración del tallo cerebral; laceración del cerebelo; laceración del hemisferio cerebral derecho; hemorragia subaracnoidea severa; contusión cerebral hemorrágica; aplanamiento de las circonvoluciones cerebrales con hernia de amígdalas cerebelosas y del uncus de ambos temporales, lo que explica el deceso.

⁴⁰ Folio 270 Carpeta Original N.1 Bosquejo Topografico.

⁴¹ Folio 273 Carpeta Original N.1 Dibujo Topografico

⁴² Folio 12 Carpeta Original N.2 .Informe Pericial de Necropsia a nombre de Rogelio Antonio Martinez Mercado.

Como conclusión se menciona que la causa básica de la muerte obedeció a choque neurológico originado por laceración del tallo cerebral y masa encefálica, producido por proyectil de arma de fuego de carga única y de baja velocidad, manera de muerte violenta homicidio.

De otra parte se acreditó igualmente el deceso del aquí occiso, con el testimonio del ciudadano **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES** (Hijo de la víctima)⁴³, quien en diligencia de juicio oral manifestó que el día de los hechos como a las 6:15 de la tarde se encontraba en la casa y escuchó como unos siete disparos, donde al dirigirse al lugar de los acontecimientos presumiendo que habían asesinado a su padre **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** se encontró por el camino al señor que lo transportaba, quien le confirmó que habían matado a "Toño" y que no fuera al sitio porque allí se encontraban los victimarios, devolviéndose por ello a su casa y dando aviso a las autoridades.

Que como a las siete de la noche se dirigió corriendo donde estaba el cuerpo de su padre, encontrando allí a su progenitor sin vida, donde debajo del brazo del occiso pudo observar un silenciador y al lado la moto donde él venía, tirándosele encima sin hacer mas nada, observando que posteriormente llegaron varias personas y por último la policía.

Afirma el deponente que al llegar los agentes del orden inicialmente se ocuparon de buscar las "cascarillas de las balas" (sic) para luego levantar el cuerpo y llevárselo a San Onofre.

Por su parte la señora **JULIA ISABEL TORRES CANCIO** (Esposa de la víctima) menciona en diligencia de juicio oral⁴⁴ que para las 6 de la tarde del 18 de mayo de 2010 se encontraba junto con su hija bañándose y pescando en un lago cerca a su casa, escuchando unos disparos, donde al salir para su residencia recibe una llamada a su celular de **DAVID** quien le indica que a "Toño" lo habían acabado de matar.

Afirma la testigo que al llegar a su vivienda la estaban buscando, por cuanto su hijo **LUIS** en razón de los hechos acontecidos había salido corriendo, siendo este el momento donde sus hijas se enteraron que a su padre lo habían asesinado, siendo este medio probatorio concordante con el aspecto objetivo aquí investigado.

De igual manera se escuchó el testimonio del **SI. ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH**⁴⁵ quien afirmó que para el 19 de mayo de 2010 tuvo conocimiento de unos actos urgentes sucedidos el día anterior y referentes a un asesinato ocurrido en zona rural del municipio de San

⁴³ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2011 (Record 13:36 Video 1)

⁴⁴ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2011 (Record 45:09 Video 1)

⁴⁵ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2011 (Record 6:35 Video 2)

Onofre (Sucre), agregando el suboficial que los hechos tuvieron que ver con el asesinato del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** donde bajo su coordinación estuvieron cuatro unidades de policía judicial con el apoyo de personal de vigilancia de la Estación de Policía de San Onofre (Sucre) y de la Infantería de Marina acantonada en dicho municipio.

Asevera el testigo que siendo las 19:00 horas recibe reporte del comandante de policía de San Onofre (Sucre) sobre el asesinato de una persona en zona rural del municipio, concretamente en la vereda "La Lucha", disponiendo por ello recoger el personal policial y militar para trasladarse en vehículos al lugar de los hechos, donde previamente y por las advertencias de la ciudadanía se aprovisionaron de armas de largo alcance, por cuanto se decía que los autores del ilícito se encontraban aun en dicho sector.

Que por lo dificultoso de acceder al sitio de los hechos, como medida de seguridad, se optó por realizar el desplazamiento a pie, donde al llegar al lugar del acontecimiento delictual se encontró bastante personal civil aglomerado, yaciendo sobre el suelo el cuerpo sin vida del señor **MARTINEZ MERCADO**.

Menciona el subintendente **VIGA AGRESOTH** que con las labores de policía judicial se pudo establecer de manera fehaciente el asesinato de una persona, estableciéndose los pormenores de lo mismo en el informe ejecutivo (**Evidencia N.17**)⁴⁶ reconocido por el declarante, donde entre otros aspectos indica lo siguiente:

Que con el fin de hallar signos de violencia visibles en el occiso, se pudo verificar que presenta heridas causadas con arma de fuego en las regiones supra hioideas y tercio media del brazo izquierdo, con orificio en la región mamaria del sueter.

Se dice en dicho documento por la policía judicial que en diligencia de entrevista rendida por **LUIS CARLOS CASTRO BARRIOS** (mototaxista), quien fuera el único testigo presencial de los acontecimientos, acotó que cuando venía transitando por la vía en su moto con la víctima observo unos palos atravesados, donde al tratar de esquivarlos le salió de la parte izquierda de la trocha un hombre encapuchado vestido de negro con un arma nueve milímetros con silenciador, quien de manera inmediata le disparó a **ROGELIO**, perdiendo el equilibrio y cayéndose, donde al sentir que le hacían tiros (sic) salió corriendo, circunstancia esta que analizada en conjunto junto con los demás medios probatorios allegados demuestra que efectivamente se cegó la vida de un ser humano, para el caso el del líder comunal **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

⁴⁶Folio 81 Carpeta Original N.2 .Informe Ejecutivo (Evidencia N.17).

Así mismo, el agente de la Policía Nacional **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA**⁴⁷ en diligencia de juicio oral manifestó que para el 18 de mayo de 2010 estuvo presente en el caso de un homicidio ejecutado en la vereda “La Lucha” del municipio de San Onofre (Sucre), donde la víctima fue el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, efectuándose inicialmente el desplazamiento a la escena del delito en vehículos y luego a pie, esto atendiendo disposiciones de seguridad, toda vez que para aquel momento se les informo de presencia de personas armadas en el lugar de los hechos.

Manifiesta el policial que al llegar al lugar de los acontecimientos encontraron una aglomeración de individuos, hallando el cadáver del occiso con dos personas sobre él, quienes a la postre fueron identificadas como el hijo y el hermano de la víctima, demostrándose con esto el aspecto objetivo del delito investigado.

Igualmente, se cuenta con la declaración del Teniente **OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN**⁴⁸ quien en diligencia de audiencia de juicio oral manifestó sobre los hechos que el día 18 de mayo de 2010 estando en la estación el patrullero **CARO** le informó que había recibido una llamada de la señora **JULIA TORRES CANCIO**, esposa de la víctima, la cual le había comentado que al parecer habían matado al señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, donde al entablarse comunicación con dicha señora confirmó tal afirmación.

Indica el testigo que él personalmente hizo presencia en el lugar de los hechos en compañía de la infantería de marina y un grupo de contraguerrilla, previo el abastecimiento de armas de largo alcance, donde al llegar al lugar de los hechos tanto en carro como caminando, fue testigo de los diferentes procedimientos de la policía judicial.

Así mismo, el detective **FABIAN ANDRES PADILLA** del Departamento Administrativo de Seguridad **DAS** en calidad de Analista de Información presentó en diligencia de audiencia de juicio oral los audios de interceptaciones telefónicas al abonado celular 3015546469, ordenados legalmente dentro del radicado 2010-80194 y allegados dentro de la inspección judicial practicada el día 3 de agosto de 2010 (**Estipulación N.8**)⁴⁹, donde en uno de sus apartes (audio 0605386 de mayo 18 de 2010) se pudo escuchar como dos personas daban cuenta de los hechos investigados⁵⁰, afirmando los interlocutores que el homicidio ya se había ejecutado sin que el “Ñato” (mototaxista) los hubiera identificado, agregando que uno de los delincuentes le había pegado a la víctima cuatro tiros y el otro tres, siendo esto una prueba contendente de la materialidad del delito aquí juzgado.

⁴⁷ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:02:33 Video 2)

⁴⁸ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:22:10 Video 2)

⁴⁹ Folio 285 Carpeta Original N.1. Informe Inspección Judicial proceso 2010-80194.

⁵⁰ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 11:11 Video 3)

Efectivamente, es un hecho cierto y demostrado que en los acontecimientos delictuales investigados se ocasionò la muerte del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** con armas de fuego, circunstancia que se puede verificar del propio informe de investigador de campo suscrito por **EDWIN ARLEY CAMARGO CASAS**⁵¹ donde refiere entre otros como elementos materiales probatorios encontrados en la escena del delito: partes de un silenciador, vainillas percutidas y proyectiles 9 mm, los cuales fueron fijados en el álbum fotografico y el bosquejo topográfico allegados como prueba al expediente.

Asì mismo, la inspección tecnica a cadáver argumento que las heridas mortales presentadas por el occiso **MARTINEZ MERCADO** obedecía a impactos con armas de fuego, lo cual fue constatado con el informe pericial de necropsia donde se indica que la muerte del líder comunal fue ocasionada por proyectiles de arma de fuego de carga única y de baja velocidad.

Tambien corrobora la utilización de armas de fuego en el reato investigado, los propios testimonios de los miembros de la policia judicial que asistieron al lugar de los hechos, y con màs veras las versiones recibidas de los ciudadanos **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES** y **JULIA ISABEL TORRES CANCIO**, quienes si bien es cierto no fueron testigos de la muerte de su padre y esposo, sí pudieron escuchar a lo lejos los impactos de bala con los cuales se asesino a **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

Ratificando lo anterior y como complemento de lo aquí analizado, se cuenta con la **Estipulaciòn N.12**⁵², correspondiente al álbum fotografico en el gabinete balístico, donde se puede apreciar las vainillas, proyectiles y partes de un supresor de sonido encontrados en el lugar de los hechos, elementos que fueran sometidos a prueba cientifica, conforme lo ratificaran los testimonios de los peritos **JHON FREDDY CARDENAS TIQUE**⁵³ y **ERLYSON ESTEVEN HERNANDEZ DIAZ**⁵⁴ quienes a la vez pesentaran sus correspondientes informes de investigador de laboratorio (**Evidencias N.19**⁵⁵ y **20**⁵⁶).

Incluso, las grabaciones producto de las interceptaciones telefónicas allegadas al paginario demuestran la utilización de armas de fuego en el delito donde perdiera la vida el señor **MARTINEZ MERCADO**, pues tèngase en cuenta que en varios apartes de los audios escuchados en diligencia de juicio oral, se menciona la utilización de estos artefactos belicos con un silenciador por parte del grupo irregular que cometió el ilícito (audio 0288263 de mayo 15 de 2010⁵⁷ y audio 0603348 de mayo

⁵¹ Folio 260 Carpeta Original N.1 .Informe Investigador de campo.

⁵² Folio 21 Carpeta Original N.2 .Album fotografico gabinete balistico.

⁵³ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesiòn.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:26:50 Video 3)

⁵⁴ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesiòn.) Agosto 31 de 2.011 (Record 4:41 Video 1)

⁵⁵ Folio 101 Carpeta Original N.2 .Informe Investigador de Laboratorio (Balística vainillas y proyectiles).

⁵⁶ Folio 114 Carpeta Original N.2 .Informe Investigador de Laboratorio (Balística supresor de sonido).

⁵⁷ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesiòn.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:08:55 Video 2)

18 de 2010⁵⁸) inclusive afirmándose que el supresor de sonido se les había dañado (audio 0616973 de mayo 18 de 2010⁵⁹), siendo ello verificativo de la condición aquí referenciada.

Los medios de prueba relacionados anteriormente resultan eficaces y pertinentes para concluir conforme lo manifestaron las partes intervinientes que la víctima fue asesinada de manera violenta, utilizando para ello sus victimarios armas de fuego, con las cuales le cegaron la vida, ocasionándole heridas mortales en órganos vitales de su humanidad, lo cual indefectiblemente conllevó al resultado muerte .

Ahora bien, con respecto a los agravantes endilgados en la diligencia de formulación de acusación por parte de la Fiscalía 48 Especializada UNDH-DIH de Bogotá, el Despacho analiza los mismos de la siguiente manera:

Artículo 104 N.3 Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo de este código.

Se refiere esta agravante a cuando la conducta de homicidio se comete mediante delito de peligro común o que afecta la salud pública, donde la mayor peligrosidad que denota el homicida se da cuando para cometer el punible acude a cualquiera de los ilícitos que constituyen peligro para otras personas en su vida y bienes o para su salud, justificándose así ampliamente la conducta endilgada al aquí acusado.

La Fiscalía General de la Nación en diligencia de formulación de acusación practicada el pasado 8 de junio de 2011 ante esta oficina judicial⁶⁰ fue enfática en indicar que se cumplía con la causal de agravación referida, precisando que se especificaba tal situación en el sentido de haberse disparado con arma de fuego a un vehículo (motocicleta), conducta penal que esta prevista en los delitos que protegen la seguridad pública, lo cual no concursa, sino que se establece como agravante, pues para la realización del homicidio se disparó contra un automotor.

Por razón de ello, el tipo de homicidio, agravado por la concurrencia de la conducta referida en el artículo 104-3 del Código Penal, por virtud del principio de consunción, se aplica preferencialmente en tanto consume el de disparo de arma de fuego contra vehículo definido por el artículo 356 y desvirtúa la existencia de un concurso ideal de tipos penales, pues es claro que el peligro que éste encierra para la comunidad cuando no se produce ningún otro resultado en detrimento de los bienes jurídicos de la vida o la integridad personal,

⁵⁸Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 8:57 Video 3)

⁵⁹Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 16:25 Video 3)

⁶⁰Audiencia de Formulación de Acusación. Junio 8 de 2011 (Record 16:30 Video1)

dicha potencialidad deja de tener una tal connotación para convertirse en daño real cuando éstos han alcanzado objetiva afectación, o el comportamiento al menos ha quedado en el plano de la tentativa.

Ha sido predicado a lo largo de la doctrina y la jurisprudencia que en tratándose del comportamiento de disparar arma de fuego contra vehículo en el que se hallen una o más personas, y cuando como consecuencia de la acción a algunas de éstas se les causa la muerte, el bien jurídico seguridad pública pierde autonomía y cede el paso a otro de mayor entidad social y jurídica cual es el de la vida, tutelado con la conminación de sanción penal a través del tipo que define la conducta de homicidio, acudiéndose a una presunción de carácter legal, toda vez que la ley parte de reconocer un hecho objetivo fundado en el supuesto que cuando las víctimas se hallan en circunstancias tales que por las condiciones están en un vehículo, sea nave, aeronave, submarino, automotor, u otro medio de transporte de tales características, objetivamente se les dificulta toda posibilidad de autoprotección o de defensa frente a un ataque con arma de fuego, así éste se dirija contra una o varias personas en concreto.

Tengase en cuenta, como prueba de lo anterior se tiene el informe ejecutivo allegado al paginario donde se especifica claramente por la policía judicial que atendió los hechos delictivos, como el único testigo presencial de los hechos, señor **LUIS CARLOS CASTRO BARRIOS**, da cuenta en entrevista como al desplazarse en su moto él y la víctima **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** por la vereda “La Lucha” la noche del insuceso, de la parte izquierda de la trocha un hombre encapuchado vestido de negro con un arma nueve milímetros con silenciador les disparó, perdiendo por ello el equilibrio y cayéndose los ocupantes del velocipedo, lo que sin lugar a dudas corrobora la agravante aquí estudiada.

Al respecto del tema tratado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera⁶¹:

En el delito complejo el tipo que se consuma, ya dentro de la conducta o en el agravante, debe estar contenido integralmente en el de mayor riqueza descriptiva. Si ello no ocurre se estaría ante un concurso ideal o formal.

La expresión “*por medio de*” utilizada por el legislador en el artículo 104 para efectos de configurar las circunstancias de agravación punitiva, se refiere sin lugar a dudas a que la conducta punible a la cual se remita sea un delito autónomo. Por manera que se trata de un hecho que acompaña al del principal objeto de tutela, que de haber sido realizado en forma independiente al homicidio, daría

⁶¹ C.S.J. Sentencia 15 de julio de 2008. Magistrado Ponente Doctor Augusto J Ibañez Gusman Radicado 28.872.

lugar a la aplicación de una sanción penal, aunque de menor intensidad, pues guardaría su autonomía.

Se requiere, entonces, que el tipo de homicidio agravado subsuma la conducta a la que hace alusión el numeral 3º del artículo 104. Ejemplos claros de esa consunción pueden encontrarse, sin que signifique enunciación estricta, en los delitos descritos en el artículo 356 "disparo de arma de fuego contra vehículo", o en el del 359 "empleo o lanzamiento de sustancias y objetos peligrosos", en la medida en que las conductas allí descritas conducen, por sí mismas, a la eventual realización de la conducta principal y de mayor impacto. En el primero: disparar, y en el segundo: emplear o lanzar.

En ese orden, el tipo de homicidio agravado por esos comportamientos, por virtud del principio de consunción, se aplica de preferencia puesto que consume el de disparo de arma de fuego contra vehículo (artículo 356), y el del empleo o lanzamiento de las sustancias u objetos a que se refiere el artículo 358 (artículo 359). Esa situación deforma el llamado concurso ideal y, en consecuencia, el bien jurídico de la seguridad pública pierde autonomía para darle paso a otro de mayor entidad social y jurídica: la vida.

Por lo anterior es procedente endilgar la agravante impuesta por el ente investigador.

Artículo 104 N.4 Por precio, promesa remuneratoria, animo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

La conducta que se comenta se ajusta al tenor del Libro Segundo, Título I, Capítulo II, Artículos 103 y 104 numeral 4º de la Ley 599 de 2.000, pues presuntamente se causa la muerte del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** por motivo abyecto o fútil.

Respecto de esta causal, tenemos que doctrinariamente se ha indicado que dicha expresión hace referencia a la voluntad del agente y equivale a la causa, pretexto, móvil, fundamento o razón que lo lleva a actuar, definiendo "abyecto" como sinónimo de despreciable, vil en extremo, ruin, mezquino, miserable, bajo despreciable e innoble, y "fútil" como una desproporción manifiesta entre la gravedad del hecho y la intensidad o naturaleza del motivo que impulsa a la acción, siendo aquello que carece de aprecio o importancia, donde no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.

En ese orden de ideas, la doctrina ha considerado que el hecho realizado debe estar vinculado directamente con el motivo que guía la voluntad del agente, pues no se trata de escrutar en los pensamientos

del hombre sino de analizar sus comportamientos, los cuales pueden estar inspirados en razones nimias o innobles, enfrente a lo que el ordenamiento jurídico reacciona con el incremento de la sanción imponible a aquellos que amenazan o lesionan los bienes jurídicos, fundados en pretextos que a los ojos de la generalidad aparecen como intrascendentes⁶²

Así las cosas y analizado el aspecto factico mencionado, si bien es cierto se verifico la crueldad con la cual el grupo irregular al margen de la ley asesino al líder comunal **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, también es verdad que no se allego medio probatorio alguno que corroborará el aspecto subjetivo del agente de querer obrar por mezquindad e insignificancia, pues nunca se le indago al respecto y menos aún existió verificación de que ello acontecía.

El solo hecho de haber obrado criminalmente, atentando contra la vida de una persona, no es óbice para inferir válidamente la circunstancia de agravación acotada, pues como ya se dijo no se comprobó ninguna situación de desprecio y menos de nimiedad en contra del obitado, al punto que ni siquiera el ente instructor pudo sustentar medianamente su teoría al respecto, yendo en contravía de los presupuestos jurisprudenciales que hoy en día enrolan la jurisprudencia pacifica de la Corte.

Artículo 104 N.7 Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

Imputa la Fiscalía 48 Especializada de la UNDH-DIH de esta ciudad capital, el agravante descrito en el numeral 7º del artículo 104 de la Ley 599 de 2.000, refiriéndose a colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación.

Nótese cómo en el presente caso, sin ningún recato y de manera inmisericorde le fue arrebatada la vida al ciudadano **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** la noche del 18 de mayo de 2010 en el municipio de San Onofre (Sucre), cuando se transportaba en una motocicleta hacia su sitio de residencia, situación específica de indefensión, pues los ocupantes del velocípedo al disparárseles en su contra vieron mermadas las posibilidades de guarecerse del ataque, o de repelerlo, toda vez que materialmente la defensa queda librada al azar que pueda tener el recorrido de los disparos o el lugar donde éstos impacten, independientemente de la destreza de quien los realiza o el potencial peligro que el hacerlos pueda encerrar para otras personas que circunden el lugar.

Lo anterior denota esa insensibilidad moral de los delincuentes con el manifiesto propósito de demostrar el cumplimiento de la tarea innoble asignada de cegar la vida, realizada con pleno conocimiento y

⁶² Fernando Velásquez Vásquez. *Derecho Penal - Parte General*, 2009.

voluntad, pues t ngase en cuenta que para perpetrar el delito, inclusive se valieron los victimarios de algunos palos de madera para bloquear la via, aprovechando esto para ejecutar al líder de familias de la finca "La Alemania".

Cabe señalar que no es necesario que a este estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por la perversidad, por la falta de sentido moral, donde lo esencial es que se sorprenda a la víctima en ese estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente de acuerdo a lo señalado por la Jurisprudencia pasiva de la Corte Suprema de Justicia⁶³.

Así tenemos que para el momento del execrable crimen, si bien es cierto **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** carecía de protección por parte del Estado a pesar de habersele valorado su condición de alto riesgo, también es verdad que el acto criminal se perpetró en su humanidad de una manera despiadada, pues no dio oportunidad alguna para que la víctima pudiera ejercer su defensa, ya que por el contrario como se evidencia de los diferentes medios probatorios, fue ultimado de manera vil y humillante, una vez es ubicado por sus agresores en la carretera rural que conducía a su residencia, propin ndole múltiples y certeras heridas con arma de fuego en su humanidad, demostrándose con ello la circunstancia de agravación ya referida.

En cuanto al número de agresores las evidencias probatorias categóricamente han indicado que fueron por lo menos dos, conllevando esto a inferir que los ejecutores tenían todo debidamente planeado, fruto de una deliberación con fines oscuros, lo que comporta que la preparación del crimen deja a la víctima en imposibilidad de defenderse.⁶⁴

La indefensión también emerge de la imposibilidad que se le proporcione a la víctima al ser atacado por no menos de dos agresores, prevalidos con armas de fuego, quienes estuvieron atentos al paso del obitado por el lugar de los acontecimientos, ello con el único fin de ejecutar el alevoso crimen.

Todas las situaciones antes analizadas, cumplen a cabalidad los condicionamientos de la causal examinada, como lo es que inequívocamente además del conocimiento (fase intelectual) del contexto, es necesario el querer usar la situación a su favor, circunstancia en la cual incurrieron los responsables del ilicito, cuando sin lealtad alguna infringieron de manera repudiable el injusto

⁶³ C.S.J. Sentencia 23 de febrero de 2005. Magistrado Ponente Doctor Jorge Luis Quintero Milanés. Radicado 16359.

⁶⁴ Cfr. EL HOMICIDIO. TOMO I. ORLANDO GOMEZ LOPEZ. Página 476

investigado, acabando de manera inmisericorde con la vida del señor **MARTINEZ MERCADO**, ello aprovechándose de la situación de indefensión del hoy obitado.

Así las cosas, ha de entenderse que efectivamente se configuró el estado de aprovechamiento de la indefensión, como quiera que al agredido se le despojó de cualquier oportunidad para rechazar la acción homicida, pues de las pruebas aportadas se infiere que no tuvo oportunidad de repeler el ataque.

Artículo 104 N.10 Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello.

Esta causal presenta dos aspectos, uno de carácter objetivo que tiene que ver con el sujeto pasivo de la conducta, es decir, cuando se comete contra servidor público, periodista, juez, dirigente sindical, político o religioso; y otro de carácter subjetivo esto es “en razón de ello”.

Sobre esta causal doctrinariamente se ha indicado que busca acentuar la protección de ciertos sujetos pasivos que por su rol, ora de carácter público ora de carácter privado, se ven más expuestos al atentado criminal constituyéndose en blancos predilectos dentro del conflicto armado que vive el país.

Así esta condición de agravación, por la relación funcional con el cargo, condición, función o trabajo, es el reflejo del tipo de violencia vivida en Colombia, donde para poder atribuir esta agravante tiene que presentarse una relación funcional con el rol desempeñado por la víctima⁶⁵.

En ese orden de ideas atendiendo los criterios doctrinales, se tiene que para atribuir al acusado esta causal de agravación, se debe demostrar que el hecho realizado, para el caso el homicidio de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, estuvo directamente vinculado a su rol y que el mismo se haya constituido en el motivo que guió la voluntad del sujeto agente.

Respecto de la situación de agravación aquí descrita, objetivamente no está probada siquiera dentro del proceso la calidad de agremiado sindical de la víctima, pues lo único que se pudo establecer dentro del paginario fue que al momento de la muerte del señor **MARTINEZ MERCADO** se desempeñaba como líder campesino, defensor de los derechos humanos y representante legal de la Empresa Comunitaria “La Alemania”, pero en ningún momento se pudo corroborar que haya ejercido como miembro de un sindicato y mucho menos como servidor

⁶⁵ *Derecho Penal Especial – Luis Fernando Tocora Decima primera edición 2009.*

público, periodista, juez de paz, político o religioso y que su muerte hubiere sido en razón a esas circunstancias.

El Despacho sobre este aspecto ya se había pronunciado en diligencia de audiencia de formulación de acusación realizada el pasado 14 de marzo de 2011⁶⁶, cuando ante solicitud de incompetencia enunciada por el delegado del Ministerio Público acotó:

*“...no existe documentación alguna o siquiera elemento material probatorio que certifique que el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** fuera por lo menos miembro de una agremiación sindical, pues lo que se ha depuesto a través de lo largo de la actuación procesal es que dicho señor era un líder comunitario perteneciente al Movimiento de la Asociación de Víctimas de Crímenes de Estado y representante de la Asociación de propietarios de la Finca “La Alemania”, conforme aquí lo mencionara acertadamente tanto el señor Fiscal Delegado como la propia representante de las víctimas.”*

(...)

“Es el propio Fiscal Delegado hoy interviniente quien ha hecho la claridad como la víctima no pertenecía a sindicato alguno sino que por el contrario era un líder comunal...”

Prueba lo anterior, los testimonios en audiencia de juicio oral de los señores **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES**⁶⁷ y **JULIA ISABEL TORRES CANCIO**⁶⁸ quienes al unisono indican que su padre y esposo se desempeñaba para el momento de su asesinato como representante legal de la comunidad finca “La Alemania”, siendo un reconocido líder campesino y defensor de los derechos humanos.

En el mismo sentido se refiere respecto a la ocupación laboral de la víctima, el informe ejecutivo⁶⁹ presentado por el subintendente **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH**, donde se da cuenta que el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** era el representante y líder de la comunidad campesina asociada con la finca “La Alemania”, encontrándose vinculado al Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado “**MOVICE**”.

Por su parte el comandante de la Policía Nacional establecido en San Onofre (Sucre), Teniente **OSCAR ANDRES SAN MIGUEL**⁷⁰, en diligencia testimonial ante este estrado judicial manifestó que la víctima era el líder de la finca “La Alemania”, el cual tenía medida de protección ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁶Folios 89 y 95 Carpeta Original N.1 Audiencia de Formulaciòn de acusaciòn Marzo 14 de 2011.

⁶⁷Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesiòn.) Agosto 30 de 2.011 (Record 11:34 Video1)

⁶⁸Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesiòn.) Agosto 30 de 2.011 (Record 37:28 Video1)

⁶⁹Folios 85 Carpeta Original N.2 .Informe Ejecutivo de Mayo 19 de 2010.

⁷⁰Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesiòn.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:17:30 Video 2)

Incluso, en las interceptaciones telefónicas allegadas como prueba a las diligencias, pueden constatar como el grupo irregular que planeo y ejecuto el delito investigado, se refiere al señor **MARTINEZ MERCADO** como el presidente de una finca (audio 0568322 de mayo 18 de 2010)⁷¹, siendo esto demostrativo de que efectivamente la víctima de estos hechos criminales no cumplía con las condiciones objetivas ni subjetivas del agravante contemplado en el numeral 10º del artículo 104 de la norma sustantiva penal.

Finalmente, el sacerdote **JESUS ALBERTO FRANCO GIRALDO** en el testimonio rendido en diligencia pública de juicio oral⁷², confirma la hipótesis asumida por el Despacho en el sentido que el señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** no era sindicalista, por cuanto lo describe como una persona reconocida en jurisdicción del municipio de San Onofre (Sucre), la que como líder campesino convocó a las familias desplazadas de la región para retornar a la finca "La Alemania" y crear así su empresa comunal.

Así las cosas, este despacho no encuentra demostrada la circunstancia de agravación contenida en el numeral 10º del artículo 104 del Código Penal (Ley 599 de 2000), pues la misma no tiene asidero fáctico y jurídico en las pruebas obrantes en el proceso.

Existe razón suficiente para asegurar que no se adecua típicamente la causal aquí descrita, pues la norma distingue como condición subjetiva del agravante el haber sido víctima del homicidio en razón a su rol como dirigente sindical, lo que indefectiblemente en este caso no se corrobora.

Advertido lo anterior y teniendo en cuenta que efectivamente el señor **MARTINEZ MERCADO** se desempeñó como líder comunal y defensor de derechos humanos en el municipio de San Onofre (Sucre), procede el despacho a analizar el móvil que conllevó a la ejecución inmisericorde del representante de las familias que residían en la finca "La Alemania".

De manera general por móvil se entiende: "aquello que mueve material o moralmente algo", entendiéndose como **móvil criminal**, aquello que mueve material o moralmente un hecho delictivo que termina con la ejecución de un delito por parte de alguna de las partes involucradas.

Sobre el origen del atentado que causó la muerte del señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, en diligencia de juicio oral, el hijo de la víctima, señor **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES**⁷³ manifestó que su padre para abril de 2010 lo habían amenazado telefónicamente, quien comentó que le habían dicho que le tenían los pasos pisados y que

⁷¹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:40:37 Video 2)

⁷² Audiencia de Juicio Oral (Cuarta Sesión.) Octubre 4 de 2.011 (Record 8:30 Video 1)

⁷³ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 16:00 Video 1)

dejara de ser héroe porque los héroes también se morían, desconociendo el origen de dichas advertencias.

La señora **JULIA ISABEL TORRES CANCIO** ratifica el dicho de su hijo **LUIS MIGUEL**, cuando comenta en la audiencia de juicio⁷⁴ que a **ROGELIO ANTONIO** lo comenzaron a amenazar desde que comenzó a hacer denuncias de lo que había ocurrido en la finca "La Alemania", relatando que la primera intimidación directa se la había hecho un desmovilizado de las autodefensas, donde posteriormente su esposo recibió llamadas atemorizantes, circunstancia que fue conocida por las autoridades estatales.

El informe ejecutivo allegado al paginario como **Evidencia N.17** deja entrever lo manifestado por los familiares del occiso, cuando se menciona que **MARTINEZ MERCADO** estuvo amenazado de muerte por paramilitares atendiendo su injerencia en el manejo de las tierras de la finca "La Alemania", donde inclusive le estaban ofreciendo la suma de cuarenta millones de pesos con el fin de que abandonara dicho predio y no dijera nada de lo que había sucedido en tiempo pasado, siendo ello determinante para verificar el móvil de los hechos delictuales del presente asunto.

OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN en su calidad de comandante de policía de San Onofre (Sucre) para la fecha de los hechos, manifiesta en diligencia de audiencia⁷⁵ que una de sus labores era proteger y coordinar la seguridad de las personas amenazadas del municipio, donde por dicho asunto conoció al señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** quien era un líder de la finca "La Alemania" y el cual contaba con una medida cautelar impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que según este mismo señor, en dicho inmueble había estado acantonado uno de los comandantes paramilitares del Bloque Heroes de Maria, conocido como alias "**Rodrigo Cadena**", donde al oponerse la víctima al desplazamiento de varias familias ordenado por el jefe irregular fue objeto de amenazas.

Afirma el policial que la víctima le comentó el peligro que sentía, pues había declarado en contra de alias "**Rodrigo Cadena**" por el desplazamiento que había sido objeto tanto él como las demás familias que se encontraban en el predio "La Alemania", además por estar liderando el proceso de retorno a dicho predio rural.

El informe de Investigador de campo allegado al expediente como **Evidencia N.18**⁷⁶ corrobora el móvil del ilícito aquí investigado, cuando se menciona que en la inspección judicial a la carpeta

⁷⁴ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 40:39 Video 1)

⁷⁵ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:16:05 Video 2)

⁷⁶ Folios 92 y 93 Carpeta Original N.2 .Informe de Investigador de Campo de Agosto 12 de 2010.

700016001036200900026 donde aparece como denunciante **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** por el delito de Amenaza, se deja entrever que en contra del hoy obitado existía amenazas y hostigamientos por parte de grupos paramilitares, quienes propiciaban la pérdida de la posesión de la propiedad comunitaria "La Alemania".

Se indica en dicho documento que **MARTINEZ MERCADO** puso en conocimiento de las autoridades que desde 1998 hasta 2001 las familias que ocupaban la finca "La Alemania" fueron desplazadas forzosamente por los paramilitares en cabeza de **RODRIGO MERCADO PELUFO** alias "**Rodrigo Cadena**", cometiéndose decenas de crímenes en dicha propiedad, donde por ello se convirtió el latifundio en el centro de operaciones de las autodefensas y que debido a la persistencia de **ROGELIO ANTONIO** de recuperar dicho territorio en aras de garantizar los derechos de los campesinos fue objeto de persecuciones e intimidaciones por el grupo irregular.

Que por dicha situación para diciembre de 2008, el ex paramilitar alias "Garrapata" identificado como **LUIS BELTRAN** le había manifestado a **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** que estaba incomodando al grupo ilegal por la información suministrada de fosas comunes y apropiación de tierras, siendo ello el motivo de ser señalado como objetivo militar de la agrupación delictual.

No obstante lo anterior, si quedara duda alguna del motivo, móvil u origen del hecho aquí enjuiciado, se tiene el testimonio del padre **JESUS ALBERTO FRANCO GIRALDO** quien en diligencia de audiencia de juicio oral⁷⁷ en calidad de secretario ejecutivo de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz aclara lo concerniente, relatando que conoció al señor **MARTINEZ MERCADO** como una de las víctimas desplazadas de la finca "La Alemania" en el año 2000 por los paramilitares, siendo él precisamente quien convocó a las diferentes familias del predio referenciado para retornar a sus tierras en el año 2006, donde por ello asiste a diferentes diligencias judiciales reconociendo a los miembros de las autodefensas que invadieron sus terrenos y denunciando los improperios de lo que allí había pasado, conllevando por ello a ser amenazado e intimidado de manera directa y telefónica por parte de este grupo ilegal.

Concreta el sacerdote precitado que las causas y razones de la muerte de **MARTINEZ MERCADO** tienen que ver con aquellas personas interesadas y responsables en el desplazamiento de las familias de la finca "La Alemania", así como la participación del líder comunal en audiencias de la Ley 975 de 2005, donde identificó y denunció a varias personas que invadieron dichos terrenos quienes realizaron torturas y

⁷⁷Audiencia de Juicio Oral (Cuarta Sesión.) Octubre 4 de 2.011 (Record 7:27 Video 1)

asesinatos, siendo ello el motivo principal que conllevó a que **ROGELIO** fuera asesinado.

Finalmente el padre **FRANCO GIRALDO** deja entrever que los grupos irregulares que operaban al momento de la muerte de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** eran paramilitares o Bacrin, agregando el testigo que dichos grupos eran los mismos y a los cuales se les atribuía las amenazas en contra de la víctima.

Efectivamente, el juzgado conforme lo solicita la apoderada de víctimas, no puede desconocer el contexto histórico y social que transcurría para el momento de los hechos en que perdió la vida **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, donde ha quedado demostrado en el expediente que existían señalamientos y amenazas de grupos irregulares en contra del ultimado por haber sido precisamente él quien liderara la recuperación del predio "La Alemania" y denunciara bajo los postulados de la ley de Justicia y Paz a quienes participaron de los diferentes ilícitos que se suscitaron en dicho territorio mientras permanecieron allí los grupos de autodefensa.

Establecido lo anterior, corresponde ahora el estudio de la incriminación que como responsable de la conducta punible descrita en precedencia, formuló en el pliego de cargos el ente instructor contra **MARIO DE AVILA DIAZ**.

Para dictar sentencia condenatoria es indispensable que obre en el expediente prueba que conduzca, más allá de toda duda razonable, al conocimiento sobre la conducta punible como de la responsabilidad del acusado.

Sea lo primero recordar que la presunción de inocencia, consagrada como garantía fundamental en la Constitución Política – artículo 29 – y en múltiples instrumentos internacionales contentivos de derechos humanos, y ratificados por el Estado colombiano,⁷⁸ se erige como un principio rector del proceso penal, en cuya virtud "Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal" –CPP, artículo 7º-.

De este principio se desprenden, entre otras, dos reglas procesales de obligatoria observancia, que el juzgado trae a colación por ser relevantes para resolver la problemática suscitada en el caso bajo examen: (i) la carga de la prueba de la responsabilidad penal le corresponde en su totalidad, y sin excepción, a la Fiscalía General de la Nación; y (ii) el acusado sólo puede ser condenado cuando en su contra existe un acervo probatorio legalmente recaudado, que

⁷⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

demuestre, más allá de toda duda razonable, su responsabilidad. Dicho de otro modo, es inadmisibles proferir sentencia condenatoria cuando existe duda acerca de la concurrencia de alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, pues toda duda en este sentido debe resolverse a favor del procesado.

Pues bien, con base en las anteriores premisas y el análisis conjunto del acervo probatorio, desde ya se colige que en el presente no se dan los presupuestos para emitir sentencia condenatoria en contra del acusado **MARIO DE AVILA DIAZ**, pues en el presente caso existe duda de la responsabilidad del mismo en el homicidio del líder comunal **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

Tengase en cuenta que la teoría del caso planteada por la Fiscalía al inicio del debate oral, si bien es cierto refirió a que se probaría en juicio que la muerte del señor **MARTINEZ MERCADO** había sido consumada por un grupo de hombres, entre ellos **MARIO DE AVILA DIAZ**, quienes mediante acuerdo previo, división de trabajo, actividades específicas, información, comunicación permanente y posterior al hecho, desarrollaron el quehacer criminal, también es verdad que en el transcurso de la práctica probatoria respecto de la responsabilidad del implicado, no se pudo verificar tal aspecto bajo la premisa de superar la duda razonable.

En síntesis, las evidencias sobre las que soportó la Fiscalía la acusación y responsabilidad de **DE AVILA DIAZ** están constituidas por los testimonios de los ciudadanos **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES**, **JULIA ISABEL TORRES CANCIO**; los miembros de la policía judicial **ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH**, **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA**, **OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN**, **JORGE ELIECER MERCADO ROMERO**, **JHON FREDDY CARDENAS TIQUE**, **ERLYSON ESTEVEN HERNANDEZ**, **FABIAN ANDRES PADILLA**, el sacerdote **JESUS ALBERTO FRANCO** y en especial el análisis de las interceptaciones telefónicas paracticadas al abonado telefónico 3015546469 dentro del radicado 2010-80194, las cuales procede el Despacho a analizar detalladamente de la siguiente manera:

1. El señor **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES** (Hijo de la víctima), en diligencia de testimonio rendida el 30 de agosto de 2011⁷⁹ afirmó que para el día de los hechos quien transportaba a su padre al momento de su asesinato le indicó que quienes habían participado del delito eran seis tipos (sic), quienes se encontraban encapuchados con franelillas y sudaderas negras, portando armas nueve milímetros, agregando que al momento de encontrar a su padre muerto no había nadie, arribando posteriormente los vecinos y como a las nueve de la noche la policía.

⁷⁹ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 14:35 Video 1)

En el desarrollo de la misma diligencia⁸⁰, el testigo **MARTINEZ TORRES** ante interrogante que le formulara la Fiscalía de si había tenido posterior conocimiento de los hechos donde resulto muerto su padre **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, manifestó que despues de un testimonio rendido ante un fiscal, este funcionario le informó que los responsables de la muerte del líder comunal eran “Happy” y sus hombres, respondiéndole al agente del Ministerio Público⁸¹ al finalizar su declaración que sobre dichos sujetos conocía a “Happy” y a dos mas de ellos quienes identificaba como **DAVID BATISTA TORRES** y **MANUEL TORRES TORRES**.

Analizada la versión presentada por el testimoniante **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES**, se pude concluir sin lugar a dudas inicialmente que no fue testigo directo de los hechos investigados y que lo referente al conocimiento de los autores materiales del ilícito donde perdiera la vida el señor **MARTINEZ MERCADO** lo supo fue por una tercera persona, para el caso **LUIS CARLOS CASTRO BERRIO**, quien de igual manera no reconociò a los victimarios, por cuanto según la manifestación del testigo presencial se encontraban encubiertos.

De lo anterior, es evidente que no existe referencia alguna que ubique al señor **MARIO DE AVILA DIAZ** en el lugar de los acontecimientos y mucho menos que haya sido una de las personas que hubiere ultimado al líder comunal **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**.

Por otro lado, argumenta el señor **LUIS MIGUEL MARTINEZ TORRES** que tiene conocimiento que la muerte de su padre fue realizada por alias “Happy” y sus hombres, pero no podemos desconocer que dicha aseveración proviene de un inoportuno comentario que le hiciera un funcionario judicial, màs nunca por un conocimiento directo que tuviera el testigo.

Inclusive, al indagársele al señor **MARTINEZ TORRES** quien era “Happy” y sus hombres, solo se permite contestar que son desmovilizados de las autodefensas, identificando a los compinches del primero como **DAVID BATISTA TORRES** y **MANUEL TORRES TORRES**, corroborándose con ello que del acusado no se hace referencia alguna, siendo por ello imposible atribuirle cualquier tipo de responsabilidad en los hechos hoy juzgados.

Es tan latente el desconocimiento del testigo respecto de los responsables del hecho investigado que en diligencia de entrevista ante la policía judicial que conoció del caso, y lo cual quedo relacionado en el informe ejecutivo presentado por el **SI ARMANDO JOSE VIGA AGRESOTH**⁸², que manifestó que a su papá lo pudo haber matado **EMILIO RODRIGUEZ**, quien para la época de los paramilitares

⁸⁰ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 22:25 Video 1)

⁸¹ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 29:59 Video 1)

⁸² Folios 92 y 93 Carpeta Original N.2 .Informe de Investigador de Campo de Agosto 12 de 2010.

andaba con alias "El Oso" y había amenazado a su progenitor por cuestiones relacionadas a las tierras de la finca "La Alemania", siendo ello una razón mas para dudar de la participación del acusado en el delito de homicidio imputado.

2. De igual manera la señora **JULIA ISABEL TORRES CANCIO** (Conyuge de la victima) acotò en su diligencia de testimonio de juicio oral⁸³, que como información adicional de la muerte de **ROGELIO**, no muchos días después del insuceso, se oía decir por la gente del pueblo que el "Happy" y su muchachos habían sido los responsables del asesinato de su esposo, aseveración que en nada compromete la responsabilidad del señor **MARIO DE AVILA DIAZ** por cuanto de un lado no se refieren los cuestionamientos de la comunidad directamente a èl, y por otro lado no se verifica que el aquí acusado pertenezca al grupo irregular que lideraba alias "Happy" y que presuntamente acabo con la vida del defensor de derechos humanos.

3. El agente **JOSE TRESPALACIOS MENDOZA** en su diligencia testimonial en juicio oral, no hizo comentario alguno respecto de la responsabilidad del acusado **MARIO DE AVILA DIAZ**, pues solo estuvo presente en el lugar de los hechos la noche del 18 de mayo de 2010, dando cuenta de ello a la audiencia pública.

4. Por otra parte, **OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN** comandante de la Estación de Policía de San Onofre (Sucre), si bien es cierto en diligencia de audiencia de juicio oral⁸⁴ no señala directamente a **DE AVILA DIAZ** como miembro del grupo de delincuentes que asesino a **MARTINEZ MERCADO**, si deja entrever que en dicha región operan las bandas criminales de "Los Paisas" y "Los Urabeños", aludiendo que al parecer el aquí vinculado es miembro de una de ellas, atendiendo que al obtener información de la presencia de dicho grupo en determinado sector, en varias ocasiones se ha encontrado en estos sitios con la presencia del acusado.

Igualmente, asevera el oficial precitado que conoce a **MARIO DE AVILA DIAZ** como desmovilizado de las autodefensas, quien en alguna ocasión fue victima de un atentado, no siendo ello suficiente para señalar al encartado como responsable del homicidio investigado, pues a pesar de conocerse que fue un grupo de hombres armados al margen de la ley los que cometieron el ilícito, no se pudo demostrar que el acusado formara parte de dicha organización criminal, maxime cuando extrañamente en el pliego de cargos presentado por la Fiscalía se dejo de lado la investigación por el delito en contra de la seguridad pública y de lo cual el juzgado se pronunciarà más adelante.

5. El investigador de homicidios de la **SIJIN** de Sincelejo, señor **JORGE ELIECER MERCADO ROMERO**, manifiesta en diligencia de audiencia de

⁸³ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 47:23 Video 1)

⁸⁴ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:26:20 Video 2)

juicio oral⁸⁵ que respecto del ilícito donde fue ultimado **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** se pudo identificar seis de los autores, entre ellos **MARIO DE AVILA DIAZ** a quien se reconoció plenamente; igualmente afirma el policía judicial que los familiares de la víctima mencionaron que el asesinato lo había realizado alias "Happy" y los hombres que andaban con él en el barrio El Porvenir, sin más datos.

Sustenta su posición el funcionario público en la inspección judicial practicada en la Fiscalía Tercera Especializada de Sincelejo a las carpetas 700016003034201080194 donde se recopiló copia de las síntesis de las conversaciones interceptadas al abonado celular número 3015546469 de **MANUEL DE JESUS TORRES TORRES (Estipulaciones N.6⁸⁶ y 8⁸⁷)**, y a la inspección realizada en la Fiscalía Sexta Seccional de la carpeta 707136001051201080115 donde se obtiene los datos de los señores alias "Happy" y Abelardo" (**Estipulación N.7**)⁸⁸.

Prueba de lo anterior, reposa el informe del investigador de campo de agosto 12 de 2010 (**Evidencia N.18**)⁸⁹ rendido entre otros por el señor **MERCADO ROMERO**, donde se especifica como las interceptaciones telefónicas al abonado 3015546469 arrojaron como resultado que los autores materiales del asesinato de un ciudadano en el municipio de San Onofre (Sucre), para el 18 de mayo de 2010, fueron los miembros del grupo delictuoso "Los Paisas", conformado por los señores alias "Elkin", **MANUEL DE JESUS TORRES TORRES** alias "Manuel" y **DAVID JOSE DIAZ BAUTISTA** alias "David", siendo dicho grupo delictuoso liderado por **OSCAR FABIAN JULIO FLOREZ** alias "Happy", donde también se pudo constatar que pertenecían a la organización delictiva **ERIC ALFONSO ROMERO BLANCO** alias "Erik", **MARIO DE AVILA DIAZ** alias "Mario", **ABELARDO DIAZ VANEGAS** alias "Abelardo", así como los alias de "Tyson" "Robinson" y "Bladimir".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el mismo documento antes referenciado, solo se le atribuye responsabilidad como autores materiales del delito a los alias "Elkin" "David" y "Manuel", sin mencionarse a ningún otro miembro de la banda como participe de los hechos, situación que repercute a favor del aquí implicado y contradice lo dicho por el investigador **MERCADO ROMERO** en diligencia de juicio oral, respecto que **MARIO DE AVILA DIAZ** alias "**Mario**" es responsable de los hechos enjuiciados.

De otro lado, no puede ser de recibo del despacho la anotación hecha por los miembros de policía judicial que suscribieron el informe de agosto 10 de 2010, en especial el del investigador **MERCADO**

⁸⁵ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 9:33 Video 3)

⁸⁶ Folio 275 Carpeta Original N.1 .Inspección al proceso 700016001034201080194.

⁸⁷ Folio 285 Carpeta Original N.1 .Inspección al proceso 700016001034201080194

⁸⁸ Folio 277 Carpeta Original N.1 .Inspección al proceso 707136001051201080115

⁸⁹ Folio 96 Carpeta Original N.2 .Informe de Investigador de Campo de Agosto 12 de 2010.

ROMERO, en el sentido que la plena identificación de los responsables del hecho criminoso tiene como origen informantes y fuentes no formales, sin indicar la descripción clara y concreta de cada uno de los mismos para haber sido escuchados en el debate público, debiéndose por ello descartar tan trivial afirmación por falta de sustento probatorio y jurídico.

Como complemento de lo anterior, tènngase en cuenta que el mismo investigador **JORGE ELIECER MERCADO ROMERO** en el momento de ser contrainterrogado por la defensa en el desarrollo del juicio oral⁹⁰, fue concreto en indicar que del estudio de las interceptaciones analizadas a varios abonados celulares dentro del proceso 700016003034201080194 donde se verifico el plan criminal para asesinar a **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, no tenia conocimiento que **MARIO DE AVILA DIAZ** fuera titular de alguna de esas líneas, lo que aunado a los informes allegados por las empresas de telefonía celular (**Estipulaciones 14**⁹¹ y **15**⁹²) pone en duda la participación del aquí vinculado en la situación irregular analizada, maxime cuando solo se menciona el alias de "**Mario**" pero no se especifica la identidad de esta persona.

Dentro de la diligencia de audiencia de juicio oral, el investigador **MERCADO ROMERO** manifiesta que además de los informantes y fuentes no formales que señalaron como responsable de los hechos criminales a **MARIO DE AVILA DIAZ**, se contaba con la inspección judicial realizada al proceso 707136001051201080115, donde en la captura de **OSCAR FABIAN JULIO FLOREZ** alias "Happy" y **ABELARDO DIAZ VANEGAS** se hace un allanamiento y dentro del mismo varias personas intentan entorpecer dicha diligencia, siendo este otro vinculo para señalar a **DE AVILA DIAZ** como responsable de los hechos incriminados, por cuanto fue una de las personas que se interpuso a ese procedimiento judicial.

Considera el juzgado apurado sentar la base de una sentencia condenatoria por el delito de homicidio en contra de **MARIO DE AVILA DIAZ** por el simple hecho de haberse opuesto a una diligencia de allanamiento, donde si bien es cierto en tal procedimiento al parecer se capturaba a varios miembros del grupo irregular que era señalado de cometer el ilícito aquí investigado, también es verdad que ello de ninguna manera verifica con convicción la participación del acusado en los acontecimientos analizados, pues incluso tratándose de un hecho indicador comprobado, no existe ningún razonamiento lógico que lleve a inferir con certeza que quien se opone a este tipo de tramites judiciales, necesariamente haya participado en la comisión de una conducta punible.

⁹⁰ Audiencia de Juicio Oral (Segunda Sesión.) Agosto 30 de 2.011 (Record 1:09:30 Video 3)

⁹¹ Folio 41 Carpeta Original N.2 .Informe actividades desarrolladas Comcel.

⁹² Folio 62 Carpeta Original N.2 .Certificación Tigo.

Como complemento de lo anterior, se podría aducir tal como lo mencionó la apoderada de las víctimas en sus alegatos de conclusión que los medios probatorios allegados en audiencia deberían ser valorados en conjunto para demostrar la responsabilidad del acusado, pero desafortunadamente tanto las evidencias, estipulaciones y testimonios presentados en juicio lo que acreditan es incertidumbre respecto al aspecto subjetivo estudiado.

6. Los peritos **JHON FREDDY CARDENAS TIQUE** y **ERLYSON ESTEVEN HERNANDEZ DIAZ** no hacen referencia alguna a la responsabilidad de **MARIO DE AVILA DIAZ** en los hechos investigados, pues se ocuparon de analizar los elementos de balística encontrados en el lugar de los hechos.

7. Descartados los testimonios y evidencias allegadas por miembros de policía judicial como sustento de una eventual condena, forzoso resulta verificar si la misma se mantendría con las grabaciones telefónicas presentadas o si esta clase de prueba podría valorarse válidamente, pues no se olvide que, como ya se dijo, las interceptaciones se efectuaron legalmente, como quiera que tuvieron como origen una orden de autoridad competente, lo que indica que fueron válidamente aportadas al proceso.

Se presenta en diligencia de juicio oral por parte de la Fiscalía General de la Nación al analista de información del Departamento Administrativo de Seguridad **DAS**, detective **FABIAN ANDRES PADILLA**, quien hace una presentación sobre 34 audios relevantes para esta investigación de la interceptación legal realizada al abonado telefónico 3015546469 dentro del radicado 700016003034201080194 (**Evidencia N.21**)⁹³, donde el juzgado verifica que del audio N.1 (Serial 0261296 de abril 30 de 2010)⁹⁴ al audio N.31 (Serial 0603348 de mayo 18 de 2010)⁹⁵ se establece como un grupo delictual realiza los preparativos para dar muerte al señor **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO** y del audio N.32 (Serial 0605386 de mayo 18 de 2010)⁹⁶ al audio N.34 (Serial 0616973 de mayo 18 de 2010)⁹⁷ se comenta como ya sucedieron los hechos criminales, destacándose lo siguiente para esta investigación:

En los audios N.1 (Serial 0261296 de abril 30 de 2010), N.3 (Serial 0261833 de mayo 7 de 2010)⁹⁸, N.7 (Serial 0682586 de mayo 10 de 2010)⁹⁹, N.8 (Serial 0707654 de mayo 10 de 2010)¹⁰⁰ y N.18 (Serial 0518793 de mayo 18 de 2010)¹⁰¹ se hace alusión por parte de los interlocutores telefónicos

⁹³ Folio 118 Carpeta Original N.2 .Audios de Interceptaciones telefónicas.

⁹⁴ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 37:39 Video 2)

⁹⁵ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 8:57 Video 3)

⁹⁶ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 11:11 Video 3)

⁹⁷ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 16:25 Video 3)

⁹⁸ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 42:00 Video 3)

⁹⁹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 54:39 Video 3)

¹⁰⁰ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 57:34 Video 3)

¹⁰¹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:32:54 Video 3)

a alias "**Mario**", sin evidenciarse del contenido de la grabación algún acto criminal en el que este participe.

No puede desconocer el despacho que los audios N.5 (Serial 0288108 de mayo 7 de 2010)¹⁰², N.9 (Serial 0024064 de mayo 10 de 2010)¹⁰³, N.10 (Serial 0012525 de mayo 13 de 2010)¹⁰⁴, N.12 (Serial 0288263 de mayo 15 de 2010)¹⁰⁵, N.23 (Serial 0571976 de mayo 18 de 2010)¹⁰⁶, N.25 (Serial 0585306 de mayo 18 de 2010)¹⁰⁷, N.27 (Serial 0292528 de mayo 18 de 2010)¹⁰⁸, N.29 (Serial 0600141 de mayo 18 de 2010)¹⁰⁹, N.30 (Serial 0602356 de mayo 18 de 2010)¹¹⁰, N.31 (Serial 0603348 de mayo 18 de 2010)¹¹¹, N.32 (Serial 0605386 de mayo 18 de 2010)¹¹² y N.34 (Serial 0616973 de mayo 18 de 2010)¹¹³ verifican efectivamente la planeación y ejecución del crimen contra el señor **MARTINEZ MERCADO**, corroborándose con las grabaciones N.11 (Serial 0072221 de mayo 14 de 2010)¹¹⁴, N.13 (Serial 0299734 de mayo 15 de 2010)¹¹⁵, N.16 (Serial 0518156 de mayo 18 de 2010)¹¹⁶, N.17 (Serial 0518550 de mayo 18 de 2010)¹¹⁷, N.19 (Serial 0528807 de mayo 18 de 2010)¹¹⁸, N.20 (Serial 0561016 de mayo 18 de 2010)¹¹⁹, N.21 (Serial 0538322 de mayo 18 de 2010)¹²⁰, N.22 (Serial 0571559 de mayo 18 de 2010)¹²¹, N.24 (Serial 0579414 de mayo 18 de 2010)¹²² y N.33 (Serial 0616973 de mayo 18 de 2010)¹²³ que a quien mencionan como alias "**Mario**" tuvo participación bien fuera directa o indirecta en los hechos investigados.

No obstante lo anterior, si bien es cierto se menciona en las cintas de audio a alias "**Mario**" como un de los partícipes del delito, también es verdad que no se allego medio probatorio alguno que verificara que dicho remoquete pertenece al acusado **MARIO DE AVILA DIAZ**, maxime que según las evidencias allegadas al plenario a quien hoy se sindicó como coautor de los hechos se le conocía antes de desmovilizarse de las Autodefensas Unidas de Colombia con el sobrenombre de "Victor"¹²⁴, siendo el propio analista **FABIAN ANDRES PADILLA** quien manifestará su desconocimiento en cuanto si las interceptaciones habían sido objeto de prueba técnica.

¹⁰² Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 46:53 Video 2)

¹⁰³ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:01:00 Video 2)

¹⁰⁴ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:04:26 Video 2)

¹⁰⁵ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:08:55 Video 2)

¹⁰⁶ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:47:59 Video 2)

¹⁰⁷ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:51:58 Video 2)

¹⁰⁸ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:26 Video 3)

¹⁰⁹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 5:36 Video 3)

¹¹⁰ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 7:18 Video 3)

¹¹¹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 8:57 Video 3)

¹¹² Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 11:11 Video 3)

¹¹³ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 16:25 Video 3)

¹¹⁴ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:06:40 Video 2)

¹¹⁵ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:12:03 Video 2)

¹¹⁶ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:27:57 Video 2)

¹¹⁷ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:31:14 Video 2)

¹¹⁸ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:35:03 Video 2)

¹¹⁹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:37:41 Video 2)

¹²⁰ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:40:37 Video 2)

¹²¹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:43:38 Video 2)

¹²² Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:49:52 Video 2)

¹²³ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 13:31 Video 3)

¹²⁴ Folio 157 Carpeta Original N.2 .Informe de actividades investigativas Defensoria del Pueblo.

Razón le asiste a la defensa cuando en sus alegatos de conclusión menciona que la Fiscalía General de la Nación incurrió en omisión al no realizar una prueba de cotejo de voz para verificar si alias "**Mario**" era efectivamente **MARIO DE AVILA DIAZ**, pues se contaba con el material suficiente para realizar dicha pericia, toda vez que del análisis de los audios presentados en audiencia pública, cinco grabaciones (N.2¹²⁵, 4¹²⁶, 14¹²⁷, 17¹²⁸ y 19¹²⁹) tuvieron como interlocutor a quien resgistran como "**Mario**".

Ahora, en relación con la naturaleza y el valor probatorio de las interceptaciones telefónicas, su valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en ellas queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas.

Bajo tales premisas, entonces, como dentro de los criterios de valoración forzoso es tener en cuenta su autenticidad, publicidad y controversia procesal, debe precisarse que para este evento específico se debe disponer la identificación de las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica, supeditándose la validez de la prueba a la demostración de su autenticidad, no solo porque en estos casos su producción se lleva a cabo sin el consentimiento ni el conocimiento de la persona o personas en cuya intimidad se entromete el Estado, sino porque apriorísticamente no puede servir de sustento a una imputación.

En realidad, se trata de una prueba de producción compleja, pues no se limita a la captación magnetofónica de las voces, labor que implica una actividad operativa simplemente mecánica, como es adaptar los dispositivos del caso para su grabación, por supuesto, previa autorización judicial, toda vez que para su perfeccionamiento la identificación de los autores debe ser clara y eficaz.

En este asunto, demostrado se tiene que no se llevó a cabo el cotejo de voces para procurar la identificación de quienes actuaban como interlocutores en las grabaciones telefónicas, ni se presentaron las condiciones contenidas en la ley para entender que su autor reconoció tácitamente su autoría –en las voces registradas- y el contenido, ya que muy por el contrario el aquí vinculado siempre se ha mostrado ajeno a las mismas.

Y si esta es la prueba que subsistiría como soporte de la condena de **MARIO DE AVILA DIAZ**, forzoso es concluir que tampoco puede ser valorada para una eventual condena, puesto que requiere para tener

¹²⁵ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 40:40 Video 2)

¹²⁶ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 43:44 Video 2)

¹²⁷ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:15:36 Video 2)

¹²⁸ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:31:14 Video 2)

¹²⁹ Audiencia de Juicio Oral (Tercera Sesión.) Agosto 31 de 2.011 (Record 1:35:03 Video 2)

efectos demostrativos de la acreditación de su autenticidad, persistiéndose en la duda de la participación de **MARIO DE AVILA DIAZ** en los hechos investigados.

8. Por su parte el padre **JESUS ALBERTO FRANCO GIRALDO** en su declaración en audiencia pública fue sincero en mencionar que no presenciò los hechos donde fuera ultimado **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, y menos aún pudo aseverar cualquier circunstancia que comprometiera la responsabilidad del acusado **MARIO DE AVILA**, pues insistió en que ni siquiera lo había visto en su vida¹³⁰.

En contraste a lo pretendido a demostrar por el Fiscal Delegado, se allegaron como pruebas de descargo presentadas por la defensa, los testimonios de cinco personas que confirman que **MARIO DE AVILA DIAZ** para la fecha de los hechos, no participo en el homicidio del líder comunal **MARTINEZ MERCADO**, pues se encontraba departiendo de una reunión familiar en un lugar distante del lugar de los acontecimientos, circunstancia que procede a valorar el juzgado de la siguiente manera:

El señor **ISIDRO PERALTA PINZON** como investigador de la Defensoría Pública y en apoyo de la defensa de **MARIO DE AVILA DIAZ** indica que dentro de la misión encomendada se le solicitò verificar tanto las circunstancias en que ocurrió el hecho delictivo como el presunto atentado de que fuera víctima el acusado.

Aludiò en el acto público el colaborador de la defensa¹³¹ que para cumplir su cometido investigativo realizo algunas entrevistas tanto al usuario de la defensoría pública como a varios ciudadanos, suscribiendo un informe al respecto (**Evidencia N.1 de la defensa**)¹³², donde resalta que la totalidad de las personas consultadas le mencionaron que el acusado junto con ellas, para la fecha de los hechos estuvieron en una reunión familiar, la cual inicio a las 11:00 de la mañana del día 18 de mayo de 2010 y termino hacia las 3:00 de la mañana del siguiente día¹³³, señalando así que el implicado no participó de los acontecimientos investigados.

Precisamente, el informe presentado por el investigador de la Defensoría del Pueblo fue concordante con los testimonios de descargo escuchados en diligencia el juicio oral, donde se mencionò que **MARIO DE AVILA DIAZ** no había participado en el reato criminal donde falleció **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, y que su salida intempestiva del municipio de San Onofre (Sucre) no obedeciò a estar eludiendo la acción de la justicia por los hechos investigados, sino

¹³⁰ Audiencia de Juicio Oral (Cuarta Sesión.) Octubre 4 de 2.011 (Record 30:16 Video 1)

¹³¹ Audiencia de Juicio Oral (Cuarta Sesión.) Octubre 4 de 2.011 (Record 39:30 Video 1)

¹³² Folio 155 Carpeta Original N.2 .Informe de actividades investigativas Defensoría del Pueblo.

¹³³ Audiencia de Juicio Oral (Quinta Sesión.) Octubre 5 de 2.011 (Record 1:03:45 Video 1)

estrictamente porque fue víctima de amenazas en su contra, inclusive escapando de un atentado donde se le quiso quitar la vida.

MAGALY SILGADO RUIZ (Esposa del acusado) manifiesta en audiencia de juicio oral¹³⁴ que para el día 18 de mayo de 2010 se encontraba ella junto con **MARIO DE AVILA DIAZ** y su hija en el corregimiento de Aguas Negras departiendo en casa de sus abuelos de una reunión familiar, habiendo llegado en su moto al lugar como a las 11:00 de la mañana donde participaron del festejo comiendo, tomando, bailando hasta las 3:00 de la madrugada del siguiente día.

Acota la testigo que mientras permanecieron en el cumpleaños de su abuelo y un tío el día de los hechos, su esposo **MARIO DE AVILA DIAZ** no se separó de dicho lugar en ningún momento, así como tampoco hizo ni recibió llamada alguna, siendo esto conteste con los informado por el investigador de la defensoría pública¹³⁵.

Complementa lo anterior, los testimonios rendidos el pasado 6 de Octubre de 2011 por videoconferencia desde la ciudad de Sincelejo (Sucre) de los ciudadanos **FABIO LUIS FLOREZ RIOS**¹³⁶ y **YESENIA MARIA FUENTES SILGADO**¹³⁷ quienes son contestes en indicar que para el 18 de mayo de 2010 se celebró un cumpleaños del abuelo de la esposa de **MARIO DE AVILA DIAZ** en el corregimiento de Aguas Negras, advirtiendo que el aquí vinculado arriba en una moto junto con su esposa e hija entre las 10:00 y 11:00 de la mañana.

Manifiestan los declarantes que **DE AVILA DIAZ** permaneció en el sitio de la reunión hasta el otro día en la madrugada, cuando se retiró embriagado a eso de las 3:00 de la mañana, indicando que no lo vieron ausentarse de dicho sitio y menos aún hablando por celular.

Lo referenciado anteriormente por los testigos de descargo es confirmado por el propio acusado **MARIO DE AVILA DIAZ** dentro del acto público, cuando menciona que el 18 de mayo de 2010 en horas de la mañana, previo a visitar a su mamá, se dirigió a una fiesta en el corregimiento de Aguas Negras, arribando a dicho lugar alrededor de las 11:00 de la mañana, donde permaneció hasta las 3:00 de la madrugada del siguiente día, momento en que fue llevado por un primo de su esposa a la casa porque se encontraba borracho.

En conclusión, las manifestaciones realizadas por los testigos de descargo ubican a **MARIO DE AVILA DIAZ** para la fecha de los acontecimientos en un lugar diferente al sector donde se cometieron los hechos, generando duda de si efectivamente el aquí acusado participó en el homicidio del defensor de derechos humanos **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, pues como se dijera en precedencia los

¹³⁴ Audiencia de Juicio Oral (Quinta Sesión.) Octubre 5 de 2.011 (Record 8:45 Video 2)

¹³⁵ Folio 160 Carpeta Original N.2 .Informe de actividades investigativas Defensoría del Pueblo.

¹³⁶ Audiencia de Juicio Oral (Sexta Sesión.) Octubre 6 de 2.011 (Record 5:56 Video 1)

¹³⁷ Audiencia de Juicio Oral (Sexta Sesión.) Octubre 6 de 2.011 (Record 19:46 Video 1)

medios probatorios allegados por la fiscalía, como lo son los testimonios de los miembros de policía judicial y en especial los audios de las interceptaciones telefónicas, no generan certidumbre para emitir una sentencia condenatoria en contra del acusado, contrariando así el pedimento de la Fiscalía y la apoderada de las víctimas en la audiencia de alegatos presentencia.

La Fiscalía según su decir en la audiencia final no pretende endilgar en el acusado su participación directa en el homicidio sino una intervención previa y logística de éste en los acontecimientos delictuales, situación que tampoco se logró demostrar, porque si bien es cierto se dice que alias "**Mario**" para el día de los hechos estuvo atento y pendiente al delito, incluso colaborando en llevarle en horas de la tarde del 18 de mayo de 2010 algunos refrescos a quienes ejecutarían el crimen, también es verdad que no se pudo verificar que este remoquete perteneciera al acusado, y menos aún que **MARIO DE AVILA DIAZ** tuviere que ver en el asesinato del líder comunal, por cuanto se divulgó que para esa fecha se encontraba en un sector distante del lugar de los hechos departiendo con varias personas en una fiesta, aspecto este preponderante para generar la duda de su responsabilidad en los sucesos enjuiciados.

Se podría aducir entonces que el señor **DE AVILA DIAZ** desde el sitio del festejo que realizaban los familiares de su esposa estaba pendiente de los resultados del atentado criminal, pero ello tampoco fue probado, toda vez que por un lado, no se pudo comprobar que de las interceptaciones telefónicas el día de los hechos se utilizara una línea del imputado o de algún familiar cercano a este, y por otro lado, las personas que presuntamente estuvieron con él en la referida celebración del 18 de mayo de 2010 son enfáticos en indicar que **MARIO DE AVILA DIAZ** no utilizó teléfono alguno para comunicarse con alguien en dicho día.

Resumiendo, no puede desconocer el juzgado que efectivamente para el 18 de mayo de 2010, inclusive días antes, un grupo de hombres al margen de la ley planearon y dispusieron el asesinato de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, ubicándose geográficamente por donde iba a transitar la víctima, haciéndole seguimiento al defensor de derechos humanos, aprovisionándose de las armas a utilizar y estableciendo una ruta de huida, pero esto de ningún modo compromete la responsabilidad de **MARIO DE AVILA DIAZ**, pues no se comprobó de manera certera que efectivamente dicha persona hubiere participado en el acto criminal.

Por otro lado, debe analizar el juzgado cual fue la razón por la cual **MARIO DE AVILA DIAZ** salió huyendo de San Onofre (Sucre) tan repentinamente, pues se podría considerar que ello obedeció a su afán de ocultarse por haberse descubierto su participación en el delito

donde resultara muerto el señor **MARTINEZ MERCADO**, sin embargo, esto no concuerda con la realidad fáctica y procesal estudiada, por cuanto se demostró que el origen de tal desplazamiento fue producto de amenazas en su contra e inclusive de un atentado del cual fue víctima.

Justifica lo anterior, el informe del funcionario de la Defensoría del Pueblo, señor **ISIDRO PERALTA PINZON**, quien en atención a sus labores investigativas pudo establecer que **MARIO DE AVILA DIAZ** salió desplazado del municipio de San Onofre (Sucre) hacia la ciudad de Bogotá, atendiendo que para julio de 2010 fue víctima de un atentado donde casi pierde la vida, circunstancia que fue convalidada con su visita a las oficinas de la Fiscalía General de la Nación en el municipio de San Onofre, donde le ratificaron la existencia del proceso penal 707136001051201080169 por denuncia que interpusiera el aquí acusado por hechos sucedidos el 29 de julio de 2010.

La señora **MAGALY SILGADO RUIZ** afirmó en su declaración dentro del juicio oral¹³⁸ que **MARIO DE AVILA DIAZ** fue víctima de un atentado para mediados de 2010, donde por ello fue capturado uno de los sicarios y por la cual se le brindó protección a su esposo, intercediendo para ello la oficina de desmovilizados, donde posteriormente y por temor a perder la vida prefirieron alejarse de San Onofre, circunstancia que se encuentra plenamente verificada con los documentos¹³⁹ allegados como evidencia por parte del investigador de la defensoría pública.

Por su parte **YESENIA MARIA FUENTES SILGADO** en diligencia de testimonio¹⁴⁰, sin dubitación alguna, indicó que a **MARIO DE AVILA DIAZ** le hicieron un atentado porque lo iban a matar, asegurándose a la vez por el señor **FABIO LUIS FLOREZ RIOS** en entrevista rendida al investigador de la Defensoría del Pueblo que precisamente esa fue la razón para que **DE AVILA DIAZ** se desplazara para la ciudad de Bogotá.

El propio acusado **MARIO DE AVILA DIAZ** comentó en la diligencia de juicio oral que su salida de San Onofre (Sucre) con destino a la ciudad de Bogotá había tenido origen en un atentado que había sufrido en su contra, situación confirmatoria de que efectivamente el implicado se había trasladado del departamento de Sucre a esta ciudad capital en aras de proteger su integridad.

Finalmente, no existe medio probatorio alguno debatido en audiencia que desvirtue la afirmación del procesado **DE AVILA DIAZ** en el sentido que nunca estuvo en el lugar de los hechos porque supuestamente allí había guerrilla y su condición de desmovilizado de las autodefensas se lo impedía, así como tampoco se puede contradecir que el conocimiento de los acontecimientos delictivos lo tuvo porque el hijo

¹³⁸ Audiencia de Juicio Oral (Quinta Sesión.) Octubre 5 de 2.011 (Record 18:33 Video 2)

¹³⁹ Folio 177 a 179 Carpeta Original N.2. Oficios sobre protección Mario de Avila Diaz y constancia de su salida de San Onofre.

¹⁴⁰ Audiencia de Juicio Oral (Sexta Sesión.) Octubre 6 de 2.011 (Record 34:10 Video 1)

del mototaxista que fue testigo presencial del crimen se los comento, preveleciendo por ello intacto el principio de presunción de inocencia en cabeza del inculcado, conforme lo mencionara la defensa en sus alegatos conclusivos.

Razón le asiste al defensor público cuando pregonara dentro del juzgamiento que no se allego prueba fehaciente que corroborara que su defendido **MARIO DE AVILA DIAZ** organizara, convocara o concertara previamente el homicidio de **ROGELIO ANTONIO MARTINEZ MERCADO**, pues los medios probatorios allegados por el ente instructor, si bien es cierto verificaron la materialidad de la conducta, también es verdad que no tuvieron la contundencia suficiente para comprometer la responsabilidad del acusado.

Efectivamente, no se puede vincular a una persona a unos hechos criminosos tan graves por su simple condición de desmovilizado de las autodefensas o por haberse opuesto al allanamiento de un inmueble donde presuntamente residían miembros de alguna organización irregular, por cuanto para ello se necesita un medio de prueba directo y concreto que infunda en el funcionario juzgador un criterio de responsabilidad que vaya mas alla de toda duda razonable, lo que indefectiblemente en el presente caso no ocurrió.

De lo anteriormente señalado se desprende que, si la coautoría exige para su concreción la determinación del co-dominio del hecho, siendo indispensable la concurrencia de dos condiciones: la decisión común (el acuerdo) y realización en conjunto, lo que equivale a la división del trabajo, indicador del conocimiento del hecho y voluntad concorde y libre de llevarlo a cabo; debiendo tener la conducta de cada uno la entidad necesaria para operar como condición causal en la equivalencia de las condiciones y el comportamiento en equipo¹⁴¹, y si nada de ello se demostró dentro del juicio adelantado en contra del aquí acusado, toda afirmación a favor de la tesis de su existencia carece de sentido, y por consiguiente hace parte de la esfera de las conjeturas o hipótesis de probabilidad, que como tales no pueden sustentar ninguna clase de juicio jurídico, mucho menos de responsabilidad penal.

Luego, si como lo señala la Corte Constitucional "*El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar*",¹⁴² hay que admitir que también cumple su finalidad constitucional cuando se absuelve al sindicado, como aquí se impone en la medida que persiste, como queda visto, duda razonable sobre la realización del delito y correspondiente responsabilidad del acusado.

En otras palabras, la presunción de inocencia no fue desvirtuada en este proceso, pues no se probó que **MARIO DE AVILA DIAZ** fuera el

¹⁴¹ Antoine Joseph Stepanian Santoyo. *La Coautoría Impropia*. Pag 5.

¹⁴² C 782 de 2.005.

mismo "**Mario**" relacionado en los audios, tampoco el acuerdo delictivo de este para matar y mucho menos se llegó a determinar sin lugar a duda alguna que el acusado hubiere prestado su colaboración para el ilícito, por lo que la única vía posible es aplicar el *in dubio pro reo* a favor de **DE AVILA DIAZ**, imponiéndose el proferimiento de una sentencia absolutoria.

OTRAS DECISIONES

1. Como quiera que dentro de la presente investigación se indicó por el Teniente **OSCAR ANDRES SANMIGUEL DURAN** que el acusado **MARIO DE AVILA DIAZ** al parecer se encuentra señalado por la comunidad como un miembro mas de la banda criminal "Los Paisas" que operan en el departamento de Sucre, se ordenará la compulsación de copias penales pertinentes ante la Fiscalía General de la Nación para que se investigue dicho proceder.

2. Se dice igualmente que para el 29 de julio de 2010 **MARIO DE AVILA DIAZ** fue víctima de un atentado en contra de su vida, existiendo prueba de ello dentro del paginario, donde al parecer fue capturado por los agentes del orden uno de los responsables, sin embargo, al solicitarse la información pertinente al comando de la Policía Nacional de San Onofre (Sucre), se pudo verificar que allí no existe anotación alguna al respecto, situación por la cual se ordenará la compulsación de copias disciplinarias para que se investigue dicha irregularidad y se aclare tal situación. Oficiase en tal sentido a la Procuraduría General de la Nación.

3. Conmínese a la Fiscalía General de la Nación para que continúe con la investigación de los responsables de la muerte del señor **ROGELIO MARTINEZ MERCADO**, en especial la participación de los señores **OSCAR FABIAN JULIO FLOREZ** alias "Happy", **MANUEL DE JESUS TORRES TORRES** alias "Manuel o Mañe", **ABELARDO DIAZ VANEGAS** alias "Abelardo", **DAVID JOSE DIAZ BAUTISTA** alias "David", **ERIC ALFONSO ROMERO BLANCO** alias "Eric", así como los alias de "Tyson", "Robinson" y "Bladimir". Oficiase en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando Justicia en nombre de la República y por la Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NO CULPABLE en aplicación del principio de **INDUBIO PRO REO** a **MARIO DE AVILA DIAZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 1.101.873.497 de San Onofre (Sucre) del cargo a él imputado de **HOMICIDIO AGRAVADO**, según lo analizado en la parte

motiva de esta sentencia. En consecuencia se profiere a su favor **SENTENCIA ABSOLUTORIA.**

SEGUNDO.- Por lo anterior, se cancelarán todas las anotaciones en contra de **MARIO DE AVILA DIAZ** originadas en razón a la presente actuación, una vez cobre ejecutoria esta determinación.

TERCERO.- Por intermedio del Centro de Servicios Administrativos para estos Despachos Juiciales, dese cumplimiento a lo ordenado en el literal de Otras Decisiones.

CUARTO.- ORDENAR que en firme esta sentencia absolutoria, por intermedio del Centro de Servicios Administrativos para estos Despachos Judiciales, por competencia de manera inmediata se remita la totalidad de la actuación al **JUEZ NATURAL**, que para el caso corresponde al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE SINCIELEJO (SUCRE)**, ello para los fines legales correspondientes, entre ellos el archivo correspondiente.

QUINTO.- DECLARAR la presente providencia admite el **RECURSO DE APELACIÓN**, que se surtirá ante la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme a lo establecido en el artículo 3° del Acuerdo N° 4959 del 11 de julio de 2008, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELSA RIVEROS DE JIMÉNEZ
J U E Z

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL**

MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Radicación : 70713-6001051-2010-80112-02 (1597)
Procesado : Mario De Ávila Díaz
Denunciante : De oficio
Delitos : Homicidio agravado
Procedencia : Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado (OIT)
Asunto : Sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, 2ª instancia
Motivo : Apelación de sentencia absolutoria
Decisión : Revoca sentencia absolutoria
Aprobado Acta No. : 182

Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil doce (2012).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 48 Especializado, contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de noviembre de 2011, mediante la cual el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (OIT)¹, absolvió de todo cargo a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, en calidad de coautor, por el delito de *homicidio agravado*.

¹ Creados mediante Acuerdo PSAA07-4082 de 2007, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

HECHOS

Los acontecimientos que dieron origen a la investigación fueron relatados de la siguiente manera en la sentencia de primera instancia, emitida el 30 de noviembre de 2011, por el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (OIT)²:

“La génesis de la investigación, se remonta al día 18 de Mayo de 2010, siendo aproximadamente las 19:00 horas, cuando en el camino rural “La Herradura”, vereda “la lucha”, sector “El Veinte” del municipio de San Onofre (Sucre), mientras el señor ROGELIO ANTONIO MARTÍNEZ MERCADO se desplazaba como parrillero en una motocicleta conducida por el ciudadano LUIS CARLOS CASTRO BERRIO, fue ultimado por múltiples disparos de armas de fuego tipo pistola.

Se dice de los hechos investigados que el occiso se encontró con el referido moto taxista en el municipio de San Onofre (Sucre) de donde le pidió que lo transportara a su casa ubicada en la finca Alemania, indicándose que en el camino encontraron varios palos atravesados en la vía, siendo interceptados mas adelante por varios sujetos vestidos de negro y encapuchados, acontecer fáctico dentro del cual uno de los delincuentes le disparó al señor MARTÍNEZ MERCADO con un arma de fuego al parecer calibre nueve milímetros utilizando un silenciador, lo que los ocupantes del velocípedo (sic) se cayeran al piso, situación que aprovecharon los sicarios para seguirle disparando al señor ROGELIO y así segándole la vida al líder comunal.”

² Folio 209 cuaderno original 2.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En desarrollo del programa metodológico, la Fiscalía delegada realizó averiguaciones y recolectó elementos materiales probatorios, con base en los cuales identificó y solicitó orden de captura contra MARIO DE ÁVILA DÍAZ, la cual fue expedida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Sincelejo, en audiencia preliminar del 26 de octubre de 2010.³

2. Materializada la aprehensión del implicado, ante el Juzgado 58 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, el 12 de noviembre de 2010, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de control de legalidad de la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento.⁴

El funcionario judicial legalizó la captura y los restantes procedimientos.

Fue tramitada la imputación en calidad de coautor de *homicidio agravado* de esta manera:

Homicidio (artículo 103), agravado (artículo 104), con las siguientes circunstancias: cometerse por medio de una conducta de peligro común (numeral 3°; disparar arma de fuego sobre un vehículo); ánimo de lucro (numeral 4°; relacionado con la propiedad de la finca La Alemania); y por ser la

³ Folio 10 carpeta 1.

⁴ Folio 3 carpeta 1.

victima dirigente sindical o político (*numeral 10*); normas del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), modificado por la Ley 890 de 2004.

MARIO DE ÁVILA DÍAZ no aceptó los cargos y fue afectado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario; y, en consecuencia, continuó privado de la libertad.

3. Adelantada la investigación, el 9 de diciembre de 2010, el Fiscal Primero Seccional de Sincelejo (*Sucre*), envió al Juez Penal del Circuito de la misma ciudad (*Reparto*) *escrito de acusación*⁵.

En dicho documento se describen los acontecimientos delictivos según la reseña anterior y se reafirma que se procede por la conducta punible de *homicidio agravado*, en las circunstancias antes expuestas.

La Fiscalía anunció varias evidencias, elementos materiales probatorios, entrevistas y testimonios que pretendía hacer valer en juicio como respaldo de su teoría del caso.

4. El asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, autoridad que convocó a audiencia de formulación de acusación, para el 9 de febrero de 2011.⁶

En dicha oportunidad, el Fiscal delegado "*impugnó la competencia*", con el fin de que el proceso fuese enviado a los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Bogotá, del

⁵ Folio 16 carpeta 1.

⁶ Folio 68 carpeta 1.

programa auspiciado por la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, teniendo en cuenta que se trata del *homicidio* cometido contra un líder sindical.

5. El Tribunal superior de Sincelejo, el 16 de febrero de 2010, ordenó remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, para que definiera el asunto.⁷

6. Mediante auto del 2 de marzo de 2011, la Sala de Casación Penal, al dirimir dicho incidente, asignó la competencia a los Jueces Penales del Circuito Especializados de Descongestión de Bogotá - OIT-, creados mediante Acuerdo PSAA07-4082 de 2007, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.⁸

7. El asunto correspondió al Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá –OIT-, que señaló el 14 de marzo de 2011, para realizar la audiencia de formulación de acusación, en los términos del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal.⁹

La diligencia continuó el 6 de abril de 2011; sin embargo, no se adelantó completamente, porque el Fiscal delegado –distinto a los que intervinieron en los trámites anteriores- solicitó se decretara la nulidad de lo actuado, a partir de la audiencia de imputación inclusive, al considerar que la realidad fáctica, no era concordante con la expuesta en la imputación ni en el escrito de acusación, pues los hechos no fueron relacionados de manera cronológica, ni en forma detallada como se exige legalmente.

⁷ Folio 73 carpeta 1

⁸ Cuaderno 1 folio 4

⁹ Folio 89 carpeta 1.

En auto de la misma fecha, la Jueza de Conocimiento negó la nulidad solicitada por el Fiscal delegado y en consecuencia, no concedió libertad al implicado. El Fiscal delegado interpuso el recurso de apelación.

8. Con auto del 11 de mayo de 2011, esta Sala¹⁰ confirmó la decisión de la Jueza de primera instancia, en el sentido de negar la nulidad incoada por el Fiscal.

9. Se continuó con el desarrollo de la audiencia de acusación el 8 de junio de 2011¹¹, en los términos del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*)¹².

La Fiscalía formalizó la acusación con la calificación jurídica de la conducta antes expuesta, adicionando el agravante del numeral 7 del artículo 104 del Código penal, *en razón a que la víctima fue puesta en indefensión*; e inició el proceso de descubrimiento probatorio, sin objeción alguna por los adversarios.

En síntesis, DE ÁVILA DÍAZ quedó condenado por el delito de homicidio (*artículo 103*), con las circunstancias de agravación específica contenidas en los numerales 3 (*disparo contra vehículo, artículo 306*), 4 (*ánimo de lucro, o motivo abyecto o fútil*), 7 (*indefensión de la víctima*) y 10 (*actividad sindical*) del artículo 104 del Código Penal, con punibilidad modificada por la Ley 890 de 2004.

10. En la audiencia preparatoria efectuada el 5 de agosto de 2011, los intervinientes enunciaron la totalidad de las pruebas que

¹⁰ Folio 11 cuaderno 1 del Tribunal Superior de Bogotá

¹¹ Folio 140 carpeta 1

¹² Folio 38 carpeta 1.

pretendían hacer valer en el juicio oral. El funcionario judicial accedió al decreto y práctica de la mayoría de los medios solicitados.¹³

Las partes celebraron estipulación sobre la noticia criminal del 18 de mayo de 2010, álbum fotográfico del lugar de los hechos, acta de inspección al cadáver, bosquejo topográfico, plena identidad de MARIO DE ÁVILA DÍAZ (*acusado*), ausencia de antecedentes penales, dictamen forense sobre las causas de la muerte, álbum fotográfico de balística, titularidad del predio “*La Alemania*”; y la información expedida por la empresa TIGO sobre líneas telefónicas.

11. La audiencia del juicio oral se realizó en el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (OIT), en sesiones del 29¹⁴, 30¹⁵ y 31¹⁶ de agosto; y 4¹⁷, 6¹⁸ y 31¹⁹ de octubre de 2011, donde el Fiscal y la defensa presentaron sendas teorías del caso, se practicaron las pruebas decretadas y fueron expuestas las alegaciones finales.

La Fiscalía aseguró haber demostrado que MARIO DE ÁVILA DÍAZ, es responsable del delito de *homicidio agravado*, por lo hechos que tuvieron lugar el 18 de mayo de 2010, donde falleció el señor Rogelio Antonio Martínez Mercado; pues se logró desvirtuar la presunción de inocencia que cobijaba al implicado, comprobándose mas allá de la duda razonable, que es coautor de tal acción criminal.

¹³ Folio 205 carpeta 1

¹⁴ Folio 245 carpeta 2.

¹⁵ Folio 76 carpeta 2

¹⁶ Folio 104 carpeta 2

¹⁷ Folio 148 carpeta 2

¹⁸ Folio 180 Carpeta 2

¹⁹ Folio 187 Carpeta 2

Por su parte, la defensa concluyó que el implicado es inocente y debe ser absuelto, porque las pruebas practicadas en el juicio oral a instancias de la Fiscalía no permiten llegar a un grado de conocimiento cierto de que DE ÁVILA DÍAZ fue quien organizó y coordinó el homicidio del señor Martínez Mercado.

La Jueza anunció el sentido absolutorio del fallo, ya que en su criterio, verificado el material probatorio, solo se logró comprobar la materialidad de hecho investigado, pero no la participación del implicado en el crimen. En consecuencia, le concedió libertad.

12. Posteriormente, el 30 de noviembre de 2011, la funcionaria judicial profirió sentencia absolutoria anunciada;²⁰ y el Fiscal 48 Especializado interpuso el recurso de apelación.

13. Esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior encontró que el impugnante tenía la razón; y en audiencia llevada a cabo el 2 de marzo 2012, informó que revocaría la sentencia impugnada y anunció el sentido condenatorio del fallo de reemplazo.²¹

Lo anterior, por cuanto analizados los argumentos del Fiscal 48 Especializado, la Sala arribó a la conclusión de que MARIO DE ÁVILA DÍAZ es coautor responsable del delito de *homicidio* por el que perdió la vida Rogelio Antonio Martínez Mercado; conducta que es *agravada* por dos causales; i) indefensión de la víctima y, ii) disparar arma de fuego contra vehículo. (*Artículos 103 y 104 numerales 3 y 7 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004*).

En la misma oportunidad se ordenó la captura del implicado.

²⁰ Folio 209 carpeta 2.

²¹ Folio 18 cuaderno Tribunal.

13. En sede de segunda instancia, el 16 de marzo de 2012, se realizó la *audiencia de individualización de pena* a que se refiere el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.²²

Intervinieron el Fiscal delegado, la representante de la víctima y el apoderado del Ministerio Público. El defensor no asistió.

- El Fiscal Especializado explicó que MARIO DE ÁVILA DÍAZ realizó estudios hasta quinto de primaria, no se conoce de él una actividad laboral estable y no puede ser catalogado como un ciudadano de bien; pues aún forma parte de una organización criminal denominada “Los Paisas”, que hoy son “Los Rastrojos”, aún cuando todavía no le figuran antecedentes penales; y que con su actuar al margen de la ley se opone a las políticas del Estado que abogan por la protección de las personas que reclaman tierras; como en el presente asunto, donde se afectó a la comunidad que tiene intereses en la finca “*La Alemania*”.

Recordó que se procede por homicidio agravado y sugirió ubicar la sanción en los cuartos medios, por encima de la mínima, para una dosificación cercana a los 450 meses de prisión, acorde con la gravedad de los hechos y en atención a lo indicado en el artículo 61 del Código Penal.

- El Procurado Delegado no hizo objeción alguna con relación a lo expresado por la Fiscalía. Sin embargo, sugirió programar nueva fecha para que la defensa pueda intervenir.

²² Folio 43 cuaderno Tribunal.

Radicación: 70713-6001051-2010-80112-02 (1597)
Procesado: Mario De Ávila Díaz
Delitos: Homicidio agravado

14. Se acogió la solicitud del Ministerio Público; a través de oficio se solicitó al defensor explicar la razón de su inasistencia y, en respuesta, informó que se encontraba en otra diligencia procesal.

Se programó nueva fecha y llegada la hora, el 20 de abril de 2012, el defensor tampoco acudió, sin mediar justificación previa ni posterior. La Sala entendió que el abogado de DE ÁVILA DÍAZ no estaba interesado en intervenir en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal; el delegado del Ministerio Público consideró que se habían garantizado los derechos fundamentales del implicado y, por ende, se dio por terminada la diligencia del traslado; y se fijó fecha para la lectura del fallo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Es, en concreto, la sentencia del 30 de noviembre de 2011, proferida por la Jueza Décima Penal del Circuito Especializado de Bogotá (OIT), mediante la cual se absolvió a MARIO DE ÁVILA DÍAZ de los cargos por el delito de *homicidio agravado*, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia; con base en el siguiente análisis:

-. El informe de necropsia que fue objeto de estipulación, permite concluir que la muerte obedeció a un choque neurológico originado por laceración del tallo cerebral y masa encefálica, producido por proyectil arma de fuego.

- Los testimonios de Luis Miguel Martínez Torres (*hijo del occiso la víctima*), Julia Isabel Torres Cancio (*esposa de la víctima*), Viga Agresoth (*subintendente de la Policía Nacional*) y Luis Carlos Castro Barrios (*moto taxista*), y los restantes medios de prueba objeto de estipulación demuestran que mediante un acto violento se dio muerte a Rogelio Antonio Martínez Mercado, líder comunal de la vereda “*La Lucha*”.

- Mediante el testimonio de Fabián Andrés Padilla (*analista de información del DAS*), fueron introducidos al juicio los resultados de las interceptaciones telefónicas al teléfono celular número 3015546469, donde se pudo establecer que dos personas daban cuenta de los hechos investigados, comunicándose entre sí que el homicidio ya se había ejecutado y que el moto taxista no había logrado identificarlos.

- De los informes de balística, fijación fotográfica de la escena de los hechos y las comunicaciones interceptadas, se puede establecer que la muerte del señor Martínez Mercado, se produjo por proyectil arma de fuego.

- Luis Carlos Castro Barrios (*moto taxista y único testigo presencial*), relató que se desplazaba en compañía de Martínez Mercado (*occiso*) en su motocicleta, cuando un individuo encapuchado los sorprendió y disparó contra aquél; por lo cual perdieron el equilibrio y cayeron al piso. Con base en tal descripción, se puede afirmar que se configuró al agravante del artículo 104 # 3 del Código Penal, relativo *disparo de arma de fuego contra automotor*.

- No se logró acreditar la procedencia de la causal de agravación contenida en el numeral 4 *ibídem*, que alude a *precio o promesa remuneratoria, animo de lucro o motivo abyecto o fútil*; pues

el que se cause la muerte a una persona no es razón suficiente para la configuración de la mentada circunstancia.

- En cambio sí converge la agravante por indefensión (*numeral 7° del artículo 104 del Código Penal*), dadas las condiciones en que sucedió el injusto, pues los coautores dejaron a la víctima a merced de los disparos y sin posibilidad de salvaguardar su vida.

- Tampoco procede la causal de incremento punitivo que surge si el homicidio se realiza en *persona que sea o haya sido dirigente sindical, político o religioso en razón de ello*, ya que no se demostró que Rogelio Antonio Martínez Mercado (*víctima*) tuviese alguna de esas calidades.

- Teniendo en cuenta las amenazas dirigidas contra Martínez Mercado (*occiso*), de las cuales dan cuenta sus familiares, el informe ejecutivo de policía judicial y las interceptaciones telefónicas, se colige como móvil del crimen la injerencia de él en el manejo de las tierras de la finca "La Alemania", donde encabezaba un grupo campesino que pretendía regresar a dicho predio, luego de haber sido desplazados por grupos paramilitares; lucha que le permitió inclusive contar con una medida de protección impuesta por la Corte Interamericana de derechos Humanos.

- No se estableció responsabilidad penal en cabeza de MARIO DE ÁVILA DÍAZ, dado que ninguno de los testigos es enfático en señalarlo como autor del *homicidio*; y, por el contrario, los declarantes se refieren con expresiones de argot popular a personas diferentes como los responsables del crimen.

- Oscar Andrés Sanmiguel, comandante de la Estación de Policía de San Onofre (*Sucre*), es el único que manifiesta conocer al implicado; de quien afirma es un desmovilizado de las autodefensas y cree que forma parte de “*Los Paisas*” o “*Los Urabeños*”; lo que no es suficiente para señalarlo como responsable del *homicidio*.

- Eliécer Mercado Romero (*del grupo de homicidios de la SIJIN*), explicó en su informe de investigador de campo, que el homicidio se perpetró por el grupo delincuencia “*Los Paisas*”, al cual pertenece DE ÁVILA DÍAZ. Sin embargo, en el referido documento solo se atribuye responsabilidad a unos de los miembros de ese grupo, entre los que no se encuentra el implicado conocido con el alias “*Mario*”. Por lo tanto, de esta prueba no puede desprenderse la responsabilidad del implicado.

- No se demostró que alguna de las líneas telefónicas interceptadas en las que se verificó el plan criminal perteneciera al implicado MARIO DE ÁVILA DÍAZ; además, el hecho de que en las comunicaciones se hiciera referencia a un alias “*Mario*”, sin identificar a la persona mencionada con ese alias, no es suficiente para considerar culpable al implicado.

- Es cierto que el implicado DE ÁVILA DÍAZ trató de entorpecer el operativo de captura contra alias “*Happy*”; aún así, a partir de ese hecho, no puede construirse un indicio que lo vincule como coautor del homicidio del que fue víctima Rogelio Antonio Martínez Mercado.

- MARIO DE ÁVILA DÍAZ era conocido en las autodefensas con el alias de “*Victor*”. De ahí que, no puede llegarse a la convicción de que cuando en las comunicaciones interceptadas se hace referencia

a alias “Mario”, los interlocutores se estén refiriendo al implicado, maxime que la Fiscalía no realizó cotejo de voz.

-. En oposición a lo pretendido por la Fiscalía, la defensa aportó cinco testimonios tendientes a demostrar que MARIO DE ÁVILA DÍAZ, no participó en el *homicidio* de Rogelio Antonio Martínez Mercado, pues cuando ocurrió el atentado se encontraba en una reunión familiar, a distancia del lugar de los hechos, lo que genera duda respecto su participación en este delito.

-. El hecho de que el implicado se viajara del Municipio de San Onofre a la Ciudad de Bogotá, tiene fundamento en el atentado de que fuera objeto, en el mes de Julio de 2010. En el mismo sentido expusieron su esposa y el informe del funcionario de la Defensoría del Pueblo investigador de la defensa. De ese modo, se descarta que el móvil del desplazamiento obedeciera a la intención de huir luego del homicidio de Martínez Mercado.

-. Por lo anterior, absolvió a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, en la sentencia que fue apelada por el Fiscal 48 Especializado de Bogotá.

LA IMPUGNACIÓN

De conformidad con el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010²³, el Fiscal delegado sustentó la alzada por

²³ Publicada en el Diario Oficial No. 47768 del lunes 2 de septiembre de 2010.

escrito, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia de lectura del fallo. Los demás intervinientes guardaron silencio.

1. Argumentos del impugnante

El Fiscal 48 Especializado adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, pretende se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se condene a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, por el delito de homicidio agravado, por el que fue acusado, con base en estos planteamientos:

- La Jueza de Conocimiento fundó su decisión en la duda probatoria. No obstante, tal incertidumbre no existe en realidad y la que se declaró en el fallo tuvo génesis en la indebida apreciación del conjunto de pruebas practicadas en el juicio oral.

- En los registros de audio incorporados como evidencia, se aprecia claramente la forma como MARIO DE ÁVILA DÍAZ se involucró en el ilícito, al conocer la intención que su grupo tenía de causar la muerte al señor Rogelio Antonio Martínez Mercado; sabía quiénes participarían en el injusto y la manera en que se darían a la fuga luego de cumplir su cometido.

- La funcionaria de primer grado otorgó valor probatorio a apartes de lo narrado por el patrullero Jorge Eliécer Mercado; pero rechazó lo sostenido por él cuando afirma que se logró la identificación de seis de las personas involucradas en el homicidio, entre los que se encuentra el implicado.

- En la sentencia se descartó el informe del 10 de agosto de 2010, donde se identifica a los implicados en el homicidio, por no ser una fuente formal de información. Empero, al mismo tiempo, dicho informe fue utilizado por la funcionaria judicial para ordenar la compulsión de copias para que se investigue a las demás personas relacionadas como responsables del crimen. Tal dualidad de posturas es incorrecta.

- La Fiscalía no refiere dentro de su teoría del caso la presencia del implicado en el lugar de los hechos; sin embargo, la Jueza utilizó este argumento para desvirtuar la participación del implicado en los hechos; o por lo menos para justificar la duda.

- En uno de los audios allegados a juicio oral se logra determinar que la esposa del implicado contesta el celular, la saludan y le piden que comunique a "Mario", prueba que ratifica la participación del implicado en los hechos.

- Al restarle valor probatorio a las interceptaciones de llamadas, por el hecho de que no se haya realizado un cotejo de voces, la Jueza establece una tarifa legal, desconociendo otras labores investigativas que permiten determinar la participación de DE ÁVILA DÍAZ en los hechos.

- Dice la sentencia absolutoria que en las AUC el procesado era conocido con un alias diferente al de "Mario"; de modo que no puede afirmarse que quien hablaba en audio fuese MARIO DE ÁVILA DÍAZ. Con todo, no se aportó ningún tipo de prueba que ratificara el alias con el que el implicado utilizó en el grupo armado del que fue parte y ahora desmovilizado.

Por lo anterior, insiste en la revocatoria de la sentencia, para que en su lugar se profiera un fallo condenatorio.

3. Concesión del recurso

Por estimar que la impugnación fue debidamente sustentada, la Jueza de Conocimiento concedió el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, ante el Tribunal Superior de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 33 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), el Tribunal Superior de Bogotá es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia emitida el 30 de noviembre de 2011, por el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado (CIT) de la misma ciudad.

Como se destacó en la reseña procesal, al emitir el sentido del fallo de segunda instancia, esta Sala concedió la razón al Fiscal apelante. En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada y se condenará a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, como coautor del delito de *homicidio* agravado, como pasa a explicarse.

1. Fundamentos de la sentencia condenatoria

1.1 Por exigencia del artículo 381 *ibídem*, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y

lo que se comunicaron con “Mario” y con “David”, para coordinar el crimen. Quien llama, cuenta que querían cogerlo preso por el delito de concierto para delinquir, porque se habían dado cuenta que pertenecía al grupo, pero que ya contrató a un abogado que está cuadrando con el Fiscal para que le borre el proceso y que al parecer eso le costaría seis millones de pesos.

Se nota que “Mario” y “David”, están en la coordinación del homicidio, que efectivamente se cometió el 18 de mayo de 2010, en horas de la noche.

“Mario”, es MARIO DE ÁVILA DÍAZ y “David”, es su amigo David José Díaz Batista.

- *Audio No. 0518550* del 18 de mayo de 2010: Sobre las 9:34 de la mañana, se comunican con “Mario” y este refiere que está buscando a “Erick”.

“Erick”, es Erick Alfonso Romero Blanco, uno de quienes se opusieron a la captura de “Happy”, y que apoyó a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, cuando sufrió el atentado en su contra.

- *Audio No. 0518793* del 18 de mayo de 2010: A las 9:36 de la mañana, llaman a “David” y le comunican que la señora ya está en San Onofre, que ya “Mario” sabe y está buscando a “David”, que entonces los espere en la casilla.

“Mario”, es el implicado; y “David”, es David José Díaz Batista, mencionado antes por tratar de impedir la captura de “Happy”, y acompañar a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, cuando fue herido.

- *Audio No. 0528807* del 18 de mayo de 2010: A las 10:37 de la mañana, quien llama le explica a “*Mario*” cómo debe usar el arma y le pide que se vaya ya para allá, pero “*Mario*” le comenta que él no va a ir, que van “*Erick*” y “*Abelardo*”, por lo que se compromete a explicarles cómo deben hacerlo.

Es claro que “*Mario*” era uno de los encargados de cometer el homicidio contra Rogelio Antonio Martínez Mercado; sin embargo, se cambiaron los planes y se designó a “*Erik*” y a “*Abelardo*”.

“*Abelardo*”, es Abelardo Díaz Vanegas, dueño del inmueble allanado, donde se produjo la captura de “*Happy*”.

“*Erick*”, es Erick Alonso Romero Blanco, quien acudió en compañía de MARIO DE ÁVILA DÍAZ, a impedir dicha captura; y formó parte del grupo que apoyó a MARIO, después que se atentó en su contra.

- *Audio No. 0561016* del 18 de mayo de 2010: A las 2:07 de la tarde, dos hombres hablan del lugar en donde están ubicadas las personas que van a cometer el crimen y mencionan que esa ubicación es mala, que ya se le había dicho a “*David*” que los colocara donde los Guerrero (*finca de la familia Guerrero*); y que entonces van a llamar a “*Mario*” para que los reubique, aprovechando que va a llevarles una gaseosa.

Una vez más, “*Mario*”, aparece en la logística del homicidio cometido contra Rogelio Antonio Martínez Mercado, que se cometió el mismo 18 de mayo de 2010, en la noche.

- *Audio No. 0562322 del 18 de mayo de 2010: Quien contesta dice estar con "Erick"; que ya vino "Mario" y se fue; también le cuenta que "David" no ha llegado.*

Se trata de los mismos integrantes del grupo "Los Paisas", quienes se dedicaron a concertar detalles del crimen, en distintas horas del día.

- *Audio No. 0605386 del 18 de mayo de 2010: Sobre las 6:57 de la noche, quien llama informa que ya está hecho el trabajo, que dejaron ir al "Ñato", porque no los reconoció, que uno de ellos le pegó 4 tiros y "Yori" le pego 3 tiros.*

Esta es la transcripción, que aquí se presenta a manera de ejemplo:

"0605386 a las 6:57 pm

Receptor: Aló

Emisor: Dime

Receptor: Ya, ya listo

Emisor: Los dos

Receptor: No el Ñato alcanzo a correr, lo dejaron vivo él no los conoció, y el man quedo muerto.

Emisor: Bueno listo

Receptor: Él le pegó 4 y yo le pego 3

Emisor: Bueno listo, yo voy a tirarme por aquí por el arroyo para revisarlos porque vienen alborotados ...

Receptor: Diles que no se vayan a dejar joder por la ley que el Ñato llama a la ley ahora

Emisor: Ajá listo listo."

“Ñato”, es Luis Carlos Castro Barrios, el “mototaxista” que transportaba a Rogelio Antonio Martínez Mercado, quien iba como pasajero.

Fue el mismo MARIO DE ÁVILA DÍAZ, quien en su testimonio – pues renunció al derecho de guardar silencio- afirmó que conocía al mototaxista, a quien le dicen “Ñato”.

Ante la Policía Judicial, Castro Barrios relató que encontraron palos en la vía; y mientras trataba de esquivarlos salió un encapuchado de la trocha y disparó con una pistola que tenía silenciador; se cayeron al perder el equilibrio; y él –mototaxista- salió corriendo, porque seguían disparando.

1.11 De ese modo, la Sala ratifica que el mencionado “Mario”, que interviene en las comunicaciones interceptadas al mismo número celular – 3015546469-, es el mismo MARIO DE ÁVILA DÍAZ; conclusión razonable luego de valorar detalladamente cada una de las interceptaciones y las demás pruebas aducidas en el juicio oral; lo que confirma la teoría del caso de Fiscalía.

Se trata del mismo “Mario”, miembro de la organización delictual denominada “Los Paisas”, también integrada por Oscar Fabián Julio Pérez, alias “Happy”; Abelardo Díaz Vanegas, alias “Abelardo”; Erick Alfonso Romero, alias “Erick”; Manuel de Jesús Torres Torres, alias “El Gordo”, “Mane” o “Manuel”; David José Díaz Batista, alias “David”; Deubis Mendoza Ávila, alias “Tyson o Taison”.

1.12 En el anterior orden de ideas, se necesario revocar la sentencia absolutoria, para condenar a MARIO DE ÁVILA DÍAZ, por el homicidio agravado por el que perdió la vida Rogelio Antonio

Martínez Mercado; en condiciones de indefensión y utilizando medios de peligro común. (*Artículo 104, numerales 3 y 7, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004*).

En efecto, DE ÁVILA DÍAZ participó en la planeación, y ayudó a organizar, coordinar, y ejecutar el atentado; que se cometió cuando Martínez Mercado transitaba como pasajero en una motocicleta, sin posibilidad alguna de salvaguardar su integridad; y un modo de operar que comporta peligro común, al disparar contra el vehículo en movimiento.

Lo anterior, con independencia de que los testigos de la defensa se empeñen en demostrar que el 18 de mayo de 2010, a la hora del crimen, MARIO DE ÁVILA DÍAZ se encontraba en otro lugar, en una fiesta donde se celebraban dos cumpleaños, del tío y el abuelo de Magaly.

Hecho que puede ser cierto, pero que en nada desdibuja su responsabilidad, dado que se trata de una coautoría impropia, con división del trabajo criminal, donde varios integrantes del grupo ilegal “*Los Paisas*”, deciden acabar con la vida de Rogelio Antonio Martínez Mercado, quien abogaba porque la finca “*La Alemania*”, quedara en manos de los lugareños que antes fueron desplazados violentamente de esa heredad.

1.13 Y es claro que en Colombia muchos varones se llaman “*Mario*”, como resalta la defensa; pero sólo en MARIO DE ÁVILA DÍAZ, el implicado en este asunto, convergen estas características que lo singularizan: i) residía en San Onofre (Sucre), escenario del crimen; ii) perteneció a las AUC, se “*desmovilizó*” y ahora forma parte del grupo ilegal “*Los Paisas*”; iii) su compañera permanente se

llama Magaly; iv) es amigo de Manuel, David, Abelardo y Erick; quienes forman parte del mismo grupo ilegal, son los mismos que lo acompañan en distintas actividades y que intervienen en las telecomunicaciones interceptadas, donde se planifica el atentado.

1.14 Tampoco desvirtúa la convicción de la Sala, el hecho de que no se hubiese realizado espectrografía de voces, para verificar científicamente si el “Mario” que habla en las comunicaciones interceptadas es MARIO DE ÁVILA DÍAZ; puesto que la sana crítica, método de valoración probatoria, excluye, en principio, pruebas únicas, exclusivas o tarifadas; y permite al funcionario judicial arribar a la convicción declarada en el fallo, a través de reflexiones lógicas, apoyadas por las ciencias y la experiencia, si fuere el caso.

Con relación a ese tópico, la Sala de Casación Penal, en sentencia del 10 de marzo de 2011 (*radicación 26948*) expresó:

“...ya se dijo, para realizar afirmaciones generales o sugerir que solamente a partir de prueba técnica es dable llegar a conclusiones ciertas sobre la identidad de quienes participan en una conversación, sería tanto como aceptar un sistema tarifario de valoración probatoria, abandonado en nuestro medio judicial desde hace mucho tiempo, por no constituir referente válido, legítimo y racional, en un universo jurídico gobernado por la libertad probatoria.”

1.15 Finalmente, que los teléfonos interceptados no figuren a nombre del implicado, en las empresas de telefonía celular, nada indica a su favor, cuando lo sabido es que, por lo general, los implicados en actividades delictivas se valen de líneas ajenas, por razones que parecen obvias desde la necesidad de no dejar rastros que puedan seguirse sin complicación.

Más en el presente asunto, donde se emplearon teléfonos prepago, como lo informó la empresa TIGO, de fácil adquisición por cualquier persona que acredite unos sencillos requisitos.

1.16 Por lo antes expuesto, se revocará la sentencia absolutoria al resultar claro que MARIO DE ÁVILA DÍAZ fue una de las personas que intervino en la organización y ejecución del *homicidio* del líder comunal Rogelio Antonio Martínez Mercado.

Según lo destacado en la reseña de la actuación procesal, DE ÁVILA DÍAZ quedó condenado por el delito de *homicidio* (artículo 103), con las circunstancias de agravación específica contenidas en los numerales 3° (*disparo contra vehículo, artículo 306*), 4° (*ánimo de lucro, o motivo abyecto o fútil*), 7° (*indejensión de la víctima*) y 10° (*actividad sindical*) del artículo 104 del Código Penal, con punibilidad modificada por la Ley 890 de 2004.

Cabe anotar que la atribución de la circunstancia agravante del numeral 10 del artículo 104 del Código Penal, concretamente en cuanto la Fiscalía afirmaba que Rogelio Antonio Martínez Mercado era líder sindical o sindicalizado, determinó que la competencia para el juzgamiento recayera en los Jueces Penales del Circuito Especializados, en atención a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 35 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente, la Sala de Casación Penal, en auto del 2 de marzo de 2011⁴⁰, al definir la competencia, en el sentido de asignarla a los Jueces Penales del Circuito Especializados, dejó claro que la calificación jurídica de la conducta, con todas las circunstancias

⁴⁰ Folio 4 cuaderno Corte.

incidentes en la punibilidad, corresponde a la misión constitucional de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad de que la procedencia de las causales de agravación formara parte del debate probatorio en el juicio oral.

Así ocurrió, hasta que se demostró que Rogelio Antonio Martínez Mercado no era activista sindical, sino líder cívico o comunitario, que encabezaba las gestiones para reivindicar el predio “La Alemania”, con el fin de devolverlo a las familias que fueron desplazadas violentamente.

La anterior glosa, para concluir que el juzgamiento, adelantado con el pleno de las garantías fundamentales, de ninguna manera se afecta, ni pierde validez, por el hecho de que las pruebas hubiesen desvirtuado la causal de agravación punitiva que en su momento permitió radicar la competencia en los Jueces Penales del Circuito Especializados.

1.17 Como se dijo al anunciar el sentido condenatorio del fallo, en criterio de la Sala, en la conducta punible atribuida a MÁRIO DE ÁVILA DÍAZ, convergen únicamente dos causales de agravación específicas: i) indefensión de la víctima y, ii) disparar arma de fuego contra vehículo⁴¹. (*Artículos 103 y 104 numerales 3 y 7 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004*).

Los analistas de policía judicial explicaron que el mototaxista, Luis Carlos Castro Barrio, en su entrevista, fue diáfano al señalar que para llevar a cabo el crimen los implicados emplearon un método de acechanza que consistió en atravesar palos sobre la vía, lo que desde luego obligaba a detener la marcha de la motocicleta

⁴¹ Artículo 356 Código Penal.

para que Martínez Mercado (*víctima*), colocado en tal estado de indefensión no tuviese ninguna posibilidad de reaccionar en orden a proteger su vida; y de inmediato dispararon contra la motocicleta y sus ocupantes; al punto que el grupo de perpetradores manifestó luego su preocupación porque el conductor de la motocicleta logró escapar vivo. La planificación y desarrollo del crimen generando ese conjunto de situaciones, se verifica también en el conjunto de llamadas telefónicas interceptadas.

2. Dosificación punitiva

MÁRIO DE ÁVILA DÍAZ será condenado por el delito de *homicidio agravado* por el que perdió la vida Rogelio Antonio Martínez Mercado; en condiciones de indefensión y utilizando medios de peligro común. (*Artículo 104, numerales 3 y 7, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004*).

2.1 Por mandato del artículo 60 del Código Penal, para efectuar el proceso de individualización de la pena, se fijan inicialmente los límites mínimos y máximos de movilidad.

El delito de *homicidio agravado* se sanciona en el artículo 104 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), con prisión de 25 a 40 años.

Se expidió posteriormente la Ley 890 de 2004, que en su artículo 14 generó un incremento general de las penas para todos los delitos contenidos en la parte especial del Código Penal; aumento señalado en la tercera parte (1/3) para el mínimo y en la mitad (1/2) para el máximo.

Así, con la Ley 890 de 2004, el *homicidio agravado* quedaría reprimido con prisión que oscila entre 33 años 4 meses y 60 años, sin exceder de 50 años (*artículo 37 del Código Penal*) Estos guarismos expresados en meses equivalen a 400 y 600, respectivamente.

El ámbito de punibilidad se obtiene restando el mínimo (400) del máximo (600), en 200 meses. Los 200 meses divididos entre cuatro, generan la extensión de cada cuarto de movilidad, es decir, 50 meses. Entonces:

Primer cuarto: desde 400 meses hasta 450 meses.

Cuartos medios: desde 450 meses 1 día hasta 550 meses.

Cuarto máximo: desde 550 meses 1 días hasta 600 meses.

Señala el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, entre los fundamentos para individualizar la pena, que el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes (*menor punibilidad*) ni agravantes (*mayor punibilidad*) o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva.

El asunto que compromete al implicado MÁRIO DE ÁVILA DÍAZ se aviene a la anterior hipótesis, dado que no le fue imputada ninguna circunstancia de mayor punibilidad y concurre a su favor la circunstancia de menor punibilidad consistente en “*la carencia de antecedentes penales*”, contenida en el numeral primero del artículo 55 *ibídem*.

Significa lo anterior que, en concreto, al procesado es factible imponerle sanciones compatibles con el *primer cuarto*, es decir, de

400 a 450 meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas dentro del mismo lapso.

Al ponderar los aspectos relacionados en el inciso tercero del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, como 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 necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, se concluye que no es factible imponer la pena mínima del primer cuarto al procesado DE ÁVILA DÍAZ, dado que el atentado contra la vida de que fue víctima el señor Rogelio Martínez, requirió preparación ponderada y acechanza por los copartícipes, quienes le propinaron cuatro balazos⁴², realidad indicativa de que sabían lo que iban a hacer y dirigieron su voluntad hacia el objetivo contrario a derecho, dando al traste con la existencia de un ser humano, para oponerse a su empeño por recuperar por su comunidad la finca "La Alemania", de la cual otrora fueron desplazados de manera violenta.

Por ello, en lugar de imponer la sanción mínima (400 meses), se incrementarán seis 12 meses más, quedando una pena definitiva de 412 meses de prisión (34 años 4 meses) por el delito de *homicidio agravado*, al resultar palmaria la necesidad de que el procesado reciba del Estado la respuesta condigna a su conducta.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fija en el lapso de 20 años (*artículo 51, Ley 599 de 2000*).

3. Subrogado y prisión domiciliaria

⁴² Folio 12 carpeta 2.

Por ausencia de los requisitos legales objetivos, no son procedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena (*artículo 63 del Código Penal*) ni la prisión domiciliaria (*artículo 38 ibidem*). La primera, toda vez que la sanción a imponer supera los tres años de prisión; y ésta, debido a que el delito de *homicidio agravado* se reprime con privación de la libertad que en su duración mínima excede los cinco años de prisión.

4. Sobre la indemnización de perjuicios

Por mandato de los artículo 102 y 106 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), modificado por la Ley 1395 de 2010, quien demostrare la calidad de víctima, si es de su interés, podrá iniciar incidente de reparación integral, hasta dentro de los 30 días después a haber quedado en firme el fallo condenatorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Revocar la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (OIT), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

2. Condenar, en consecuencia, a MÁRIO DE ÁVILA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía número 1.101.873.497

Radicación: 70713-6001051-2010-80112-02 (1597)
Procesado: Mario De Ávila Díaz
Delitos: Homicidio agravado

expedida en San Onofre (Sucre), en calidad de coautor del delito de *homicidio agravado*, a la pena de cuatrocientos doce (412) meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años.

3. No conceder, por improcedentes, al implicado MÁRIO DE ÁVILA DÍAZ, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

4. Comunicar esta sentencia, una vez ejecutoriada, a las autoridades y entidades mencionadas en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*).

5. Este fallo se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contenidos en los artículos 180 a 183 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Cúmplase.



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado



LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS
Magistrado



SARA CEPEDA DE NOPE
Magistrada