



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

FALSOS POSITIVOS – Construcción ilegal de material probatorio.

Otro aspecto que lleva a concluir que se trató de un “falso positivo” y que corrobora tanto la versión de JOSÉ REYES SERRANO ACERO como de los demás testigos habitantes de la región en el sentido de que al menos ese día no habían visto personas miembros de la subversión, es que tampoco los militares se hayan referido a esa presencia. Así, el soldado voluntario URIEL HERREÑO, que dice ser el puntero de Bravo 5, la misma compañía de los implicados, dice que, cuando escucharon los disparos, había reaccionado por Bravo 6 por detrás de un cerro, del que precisamente decían que estaban disparando a Bravo 5, y a pesar de que la pregunta concreta sobre la presencia subversiva quedó sin responder (f. 75 c.2), por lo menos dice que él no disparó su arma de dotación –este soldado regresó y estuvo en el sitio donde fue muerto el menor, lo mismo que otros integrantes de la Bravo 6-; lo mismo refiere el Capitán FABIAN RICARDO VARGAS: *“Como lo dije anteriormente, mi contraguerrilla que llevaba como indicativo Bravo 6, no entró en ningún momento en contacto armado directo con los subversivos, lo único que realice fue un involucramiento hacia la parte alta unos kilómetros adelante para envolver y salirles al paso, pero en ningún momento llegue a tomar contacto armado ni logré ubicarlos visualmente para desarrollar la operación militar...”* (f. 150 c.2, negrilla fuera del texto). No había subversivos en la región ese día, así lo declaró SERRANO ACERO y los demás testigos habitantes de la región, y el hecho de que hubieran visto o que pasaran por allí algunos subversivos no permite inferir que ese día existiera esa presencia en ese lugar: *“...los que iban con migo dispararon (Sic)...hacia la sabana afirmando que veían gente de la guerrilla correr, yo no vi a nadie por ahí...”* (f. 37 c.1).

La declaración de JOSÉ REYES SERRANO ACERO se cuestiona en su credibilidad por varias razones, entre ellas, se trata de presentarlo como auxiliador de la guerrilla y la prueba es que tuviera exceso de mercado, ya quedó explicado que no existía ese exceso; porque al momento de ver el cadáver no hubiera reaccionado de manera inmediata o lo hubiera hecho de manera fingida, eso dice DE LA PAVA GALLEGGO, pero la mayoría de soldados que rindieron su testimonio les consta que su reacción fue inmediata y que los trató de asesinos; o porque en su declaración se haya referido a heridas que no aparecían o que no se registraron por Medicina Legal, y ello es en parte verdad, también los militares que tuvieron mayor acceso al cadáver francamente mintieron en ese punto, pero una persona en esas condiciones no podría ver sino sangre y no sentir otra cosa que dolor. En fin esas imprecisiones no demeritan las afirmaciones restantes que hemos tomado y que se les da crédito en la medida en que en un análisis conjunto resultan corroboradas por otros medios probatorios. Así las críticas a este testigo y a otros testigos habitantes de la región, no corresponden a la verdad o no tienen la virtud de demeritarlos.

En fin simular el combate, la presencia guerrillera, era la forma de preparar el falso positivo.

HOMICIDIO AGRAVADO - Análisis probatorio de Responsabilidad

De conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, *“No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”* y, a contrario sensu, cuando no existe certeza, sino simple probabilidad o duda, o cuando lo demostrado es la inocencia del acusado, se impone la absolución por virtud del principio de presunción de inocencia, una de cuyas manifestaciones es el también principio in dubio pro reo contemplado, entre otras normas, en el artículo 7º de la ley en cita.

En el mismo orden, ni por distancias ni por problemas de orden público, era un imposible que la investigación hubiera comenzado en el lugar de los hechos y en esto es muy importante la declaración del Inspector de Policía de Gámeza que estaba dispuesto y se dispuso a realizar el levantamiento del cadáver. No está probado que se hubiera consultado con la Fiscalía sobre el caso, y para impedir la investigación se traslada el cadáver a Sogamoso en las condiciones conocidas.

En fin, todo indica que, si bien materialmente no haya intervenido en la muerte del menor civil, sabía y estaba de acuerdo con el actuar irregular de la compañía a su cargo y ello, bien como coautor o como titular de una posición de garante frente a los civiles (art. 25 del C. P.) y omitir tomar las medidas necesarias para evitar los hechos que desde un primer momento eran previsible, lo hace responsable de los resultados antijurídicos como autor o coautor de los mismos.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”

Ley 1128 de 2.007

SALA PENAL

CLASE DE PROCESO: CAUSA PENAL
RADICACIÓN: 157593104002-2009-00013-03
ACUSADOS: OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA Y OTROS
DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO
PROCEDENCIA: JUZG. 2º PENAL CTO. DE SOGAMOSO
MOTIVO APELACIÓN SENTENCIA
DECISIÓN: CONFIRMA
MAGISTRADO PONENTE: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO POR DECIDIR:

Los recursos de apelación interpuestos por los señores Defensores de los acusados OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO, PEDRO LUIS FORERO BOGOYA, JULIO OMAR ESPINOSA MEDINA y JORGE ENRIQUE QUEZADA CAICEDO en contra de la sentencia del 11 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Sogamoso dentro del proceso de la referencia.

HECHOS:

El 20 de abril de 2000, en las primeras horas de la mañana, militares adscritos a la compañía de contraguerrilla Bravo 5, al mando del entonces Teniente OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO, que estaban a cargo de una misión de persecución de un frente subversivo que días antes se había tomado la población

de GÁMEZA y del cual se tenía información que sus miembros habían huido, algunos, hacía el sitio o Vereda El Playón del mismo municipio o en límites con el municipio de Mongua, en la vereda MOTUA del primer municipio citado, se dio muerte al joven PEDRO SAÚL NARANJO REYES, quien residía temporalmente en esa vereda junto a su cuñado JOSÉ REYES SERRANO ACERO, se dedicaban a labores agropecuarias y ese día iba a llevar sal a un ganado en una finca cercana.

DE LA ACUSACIÓN:

Por los anteriores hechos y luego de finada la competencia en la jurisdicción ordinaria, la Fiscalía Segunda Especializada de la Unidad Nacional de derechos Humanos y derecho Internacional Humanitario, el 10 de noviembre de 2008, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO, PEDRO LUIS FORERO BOGOYA, JORGE ENRIQUE QUEZADA CAICEDO y JULIO OMAR ESPINOSA MEDINA por el delito de homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104 numeral 7 y con la causal de mayor punibilidad prevista en el numeral 7º del artículo 58, todas normas del Código Penal (fs. 1 a 52 c. o. 4).

SENTENCIA IMPUGNADA:

Concluida la audiencia pública de Juzgamiento, en sentencia del 11 de febrero de 2013 el Juzgado segundo Penal del Circuito Adjunto de Sogamoso condenó a OSCAR JAUN PABLO DE LA PAVA GALLEGO, JORGE ENRIQUE QUESADA CAICEDO, PEDRO LUIS FORERO BOGOYA y JULIO OMAR ESPINOSA MEDINA, a cada uno, a la pena principal de trescientos veintiséis (326) meses de prisión y a la accesoria de Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, a la vez que les negó los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, como coautores responsables del delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

La sentencia, objeto de impugnación, se funda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

1.- Luego de precisar el contenido de la acusación y de resumir las alegaciones de los sujetos procesales en la audiencia pública, en capítulo que denomina “FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN”, precisa como problema jurídico el de si los

acusados son responsables, como coautores, del delito de Homicidio Agravado del cual fue víctima el menor PEDRO SAÚL NARANJO REYES.

2.- Con transcripción del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, recuerda los presupuestos sustanciales para condenar, así como el principio de in dubio pro reo contemplado en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Deja establecido igualmente que la norma sustancial a aplicar es la contenida en la Ley 599 de 2000 por aplicación del principio de favorabilidad, no obstante que los hechos ocurrieron en vigencia del Código Penal de 1980 (20 de abril de 2000).

3.- Sobre la causa de la muerte del menor PEDRO SAÚL NARANJO RINCÓN, a partir del acta de inspección al cadáver y del protocolo de necropsia, concluye, se trató de la conducta descrita como homicidio producido o asociado a herida de bala cráneo facial.

4.- Quienes realizaron la conducta fueron los acusados, pertenecientes al Batallón de Contraguerrillas Muisca No. 1, Compañía Bravo No. 5, que se encontraban en cumplimiento de la orden de operación denominada Venado No. 34 expedida por el Batallón Tarqui de Sogamoso, que tenía por objeto realizar operación defensiva en los municipios de Mongua y Gámeza, veredas Tunjuelo, Daita y Sasa contra la cuadrilla XXVIII, JOSÉ MARÍA CÓRDOBA de las FARC.

5.- A las 6:00 A. M. del 20 de abril de 2000, en la vereda El Playón, según el informe del patrullaje, vieron salir de una casa tres (3) subversivos, dos uniformados y uno de civil cuando se acercaron a la causa y estaban hablando con el encargado, se inicia un hostigamiento desde la parte alta del cerro, reaccionan en la persecución de los guerrilleros y en un combate que duró hasta las 10:00 a.m., dieron de baja a un bandolero el cual le incautaron un revolver 38 spl ASTRA y una granada de fragmentación.

6.- El supuesto subversivo fue dado de baja en el presunto combate es el menor PEDRO SAÚL NARANJO REYES.

7.- No aparece prueba del presunto enfrentamiento; por el contrario los vecinos del sector y el mismo JOSÉ REYES SERRANO, encargado de la casa, afirmaron que en el sector no había presencia guerrillera y que los disparos fueron solo hechos por el Ejército. En la época, sin embargo, en la zona no había presencia estatal y los grupos ilegales intimidaban a los habitantes obligándolos a prestar colaboración,

pero ante la presencia del Ejército abandonaban los lugares y mucho más cuando solo habían pasado cuatro días de la toma de Gámeza. Esa podría ser la razón para que no haya declaración sobre la presencia guerrillera.

8.- Tampoco existe prueba de que NARANJO REYES, perteneciera a las FARC o que fuera colaborador, y lo único que se pudo establecer es que se trataba de un menor que ayudaba a un familiar en las labores del campo.

9.- El capitán FABIAN RICARDO VARGA SAENZ, comandante de la compañía BRAVO 6, sus soldados encontraron en el camino a un joven que se desplazaba a caballo y que solo llevaba sal para un ganado, varias declaraciones coinciden con el militar: JOSÉ JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ PARRA y LIZANDRO GONZÁLEZ PARRA, quienes vieron el niño hablando con el Ejército y que se devolvió para su casa. Esos testimonios merecen toda credibilidad.

10.- En cuanto al arma incautada, aunque hay prueba de haber sido disparada, no hay certeza que ese 20 de abril de 2000, NARANJO REYES, la hubiera utilizado, pues la prueba de absorción atómica, no dio resultados consistentes con residuos de disparo, es decir, no se encontraron residuos en las manos del menor.

11.- Bajo el epígrafe de antijuridicidad alude a que el revólver que se dice haber encontrado a NARANJO REYES, resultó ser de propiedad de DIÓGENES SERRANO, padre de JOSÉ REYES SERRANO y que lo había guardado bajo el colchón, pues su padre se lo había entregado para guardar la finca. Igualmente pone en duda que si los militares acusados iban directo al Playón, hubieran visto a una distancia de unos 20 Kms, a las 5:30 a 6:00 a.m., en las condiciones climáticas y topográficas del páramo, a los supuestos tres subversivos salir de la casa, lo cual a la no comprobación del combate, conduce a concluir que aquellas incumplieron su deber y cometieron el acto de barbarie investigado.

De otro lado, agrega, que no hay prueba de que hubiera actuado bajo una inminente agresión o peligro, pues no había combate, y más bien violaron el domicilio de DIOGÉNES SERRANO, lo allanaron so pretexto de la presencia guerrillera y debajo de una cama encontraron el revólver citado.

12.- Define el dolo como la realización de una conducta descrita penalmente con conocimiento que la misma es típica e ilícita y señala que si bien la compañía Bravo 6, debía ejecutar una orden legítima consistente en inspeccionar el sitio de la toma

y perseguir al grupo de las FARC, del estudio del material probatorio no se deduce que hubiesen recibido una emboscada u hostigamiento de la guerrilla y, por ello, la muerte de NARANJO REYES, fue eminentemente dolosa, pues conocían de su actuar ilícito y no es verdad que debían repeler un ataque, es decir, es decir actuar en legítima defensa, como lo presentaron.

13.- Tomando como referencia el último dictamen de antropología forense, dada la dirección de los disparos de atrás hacia adelante, se considera que la muerte no se produjo en una situación de combate.

14.- Señala que los acusados obraron en coautoría impropia y, en relación con el Teniente DE LA PAVA GALLEGO, como comandante de la compañía, tenía posición de garante y por ello debía impedir el resultado típico que era evitable. Ello en cuanto se alega que el teniente no estaba en el lugar de los hechos, pero basta con que las conductas de cada uno sean convergentes con el resultado que se proponían.

15.- Finalmente releva las incoherencias y contradicciones en que incurren los militares, como negar el encuentro con el menor PEDRO SAÚL NARANJO REYES o asegurar que las autoridades encargadas de realizar la inspección al cadáver se habían negado a hacerlo por la distancia y que habían sido autorizados por el Batallón para trasladar el cadáver.

APELACIÓN INTERPUESTA POR EL DEFENSOR DEL ACUSADO OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO.

En contra de la sentencia que acaba de reseñarse interpuso recurso de apelación el señor Defensor del acusado OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO con la pretensión de la absolución de su protegido, por las siguientes razones:

1.- La imputación formulada a su defendido fue la de coautoría impropia en el homicidio agravado del joven PEDRO SAÚL NARANJO, figura jurídica que no se configura respecto de su defendido, como pasa a sustentarlo después de recordar la definición legal y la evolución de la jurisprudencia sobre el tema.

2.- No se estructura o demuestra el requisito del “Acuerdo común en el plan criminal (elemento subjetivo)” porque no existe prueba testimonial o documental sobre el acuerdo expreso o tácito y lo general es que ese tipo de acuerdos se den entre

organizaciones criminales y no entre hombres que cada día expongan la vida por su patria; que, además, el juez no tuvo en cuenta los excelentes antecedentes personales y la ausencia de capacidad criminal.

3.- Si no existe el acuerdo, no puede hablarse del segundo presupuesto, que es la división del trabajo o tareas dirigidas a la consumación del fin propuesto. De DE LA PAVA GALLEGO, dice, hay prueba clara y fehaciente que no estuvo en el lugar de los hechos cuando se produjo la muerte del joven PEDRO SAÚL. En materia probatoria, alega, se omitió la declaración de JOSÉ REYES SERRANO, quien afirma que cuando los militares estaban en las afueras de su casa haciéndole preguntas respecto de las personas que habían salido de allí se escucharon varios disparos desde la peña a los que respondieron los militares, lo que corrobora el dicho de los acusados. Igual, considera se omitió los relatos ofrecidos por los demás acusados, quienes coinciden en afirmar que DE LA PAVA GALLEGO no se encontraba en el lugar de los hechos y que llegó al sitio como a los cuarenta y cinco (45) minutos de recibir el reporte por parte del Sargento QUESADA CAICEDO, así que su función no fue otra que la de haber llegado a los alrededores de la casa de JOSÉ REYES y repeler un ataque del cual eran objeto.

4.- Tampoco concurre la exigencia del *“Aporte importante en su ejecución...”*, porque, si no estaba presente y lo único que hizo fue ponerse al frente de la tropa frente al ataque, no tenía conocimiento de lo que iba a ocurrir, además que los hechos ocurrieron cuando el Sargento QUESADA CAICEDO y los demás militares se disponían a repeler el ataque. Agrega, ha de tenerse en cuenta que la muerte se produce una hora y media después de iniciados los hostigamientos y cuando DE LA PAVA GALLEGO estaba a kilómetro y medio o dos kilómetros de distancia de donde cayó PEDRO SAÚL NARANJO.

5.- En cuanto al dominio funcional del hecho, ante la ausencia de los demás presupuestos, menos puede hablarse de este. No se explica cómo puede hablarse de voluntad o de ejecución de la voluntad de los demás condenados, sí estos indican que la muerte se produce como consecuencia del cruce de disparos. Se duele en este punto que el juez no haya tenido en cuenta la materialización de trayectorias realizada por la Policía Judicial en la inspección judicial que comprometen materialmente a los demás pero no al Capitán DE LA PAVA GALLEGO. Basta, dice, volver a las declaraciones de los demás acusados para señalar que su defendido no prestó ayuda alguna a los subalternos que intervinieron en el hecho y que no dio orden en tal sentido. Incluso, si en gracia de discusión el

acto hubiera sido ilegal (afirma no lo fue) no hay prueba que su defendido haya dado orden alguna o apoyado el actuar ilegal.

6.- Reitera los elementos de la coautoría con cita extensa de sentencia del 21 de agosto de 2003, rad. 19213, M. P. ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN y luego hace las siguientes afirmaciones: No hay prueba del acuerdo común ni que existiera división del trabajo o de tareas o de ejecución conjunta y según las declaraciones de los demás condenados fueron ellos quienes accionaron sus armas para repeler el ataque.

7.- No está probado, asegura, en el grado de certeza que el Capitán OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA concurriera a la muerte del joven PEDRO SAÚL NARANJO, es decir, no están reunidos los presupuestos para condenar establecidos en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. Se refiere a los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo y las reglas de la valoración de la prueba testimonial con cita de los tratadistas, nacional, ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, y francés, FRANÇOIS GORPHE.

8.- Aplicadas esas reglas de valoración al testimonio de JOSÉ REYES SERRANO, señala: desde el punto de vista moral miente al manifestar, vía ejemplo, en declaración del 21 de abril, haberle visto el revólver en la cintura a PEDRO SAÚL cuando lo llevaban muerto; a los 4 días, el 25 de abril, refiere que nunca le dejaron ver el revólver y que se enteró porque los militares le decían que portaba un revólver; y el 4 de marzo de 2002 que solo lo vio en la Fiscalía de Sogamoso; o haber dicho que tenía rastros de habersele cortado la espalda, que tenía una manito partida y que las vistas tenían rastros de quemaduras de cigarrillo, heridas no halladas por Medicina Legal. Además de la mentira, considera que tiene interés en las resultas del proceso, pues se trataba de su cuñado. Por estas razones el testimonio debió ser rechazado, pues tampoco tiene credibilidad tampoco en la afirmación de que el revólver fue sacado de su casa o que la tropa le haya hurtado alimentos de su consumo.

9.- Los testimonios de JOSÉ JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ, ROSALBINA GONZÁLEZ y LIZANDRO GONZÁLEZ PARRA no son directos y, por ende, no pueden fundar la sentencia condenatoria, pues ninguno afirma que la muerte de PEDRO SAÚL haya sido a consecuencia de una actividad ilícita del entonces teniente DE LA PAVA GALLEGO, que haya dado la orden o haya insinuado el acto a sus subalternos. Simplemente vieron al joven establecer conversación con

miembros del Ejército que no hacían parte del batallón comandado por DE LA PAVA GALLEGO.

10.- En torno del testimonio del Capitán FABIÁN RICARDO VARGAS SAENZ, en el sentido de que se habría encontrado con el joven, que no le encontraron material de guerra y le ordenaron regresar a su casa, DE LA PAVA GALLEGO nunca tuvo conocimiento que el joven haya tomado camino a la casa de REYES SERRANO y si hubiera tenido conocimiento lo habría informado a sus subalternos.

11.- Considera que el juez de primera instancia acepta el hostigamiento cuando los militares están en la casa de REYES SERRANO y que la baja de PEDRO SAÚL se produce después de varios minutos de estar repeliendo el ataque y posterior a que el teniente DE LA PAVA GALLEGO tomara la delantera para desarrollar la situación. Así no se puede hablar de violación del orden jurídico.

12.- En cuanto a que por la hora, 5:30 y 6:00 A.M. y las condiciones del clima nublado y lluvioso, no se hubiera podido ver las personas uniformadas en la casa de REYES SERRANO, en la inspección judicial, con las fotografías tomadas allí, se nota con claridad el cambio de clima, el desaparecimiento de la nubosidad y que así sí se podía ver hacia el lugar, pues no todo el tiempo la región permanece nublada y lluviosa. El juzgado, dice, tergiversa la prueba, no hay referencia a que la distancia desde donde divisan hacia la casa de REYES SERRANO sea la de veinte (20) kilómetros y se parcializa cuando para las mismas condiciones de clima si cree que los civiles que declararon si podían ver.

13.- No se acepta por el fallador que se hubiera presentado un combate porque los testigos no vieron ese día 20 guerrilleros en el sector, lo cual resulta obvio en la medida en que se hubieran enterado de la presencia de la tropa, pero desconoce que REYES SERRANO habla de que en días anteriores pasaron guerrilleros por su casa y que se desplazaban hacia El Playón y que JOSÉ JAVIER CORREDOR afirmó haber visto varios sujetos por los lados de Tasajeras y que ese día no se animó a ir al Playón porque escuchó el plomo, de lo cual se deduce que si hubo enfrentamiento. Tampoco tuvo en cuenta la declaración de MARIO PRIETO, quien afirmó en sus salidas procesales haber escuchado tiros y que la plomacera duro por ahí dos horas, la cual permite igual conclusión en cuanto a la existencia del enfrentamiento.

14.- Muestra su desacuerdo con la consideración del juez en la que acepta que el revólver fue sacado de la casa de REYES SERRANO y puesto a PEDRO SAÚL, pues en ello no hay certeza, pues los militares nunca sabían que en desarrollo de la operación llegarían a esa casa ni sabían quienes estaban allí. En esto resalta que ni siquiera REYES SERRANO está seguro, cuando afirma “creo que el Ejército lo tomó porque el niño nunca lo cogía”, frente a la cual creencia, señala, podría ser una especulación, imaginación o presunción.

15.- En cuanto se dice que el arma no fue disparada por PEDRO SAÚL, olvida la declaración de la Ing. Química SANDRA LILIANA CUERVO ALFONSO, servidora pública del DAS, en cuanto indica que los resultados no permiten concluir si disparó o no el arma. Ese hecho no puede darse por cierto.

16.- En torno de la culpabilidad calificada por el juzgado, partiendo del supuesto de que no hubo combate u hostigamiento, señala, además de desconocer los testimonios de JAVIER CORREDOR y MARIO PRIETO, es como asegurar que el municipio de Gámeza no fue atacado por la guerrilla 4 días antes, o lo dicho por los subalternos en cuanto el Teniente antes de iniciar la operación les recalcó sobre el respeto por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, además que en medio del hostigamiento bien hubieran podido dar de baja de REYES SERRANO y mostrarlo como muerto en combate.

17.- Sobre la consideración del juzgado relacionada con que no se hubiera informado a las demás compañías que se encontraban en el sector, señala, olvida que el Capitán VARGAS SAENZ afirma que recibió un reporte, pero que después quedó sin batería; pero lo que ocurrió es que no había unidades cercanas a la casa de REYES SERRANO, excepto la comandada por DE LA PAVA GALLEGO, y si no pidió apoyo es porque contaba con 25 o 30 unidades, suficientes para afrontar la situación. En tal sentido, agrega, la versión de REYES SERRANO es falaz cuando afirma que quienes dispararon desde la peña eran militares, a esa versión es que da credibilidad el Juzgado, a pesar de las serias contradicciones que presenta.

18.- Frente a la aseveración del Juzgado en el sentido de que no se había logrado establecer la presencia subversiva en el área, no se tuvo en cuenta que el fallecido era familiar del Inspector de Policía de Gámeza y que debía ser apoyado por los residentes del sector dada su condición de autoridad.

19.- Supone que si la compañía Bravo 6 no vio a los tres sujetos salir de la casa de casa de JOSÉ REYES, lo es porque pudieron haber pasado unos cinco minutos antes de que abandonaran la casa de REYES SERRANO, y para precisarlo, recuerda, la Bravo 5 siempre ha asegurado haberlos visto salir entre 5.45 Y 6:00 A. M., es decir que, si el Capitán VARGAS SAENZ no encontró subversivos en la zona, no la existiera.

20.- Poniendo en duda las conclusiones del Juzgado y censurándolas por ser producto de un falso juicio de existencia por suposición, se pregunta reiteradamente que si el Teniente DE LA PAVA GALLEGO y demás miembros de su compañía hubieran tenido o acordado alguna idea criminal, después de enterarse que la persona fallecida era cuñado de REYES SERRANO, por conveniencia no le hubieran dado muerte para evitar fuera un testigo en su contra, máxime si en la casa de éste había una buena cantidad de alimentos de los típicos utilizados por la guerrilla, como enlatados?.

21.- Sobre la sugerencia hecha en la sentencia en el sentido de haber simulado la baja y tratar de encubrir los hechos, señala, no se tuvo en cuenta la declaración del coronel JAIME ESGUERRA SANTOS quien habló de las dificultades para desplazar a los fiscales al lugar de los hechos y que fue lo que determinó el traslado del cadáver a la ciudad de Sogamoso a Medicina Legal. Copia respuesta a pregunta que se formulará a citado ESGUERRA SANTOS en el que se habla del previo requerimiento a las autoridades judiciales y no recordar que hubiera ordenado el traslado de un cadáver sin antes haber hablado con las mismas (f. 880 c. o.).

22.- Tratando del tema de la posición de garante, resalta que solo se está obligado a aquello que es posible de evitar, lo cual no era posible en el caso porque no conocía que con precedencia hubiera sido requisado por el Capitán VARGAS SAENZ, si bien conoció que había salido hacia El Playón, no tuvo la oportunidad de actualizar tal situación, pues en ese momento, cuando hablaban con REYES SERRANO comenzó el hostigamiento, además de que si ya había tomado el camino no debería estar en cercanías de la casa y menos donde se hallaban los ilegales que dispararon contra los militares, pues en el sitio donde fue dado de baja no había ganado y no era el camino adecuado para dirigirse al Playón y era una zona de páramo donde no se notaba explotación económica. De haber conocido su presencia el celo recomendado había sido extremo.

23.- Insiste en que su representado no dejó de cumplir las funciones que le correspondían, que instruyó a su compañía sobre el respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario y que para cuando ocurre el deceso del joven él no se encontraba en el lugar, pues había tomado la delantera para repeler el ataque de que eran objeto y solo se enteró por información de posteriormente le dio el Sargento QUEZADA CAICEDO.

APELACIÓN INTERPUESTA POR LA DEFENSORA DE PEDRO LUIS FORERO BEGOYA y JULIO OMAR ESPINOSA MEDINA:

Anuncia que el recurso lo es contra la integridad del fallo, pues las hipótesis que atendió el juzgador no están plenamente demostradas, además de haberse incurrido en errores en la valoración de la prueba, en cuanto a su identidad, existencia y falso raciocinio, los cuales desarrolla con los siguientes argumentos:

1.- En cuanto a la valoración del testimonio de JOSÉ REYES SERRANO, del cual y del de vecinos del sector, dedujo el juzgado que no había presencia guerrillera en el sector, desconoce que, en sentido contrario, había declarado DIÓGENES SERRANO, padre de JOSÉ REYES SERRANO, e incluso lo dicho por el propio REYES SERRANO cuando afirma que una vez llegaron dos a su casa o en el audio del 4 de septiembre de 2009, oportunidad en la que confirma que por ahí pasan uno o dos, pero sin demorarse y que *“uno no les puede negar el saludo”*.

2.- Sobre el testimonio de ROSALBINA GONZÁLEZ DE CORREDOR que, según el Juzgado, habría afirmado haber visto al niño hablando con el Ejército, no se encuentra tal atestación, sino que lo que dice es que lo vio que iba por el camino real y después se cerró de niebla y no vieron nada más. Existe, pues, tergiversación de ese testimonio.

3.- En cuanto a JOSÉ REYES SERRANO, se asimila el sentimiento, subjetivo, con la certidumbre o verdad objetiva declarada, pues no porque se muestre seguro hay que creerle, sino que debe aplicársele las reglas de la sana crítica y no entrar con una opinión preconcebida sobre la responsabilidad de los acusados, más cuando en diversas salidas procesales se contradice en muchos aspectos y tiene el carácter de sospechoso para mentir en atención a que el occiso era su cuñado, lo cual es desconocido por el juzgador. En declaración de TITO ARMANDO NARANJO afirmó que luego de que lo entregaron lo llevaron a la casa y allí se dio cuenta que tenía una manita partida y quemada la ceja izquierda en el pómulo, que es muy adolorido

porque lo picaron con arma corto-punzante en el pulmón o en la paleta, lo cual es corroborado por JOSÉ REYES. Estos testimonios no fueron valorados por el Juez, pues, de lo contrario no les habría dado valor por mendaces, dado que medicina legal no encontró esos rastros.

4.- Resalta otras contradicciones en que, dice, incurre JOSÉ REYES, como sobre la actuación del Ejército al interior de su casa, pero que no le dijeron nada del revólver y que en otra versión vista a folio 105 crea que el ejército lo había tomado porque el niño nunca lo cogía; mientras que a folio 14 había dicho que encontraron el revólver de DIÓGENES SERRANO; preguntado sobre si en el recorrido había sido amenazado, contestó que directamente no, mientras que a folio 15 había sostenido que lo habían encañonado y que les rogó y les lloró para que no lo mataran, lo cual resulta extraño frente a la afirmación de que había hecho dos olladas de tinto para brindarles. También encuentra contradictorio que inicialmente diga que ya le tenían el revólver en la cintura y en el audio del 9 de septiembre de 2009 afirme que solo le vio la funda; o sobre el número de militares que llegaron a su casa, pues en declaración vista a folio 98 dijo que era 5º más o menos, mientras el 9 de septiembre habla de 150 o 200; o sobre las balas que tenía el revólver, pues DIÓGENES dijo haberlo entregado con munición, mientras JOSÉ afirma que un amigo le consiguió las cinco (5) balas. Esas contradicciones no fueron valoradas.

5.- Transcribe la conclusión del protocolo de necropsia 70/2000 y señala luego que fue desvirtuada por científicos de Medicina Legal en el estudio de antropología forense en el que se habla de múltiples lesiones asociadas a armas de fuego y dos evidencias físicas en cráneo documentadas en el informe pericial. Copia en extenso la descripción brindada de esos dos impactos de bala y para efectos de confrontación reseña la consideración del Juzgado que, a partir de esos protocolos, deduce que la muerte no fue en combate, pues solo menciona el proyectil con dirección de atrás hacia adelante desconociendo la trayectoria de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba, con lo que desconoce que esa puede ser una posición apta para combate y desconoce también los hallazgos de la inspección judicial en la que se registran las posiciones y materialización de trayectorias, condiciones del terreno, en las cuales existe concordancia con la posición de los implicados y con el informe de antropología forense (fs. 39 a 45 c. o. 6).

6.- En cuanto se afirma en la sentencia que el menor estaba indefenso, pues no portaba ningún arma y que no disparó, en parte se desvirtúa con el estudio balístico realizado al arma y las declaraciones de JOSÉ REYES y DIÓGENES SERRANO

en cuanto a la existencia y estado del revólver, lo cual, dice, le permite inferir que el menor no se encontraba indefenso ya que portaba el revólver.

7.- El despacho menciona que los testigos JOSÉ JAVIER CORREDOR, ROSALBINA GONZÁLEZ y LIZANDRO GONZÁLEZ PARRA vieron al niño hablando con el Ejército. En tal sentido transcribe apartes de las declaraciones de LIZANDRO y ROSALBINA para asegurar que no vieron al niño hablando con el Ejército como lo entendió el Juzgado. Así no se puede descartar la legítima defensa alegada.

8.- Vuelve sobre el dictamen de balística del revólver, respecto del cual se pudo establecer que había percutido las vainillas incriminadas recibidas para estudio, lo cual demuestra que el occiso sí utilizó el arma.

9.- En lo relacionado con la prueba de absorción atómica, la conclusión del Juzgado desconoce lo dicho por el perito JHON OSWALDO CRUZ CUBILLOS en audiencia del 9 de septiembre de 2010 en el sentido de que las condiciones climáticas o cualquier agente externo como sustancias líquidas o viento, hace que se remuevan las partículas, lo mismo que el testimonio de la Dra. SANDRA LILIANA CUERVO ALFONSO del 9 de mayo de 2001 en el sentido de que el resultado no permite afirmar si disparó o no el arma, debido a la influencia de factores externos, de suerte que no puede afirmarse, como lo hace el Juzgado, que el occiso no disparó el arma.

10.- Sobre la posibilidad, excluida por el juzgado, de que los militares pudieran avistar a las tres (3) personas que salían de la casa de JOSÉ REYES, dadas las condiciones del clima, la hora de la mañana y ser una zona montañosa, advierte el Juez que profirió la sentencia no es el mismo que estuvo en la inspección judicial, por ende, desconoce el terreno y no verificó en contenido de la diligencia (f. 299 c. o. 5) en la que se dejó constancia que una vez había cesado de llover se había avistado la casa. Por ello no entiende el juzgador afirma que era muy difícil observar detalladamente a tres (3) personas salir de la casa. Si no se hubiera visto, según lo manifestó el Teniente DE LA PAVA, nunca hubieran cambiado su dirección hacia la casa de REYES SERRANO. En igual sentido, alega, obra el registro fotográfico (fs. 320 334 c. o. 5).

11.- Con cita de algunos apartes de los testimonios de MARIO PRIETO, quien dice haber visto a un Kilómetro, JOSÉ JAVIER CORREDOR, a 800 metros y ROSALBINA GONZÁLEZ, quien dice estaba como cerradito y con llovizna suave,

advierde, no entiende que se les crea a ellos y no los militares a menos distancia (600 metros).

12.- En cuanto se habría actuado con el ánimo de presentar resultados o un beneficio a nivel profesional, censura la sentencia por falso juicio de existencia, pues no hay prueba que a sus defendidos PEDERO LUIS FORERO y JULIO OMAR ESPINOSA, se les haya otorgado felicitación, condecoración, ascenso o traslado por esa operación.

13.- No considera razonables que se avale en la sentencia hechos como la no existencia de la emboscada o que no se hubiera avisado a otras compañías, porque desconoce las atestaciones de HUMBERTO LEGUIZAMÓN quien habla del hostigamiento, la persecución y haberse devuelto cuando les informaron de un sujeto dado de baja y que el eje de operaciones de Bravo 6 era diferente y que estaban en riesgo inminente, ya que el Capitán VARGAS SAENZ mencionó haber dicho que se devolviera para la casa y bajara en unas dos horas a llevarle la sal al ganado (Se refiere al menor dado de baja).

14.- Sobre la existencia del hostigamiento, se desconoce el testimonio de LUIS AUGUSTO RIVEROS del 29 de enero de 2001 en el que menciona que cuando se produce el contacto estaban a unos tres (3) kilómetros y que les timbraron por radio para que consiguieran una bestia para bajar el cadáver del guerrillero que había muerto.

15.- No darle credibilidad a los militares implicados en cuanto a haber obtenido autorización, desconoce lo declarado por JAIME ESGUERRA SANTOS el 30 de abril de 2001 y el 11 de agosto de 2009 que corrobora lo dicho por aquellos.

16. Afirmar, como se hace en la sentencia, sobre la inexistencia de prueba sobre el reclutamiento de menores, omite la declaración del ya citado JAIME ESGUERRA SANTOS, quien afirma que esa era una práctica sistemática de las FARC y que entre el 20 y el 30% de los combatientes de esa agrupación eran menores de 18 años.

APELACIÓN PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL ACUSADO JORGE ENRIQUE QUEZADA CAICEDO:

Censura la sentencia por errónea interpretación de las pruebas por las siguientes razones:

1.- Como el principal medio para sustentar la sentencia es la prueba testimonial, se debe establecer si se dio cumplimiento al artículo 277 de la Ley 600 de 2000, el cual transcribe en parte.

2.- Sobre la consideración en el sentido de que no se lograra una declaración que sostuviera la presencia guerrillera en el sector el día de los hechos, alega, en contrario, bastaría ver informaciones periodísticas desde 1995 a 2000 que dan cuenta de que por esa zona de MONGUA y GÁMEZA se desplazaban los Frentes 28 y 38 de las FARC, la comunicación PMG OF. 078 del 4 de mayo de 2000 suscrita por la Personera ALEXANDRA LÓPEZ CARDOZO para solicitar apoyo policial para GÁMEZA, blanco por segunda vez de ataques guerrilleros, y las declaraciones de JOSÉ REYES SERRANO y JOSÉ JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ, con lo cual, sobre todo los familiares del occiso, dejan la idea que no existe presencia de las FARC, pero se llega a tal contradicción de faltar a la verdad cuando afirman que pasan por la zona.

3.- Negando la presencia guerrillera, se niega el enfrentamiento y el deceso de un menor en medio del fuego cruzado con quienes momentos antes habían salido de la casa de REYES SERRANO, lo cual considera una conclusión ingenua del fallador, porque no se puede afirmar que ante la no demostración de la presencia guerrillera para ese día no se dio el enfrentamiento, además que no puede dejar de considerarse la posibilidad de que el menor haya accionado el arma de fuego, duda planteada por el juez de primera instancia.

4.- Del relato de JOSÉ REYES SERRANO se desprende que el arma fue adquirida para defenderse de la guerrilla, lo cual demuestra que si había presencia de esos grupos, que mantienen diálogo con los habitantes y, entonces, resulta probado que el menor por lo menos si hablaba con los miembros de esas células subversivas. De contera, continúa, el dicho de los militares juzgados no queda huérfano cuando aluden haber visto salir de la casa personas que vestían prendas militares y civil, con armas largas, que se desplazan hacia allí y cuando están en ese lugar son hostigados desde la alta montaña.

5.- Los militares no se dirigieron a esa zona por capricho o un interés malsano, sino que, por informes de inteligencia, fue la ruta tomada por los carros que utilizaron los

guerrilleros después de la toma a GÁMEZA, para luego seguir a pie por los caminos de la región.

6.- Las manifestaciones de JOSÉ REYES SERRANO en el sentido de haber sido amenazado por los militares, solo nacen del resentimiento ante la muerte de su cuñado, pues contra él no realizan acción u omisión alguna y su reacción cuando solicita ver el cuerpo de la persona dada de baja, no era otra que la de arremeter contra los funcionarios del Ejército, y ello, luego de que los hubiera acompañado por la zona aledaña a la casa y que el Teniente para proteger su vida le indican regrese a su casa. Sobre el trato recibido por los habitantes de la región cita las declaraciones del menor JOSÉ JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ y ROSALBINA GONZÁLEZ CARO rendidas ante la Personera de Gámeza.

7.- Tratando de la inspección judicial, prueba de la cual, dice, unas veces se soslayó y en algunos aspectos se tergiversó, no se puede afirmar en la sentencia que era imposible ver a una distancia de veinte (20) kilómetros cuando en el registro topográfico y fotográfico, en la imagen 14 desde donde se visualiza la casa, la distancia apenas supera un (1) kilómetro y que entre ese punto y la casa deben superarse unos potreros y un caño o riachuelo. Esas fotografías también prueban que al levantarse la niebla se hacer visible la casa y que se podían ver a personas que alrededor de la misma caminaban. Así, es cierto que ellos lograron visualizar a los tres (3) sujetos de las características anotadas.

8.- A partir de las imágenes fotográficas, especialmente las 38, 39 y 40 y del testimonio de MARIO PRIETO, sin desconocer el clima de la región, considera probado que a la distancia se pueden ver personas, pero no se logra identificarlas, que por lo quebrado del terreno, cuando se tiene visual en línea recta, se logra determinar las características de las personas, pues, por un lado se logró determinar que se trataba de miembros del Ejército y de otro que había un menor a caballo que estaba solo, que no se pudo establecer si se trataba del menor occiso y que el clima es cambiante.

9.- En torno del estado de indefensión o de aprovecharse de esta situación, la sentencia concluye que no hubo enfrentamiento y que el menor no estaba armado, tomando las declaraciones rendidas ante la Personera de Gámeza, que le parecen más sinceras, desprevenidos y que corresponden a la realidad de lo observado, la de JOSÉ REYES SERRANO ACERO, cuando afirmó que en el sitio no hay guerrilla, pero que pasan, insiste en que la presencia del Ejército no obedeció a su querer,

sino en cumplimiento de la operación Venado 34 y cuando se verifica que por esa zona se pueden encontrar a los guerrilleros que se habían tomado a Gámeza y que el paso por allí no resulta inverosímil, y si se tiene en cuenta los estudios de Medicina Forense relacionadas con las trayectorias de los proyectiles que impactaron en el cuerpo del hoy occiso, debe concluirse que por lo menos estaba en medio de las armas de donde salieron esos proyectiles y no se menciona que lo hubiera sido a corta distancia para creer que se tratara de un ajusticiamiento.

10.- Le parece curioso que el arma que había adquirido DIÓGENES SERRANO para cuidarse de la guerrilla apareciera en manos del menor occiso y que hubiera sido disparada, aunque por la falta de cadena de custodia sobre las manos, el clima y el tiempo llevó al resultado de negativo para residuos de disparo, con lo que no puede descartarse que lo hubiera hecho. Transcribe aparte de la declaración de JOSÉ REYES SERRANO ACERO rendida ante la Personería en los puntos relacionados con la funda del arma y resalta a partir de esas respuestas que el testigo no pone en cabeza de los miembros del Ejército la actividad de colocación ilícita del arma de fuego sino que deja al azar o actividad propia del menor que hubiera tomado el arma, o porque seguramente era costumbre que la portara en los recorridos que hacía en la zona. Así, no puede decirse que el menor se encontraba desarmado, pues la duda debe ser resuelta a favor de los procesados; tampoco la propia situación de minoría de edad es relevante porque en tales situaciones de acción militar, no se puede ir preguntando la edad o la condición de menor.

Termina con la solicitud de absolución de JORGE ENRIQUE QUEZADA CAICEDO.

LA SALA CONSIDERA:

Vista la sentencia impugnada y la sustentación de los recursos de apelación interpuestos, debe ocuparse la Sala en verificar si existe la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad de los acusados necesaria para condenar, de manera concreta, si la muerte del menor PEDRO SAÚL NARANJO REYES fue producto del intercambio de disparos que se habría presentado entre un grupo subversivo y la Compañía de contraguerrilla Bravo 5 al mando del entonces Teniente OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO o sí, por el contrario, como se concluyó en la sentencia impugnada, se trató de la ejecución del menor de edad para presentarlo posteriormente como un subversivo dado de baja en combate y, además, en caso de que se trate de uno de los llamados “falsos positivos”, qué responsabilidad cabe el referido Oficial DE LA PAVA GALLEGO.

1.- Sobre la existencia de las conductas punibles y la responsabilidad de los acusados.

De conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, *“No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”* y, a contrario sensu, cuando no existe certeza, sino simple probabilidad o duda, o cuando lo demostrado es la inocencia del acusado, se impone la absolución por virtud del principio de presunción de inocencia, una de cuyas manifestaciones es el también principio in dubio pro reo contemplado, entre otras normas, en el artículo 7º de la ley en cita.

Es, pues, el análisis de las pruebas debatidas en el juicio, especialmente, las mencionadas al sustentar los recursos, de índole testimonial, pericial y documental, lo que debe permitirnos adoptar la decisión que corresponda y dar respuesta a las alegaciones de las partes.

Recuérdese que a OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO y otros se les acusó como coautores del delito de Homicidio Agravado previsto en los artículos 103 y 104 numeral 7º del Código Penal y con la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 58 de la misma obra y que en la acusación se consideró que no se trataba de homicidio en persona protegida, pues para la época de los hechos esa conducta no se hallaba expresamente descrita en la legislación penal (fs. 1 y ss. c. o. 4).

Las normas en mención disponen:

*“Art. 103. **Homicidio.** El que matare a otro...*

*“Art. 104. **Circunstancias de agravación.** La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:*

“7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”.

En el proceso hay hechos que, por la claridad de las pruebas no son objeto de discusión, es decir, que las partes, al menos al sustentar los recursos no cuestionan. Uno de esos hechos es que el menor fallecido, PEDRO SAÚL NARANJO REYES, en efecto vivía por temporadas en la casa habitada por su cuñado JOSÉ REYES SERRANO ACERO, a la vez, detalles muy importantes, como encargado o al frente de una finca DIÓGENES SERRANO CARVAJAL, donde, y en ello es abundante la prueba, cuidaban vacunos, caballos y ovejas (Cfr. declaraciones de LISANDRO GONZÁLEZ PARRA- f. 224 c. o. 2-, JOSÉ JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ –f. 226 ib.-, ROSALBINA GONZÁLEZ CORREDOR –f. 228 ib.- y MARIO PRIETO CRISTANCHO –f. 230 ib., además de los citados JOSÉ REYES y DIÓGENES).

También es incontrovertible que ese día, muy de mañana, PEDRO SAÚL sale de la casa y se dirige a caballo a llevar sal a un ganado en una finca denominada o ubicada en El Playón. En esto, además de la versión dada por JOSÉ REYES SERRANO ACERO, cuya credibilidad se discute por el grado de parentesco con el fallecido, y de las ya citadas declaraciones de habitantes de la región, está nada menos que la declaración del entonces Capitán FABIÁN RICARDO VARGAS SAENZ, quién de manera muy precisa, habla de cómo fue el encuentro con el menor, que iba a caballo, que llevaba sal, que fue requisado, que no llevaba ningún tipo de armas ni explosivos y que fue devuelto para su casa. Con ello no queda duda alguna que a quien encontró y requisó la compañía Bravo 6 a cargo del Cap. VARGAS SAENZ era PEDRO SAÚL. Así también lo afirman los ya citados testigos habitantes de la región.

El menor se devolvió por el mismo camino, dicen LIZANDRO GONZÁLEZ PARRA (f. 224 c.2) y JOSE JAVIER CORREDOR GONZÁLEZ (f. 226 ib.). Dice el primero, refiriéndose a escuadrones del Ejército: *“...los del Ejército siguieron su camino por el camino real los que iban de para abajo y había unos que iban por encima, más hacia arriba al respaldo, se veía que iba un escuadrón y seguramente ellos fue los que se encontraron con el pelado y después se sintieron disparos”* (f. 225 c.2.). Así, PEDRO SAÚL se devuelve y al perderse de vista del testigo, hay disparos, es cuando, puede deducirse, se produce la muerte del joven y ello confrontando las versiones de JOSÉ REYES SERRANO ACERO, las de los sindicados y las de los testigos habitantes de la región.

Por las horas a que dice cada compañía se desplazó cerca a la casa de DIÓGENES SERRANO, la distancia entre una y otra no era mucha, y claro esa casa fue vista por las dos compañías; pero solo ingresó a la misma la Bravo 5 al mando del Tte.

DE LA PAVA GALLEGO, bien porque hubiera visto salir de allí personas, hecho no probado, a no ser que se tratara del menor para tomar su cabalgadura y del propio JOSÉ REYES SERRANO ACERO, bien porque hubieran querido recabar información. Lo que allí sucedió, es decir, en esa casa cuenta con las versiones enfrentadas del encargado de la misma y del Tte. DE LA PAVA GALLEGO y su grupo; pero para darse cuenta del mercado que algunos mencionan lo es porque, sin ser invitados, penetraron en la casa, como lo denuncia SERRANO ACERO, y aún si así les parecía exagerado, 4 o 5 cajas de sardinas u otros tantos atunes o una arroba de arroz, se supone varias libras de café, encuentra explicación razonable en la versión de JOSÉ REYES y de los declarantes habitantes de la región: como es distante del pueblo y no salen cada ocho días se hace mercado para el mes, además que, por las labores propias algunos días tendrán obreros y hasta allí iban con frecuencia DIÓGENES SERRANO y hermanas o parientes de la esposa de JOSÉ REYES, de suerte que esas afirmaciones sobre el mercado o sobre la cantidad de tinto hecho, no parecen sino un mecanismo para tratar de implicar al cuñado del fallecido como guerrillero o auxiliador de la subversión. En fin, ni siquiera tenía mercado para un mes, pues el Sargento QUESADA CAICEDO, afirmó en la indagatoria: “...y nos damos cuenta que tiene mercado como unos ocho quince días y una hollada de tinto que no creo que se la fuera a tomar él solo...” (f. 206 c. anexo original 1).

Lo arbitrario de la conducta de los militares implicados comienza a manifestarse en esa casa por la manera cómo se realiza el registro de la misma y sigue con la obligación que se impone al civil de acompañarlos. JOSÉ REYES los acusa de haberlo obligado y esa versión tiene apoyo en la indagatoria de DE LA PAVA GALLEGO, quien textualmente afirma: “...y al notar que no nos seguían disparando, se ordenó la persecución, le ordené a los soldados y **ordenándole al civil que estaba con nosotros que él nos acompañara pues para mí era un sospechoso, pues aprovechando que él conocía el terreno...**” (f. 180 c. 1). Adquiere así verosimilitud y motivos de crédito la declaración de JOSÉ REYES SERRANO ACERO: fue obligado exponiéndolo si es que ciertamente hubieran sido objeto de hostigamiento; pero más creíble es que no existía tal hostigamiento y que desde entonces se estaba preparando lo que luego se concreta en la persona del joven PEDRO SAÚL.

La escuadra de QUESADA da muerte al menor, al mismo que hacía apenas poco tiempo había requisado Bravo 6, supuestamente porque les estaba disparando con un revólver calibre 38 a una distancia de 50 o 100 metros, afirmó el Sargento. Luego

en la inspección judicial (fs. 311 y ss. c. 5) se documenta una distancia aproximadamente 30 metros (f. 318 c. 5). Amén de la inconsistencia en cuanto a distancias y dice el Tte. DE LA PAVA GALLEGO que ya los guerrilleros se habían escapado que iban demasiado lejos (f. 180 c. 1), lo que queda es absolutamente inverosímil, el joven que se desplazaba en el caballo y momentos antes había sido requisado solo, con una arma corta se enfrentaba a varios soldados armados con fusil y si había sido devuelto desarmado, ¿de dónde saca el revólver y la granada?. Eso resulta increíble, como increíble es que en ese acto de ataque y cuando muere aparezca con el revólver en una mano y una granada en la otra, así lo declararon la mayoría de militares que lo vieron en el sitio donde fue “encontrado”, pues resulta un imposible que quisiera y pudiera a la vez disparar y maniobrar y hacer explotar la granada. Por esa imposibilidad o dificultad, vuelve a cobrar valor la versión de JOSÉ REYES SERRANO ACERO, incluso en el sentido de que el arma, que se la había dado su padre DIÓGENES SERRANO, estaba en la casa, que PEDRO SAÚL no la tomaba y que cuando la escuadra militar que estuvo en su casa, que le revolcaron el mercado y toda la casa (creíble, pues por eso hablan de que tenía mercado, según ellos, excesivo), la tomó y luego se le puso al occiso, más creíble si, se reitera, hacía apenas minutos había sido requisado y no se le había encontrado ninguna arma.

Y, como las cosas no iban bien, nada más apropiado para ellos que mover el cadáver y aducir distancias y problemas de orden público para que se realizara la diligencia de inspección a lugares y levantamiento. Se trata de demostrar que se hizo con autorización de sus superiores, del Coronel JAIME ESGUERRA SANTOS, quien apenas si refiere esa posibilidad (fs. 403 y ss. c. 5); pero si se ve la declaración de PEDRO ALBERTO ALFONSO RINCÓN, Inspector de Policía (fs. 43 y ss. c.1), él dice haberse comunicado con miembros del C. T. I. y haber sido autorizado para la práctica de esa diligencia, con lo cual, la manera de proceder del Teniente DE LA PAVA GALLEGO estaba encaminada a no permitir que los hechos se investigaran de manera inmediata y sobre la escena de los mismos.

Analizando lo relacionado con el momento de los hechos, se tiene que las compañías Bravo 6, que iba adelante y se desvió, y la Bravo 5, al pasar cerca a la casa de JOSÉ REYES SERRANO ACERO, lo hacen entre 5 y 6 de la mañana y ven la casa, tanto que la Bravo 5 se dirige a ella. Un poco más tarde PEDRO SAÚL, montado en su caballo y con sal para el ganado, es encontrado y requisado por Bravo 6, se devuelve para su casa como lo afirman los testigos habitantes de la región, pues ciertamente fue devuelto por el Capitán VARGAS SAENZ, lo dan de

baja, esperan, supuestamente a DE LA PAVA GALLEGO, 30 minutos dicen, preparan una especie de camilla, vuelven a la casa donde habitaba el menor y su cuñado SERRANO ACERO, toman café negro o tinto con queso, prestan el caballo para trasladarlo, y, **según el S. S. HECTOR EDUARDO TOVAR MARIÑO**, estuvieron saliendo de la casa a las 9:30 o nueve y media A.M., y ello para que se vea que la “supuesta” persecución o enfrentamiento no duro el tiempo que dicen los de la Bravo 5.

Otro aspecto que lleva a concluir que se trató de un “falso positivo” y que corrobora tanto las versión de JOSÉ REYES SERRANO ACERO como de los demás testigos habitantes de la región en el sentido de que al menos ese día no habían visto personas miembros de la subversión, es que tampoco los militares se hayan referido a esa presencia. Así, el soldado voluntario URIEL HERREÑO, que dice ser el puntero de Bravo 5, la misma compañía de los implicados, dice que, cuando escucharon los disparos, había reaccionado por Bravo 6 por detrás de un cerro, del que precisamente decían que estaban disparando a Bravo 5, y a pesar de que la pregunta concreta sobre la presencia subversiva quedó sin responder (f. 75 c.2), por lo menos dice que él no disparo su arma de dotación –este soldado regresó y estuvo en el sitio donde fue muerto el menor, lo mismo que otros integrantes de la Bravo 6-; lo mismo refiere el Capitán FABIAN RICARDO VARGAS: ***“Como lo dije anteriormente, mi contraguerrilla que llevaba como indicativo Bravo 6, no entró en ningún momento en contacto armado directo con los subversivos, lo único que realice fue un involucramiento hacia la parte alta unos kilómetros adelante para envolver y salirles al paso, pero en ningún momento llegue a tomar contacto armado ni logré ubicarlos visualmente para desarrollar la operación militar...”*** (f. 150 c.2, negrilla fuera del texto). No había subversivos en la región ese día, así lo declaró SERRANO ACERO y los demás testigos habitantes de la región, y el hecho de que hubieran visto o que pasaran por allí algunos subversivos no permite inferir que ese día existiera esa presencia en ese lugar: ***“...los que iban con migo disparon (Sic)...hacia la sabana afirmando que veían gente de la guerrilla correr, yo no vi a nadie por ahí...”*** (f. 37 c.1).

La declaración de JOSÉ REYES SERRANO ACERO se cuestiona en su credibilidad por varias razones, entre ellas, se trata de presentarlo como auxiliador de la guerrilla y la prueba es que tuviera exceso de mercado, ya quedó explicado que no existía ese exceso; porque al momento de ver el cadáver no hubiera reaccionado de manera inmediata o lo hubiera hecho de manera fingida, eso dice DE LA PAVA GALLEGO, pero la mayoría de soldados que rindieron su testimonio les consta que

su reacción fue inmediata y que los trató de asesinos; o porque en su declaraciones se haya referido a heridas que no aparecían o que no se registraron por Medicina Legal, y ello es en parte verdad, también los militares que tuvieron mayor acceso al cadáver francamente mintieron en ese punto, pero una persona en esas condiciones no podría ver sino sangre y no sentir otra cosa que dolor. En fin esas imprecisiones no demeritan las afirmaciones restantes que hemos tomado y que se les da crédito en la medida en que en un análisis conjunto resultan corroboradas por otros medios probatorios. Así las críticas a este testigo y a otros testigos habitantes de la región, no corresponden a la verdad o no tienen la virtud de demeritarlos.

En fin simular el combate, la presencia guerrillera, era la forma de preparar el falso positivo.

Se alega por todos los recurrentes que el hecho de que las pruebas relacionadas con la hipótesis de que el menor dado de baja hubiera disparado dieran resultados negativos, frente al dictamen o declaración rendida por la Ing. Química SANDRA LILIANA CUERVO ALFONSO (f. 165 c.2.) no significa, necesariamente, que no lo hubiera hecho, y ello es verdad en ciertas situaciones que pueden afectar la prueba o desaparecerla. En el caso, sin embargo, en primer lugar, ya se han expuesto las razones por las que no se cree que el menor hubiera estado armado y se hubiera enfrentado en esas condiciones con el grupo de soldados, y, en segundo lugar, los implicados, especialmente el Tte. DE LA PAVA GALLEGO, no tomó ninguna medida para que ese elemento material probatorio, que favorecería su defensa, no se perdiera. Así, lo que queda es que el manejo que se le dio al caso, estuvo dirigida a poder justificar sus versiones.

Finalmente se abordara el estudio del protocolo de necropsia, las ampliaciones del mismo y las pruebas de Antropología Forense:

Si se observan las indagatorias y declaraciones del grupo militar, todos los que se refirieron al tema y que vieron el cadáver en el sitio de los hechos solo refieren una herida de arma de fuego. Así, JORGE ENRIQUE QUESADA CAICEDO (f. 160 c.1.), Soldado LUIS AUGUSTO RIVEROS (f. 166 c. 1), indagatoria de JULIO OMAR ESPINOSA MEDINA (f. 110 c.2.). En el acta de levantamiento, se describen tres herida (f. 28 c.1), dos junto a la oreja derecha y una abierta en región occipital lado izquierdo. En la necropsia se hace la siguiente descripción de las heridas: *“RESUMEN DE LOS HALLAZGOS: lesión corto contundente severa a nivel cráneo encefálico, área parieto occipital izquierda. Herida de bala no genera lesiones de*

características mortales. COMENTARIO: Joven que presenta dos tipos de lesiones una por bala y otra cortocontundente: Por los hallazgos de necropsia se establece como causa de su muerte la lesión corto-contundente, sin embargo no es posible determinar cuál de las dos es primaria” (f. 94). Aquí ya son evidentes las inconsistencias entre ese protocolo, que se corresponde en general con el acta de levantamiento y lo dicho por lo militares, frente a la cual, ellos pretenden atribuir otras heridas al haberse golpeado durante el traslado en caballo, un palo, caída del caballo, etc.

El forense a cargo del protocolo de necropsia, al responder consulta que se le hiciera, reitera que la lesión corto-contundente tiene más probabilidad de causar la muerte debido a su extensión y daños causados en el cerebro (f. 169 c.1). Luego, en declaración (fs. 168 y ss. c.2) explica cómo no es posible que la lesión corto-contundente se haya producido sea post mortem; y, en otra adición o aclaración (f. 288 c. 1) se señala que la herida de bala no pudo haber producido la muerte de manera inmediata, lo cual, ciertamente generaría un compromiso mayor a los implicados.

En el dictamen de antropología Forense se documentan dos heridas por proyectil de arma de fuego (fs. 678 y ss.), lo cual, al menor en parte entra en contradicción con lo que dijeron haber visto los implicados (solo le ven una herida), pero en aclaración de ese dictamen (fs. 735 y ss.) no se descartan las heridas cortantes referidas en el protocolo y, además, lo dice el perito, no tuvo acceso al protocolo de necropsia (f. 737 vto.).

Así, las pericias no descartan las conclusiones a que arribó el Juez de Primera Instancia y si bien se generan dudas sobre la forma de la muerte, que comprometería más la responsabilidad de los acusados, de todas maneras lo cierto es que allí no hubo enfrentamiento con subversivos, que el menor no estaba armado y que el revólver y granada que le fueron colocadas no tiene la explicación que trataron de imponer los militares implicados.

2.- Sobre la responsabilidad del acusado OSCAR JUAN PABLO DE LA PAVA GALLEGO.

Las conclusiones a que llegó la primera instancia, ciertamente, a unos y otros acusados, los comprometen como coautores. Se alega, sin embargo, por parte de la defensa del entonces Teniente DE LA PAVA GALLEGO, de un lado, no se reúnen

las condiciones de la coautoría impropia que se le atribuye y, de otro lado, que tampoco lo es porque ocupara la posición de garante, pues él no estaba presente en el lugar de los hechos, y él les hizo las prevenciones o recomendaciones sobre el trato que se debía observar con la población civil.

Demostrado como ha quedado que no hubo hostigamiento, ni enfrentamiento, menos con el menor PEDRO SAÚL que hacía apenas minutos había sido requisado por Bravo 6 y que lo único que llevaba era la sal para el ganado, por supuesto, la mayor parte de la argumentación de la defensa queda sin fundamento; sin embargo, aún queda la posibilidad de que los hechos en los que finalmente resultó muerto el menor sea obra de la escuadra al mando del Sargento Quezada Caicedo, ejecutados a pesar de las ya citadas indicaciones dadas por el oficial a cargo de la Compañía Bravo 5 en cuanto al trato con la población civil.

Recuérdese que, en cuanto a tiempos, a partir de las declaraciones de varios de los militares, ellos llegan a la casa de JOSÉ REYES SERRANO ACERO sobre las cinco y media a seis de la mañana, que allí se demoran, indagan al morador, comienzan a disparar ráfagas hacia la peña, que luego obligan al civil a que fuera con ellos por algún tiempo, y después de todo, según el Sargento segundo HECTOR EDUARDO TOVAR MARIÑO, estuvieron subiendo, con el cadáver, luego de conseguir el caballo y que SERRANO ACERTO les hiciera tinto y les diera con queso, a las nueve y media (f.69 c. o. 2). Los hechos, el supuesto enfrentamiento con el menor, sucede en esos tiempos, y si en la casa de SERRANO ACERO se habían reunido o estado previamente el teniente DE LA PAVA y el grupo o compañía a su cargo, no puede concluirse o aceptarse que quien estaba al mando de la tropa estuviera a tanta distancia del grupo que dijo haberse enfrentado al menor.

Contrario a lo dicho sobre las observaciones a la tropa hechas por el Teniente DE LA PAVA, es éste el que tolera actos contrarios a las mismas: en primer lugar es un hecho seguro que los militares allanan la casa de JOSÉ REYES SERRANO ACERO (Por eso hablan de exceso de mercado, que, según se ha dicho, no lo había) y acto seguido, el civil es obligado a que los acompañara por un trecho (y ello en medio del hostigamiento que dicen existía) exponiéndolo al peligro y contra su voluntad. Algunos dijeron que ese acompañamiento fue voluntario (Sargento QUESADA CAICEDO); pero el propio acusado DE LA PAVA GALLEGO, en su indagatoria, afirma haberle ordenado ese acompañamiento. Textualmente: ***“...le ordene a los soldados y ordenándole al civil que estaba con nosotros que el nos acompañara pues para mí era un sospechoso...”*** (f. 180 c. o anexo núm. 1). Este

es francamente un comportamiento que nos permite inferir que esa compañía quería resultados a cualquier precio y que él no era ajeno a esa intención y por eso no resulta extraño que el referido civil los acuse de haber recibido sugerencias para que se colocara un camuflado (f. 36 c. o anexo 1).

Ya en la escena de los hechos, la mayoría de quienes vieron el cadáver solo refieren una herida de arma de fuego y para justificar otra herida se inventan, incluido DELA PAVA GALLEGO, la historia de una caída o el golpe con un palo mientras era trasladado en el caballo, en una franca conducta dirigida a ocultar lo que allí había sucedido. Esto, por supuesto, es indicativo de que sabía lo que había ocurrido.

En el mismo orden, ni por distancias ni por problemas de orden público, era un imposible que la investigación hubiera comenzado en el lugar de los hechos y en esto es muy importante la declaración del Inspector de Policía de Gámeza que estaba dispuesto y se dispuso a realizar el levantamiento del cadáver. No está probado que se hubiera consultado con la Fiscalía sobre el caso, y para impedir la investigación se traslada el cadáver a Sogamoso en las condiciones conocidas.

En fin, todo indica que, si bien materialmente no haya intervenido en la muerte del menor civil, sabía y estaba de acuerdo con el actuar irregular de la compañía a su cargo y ello, bien como coautor o como titular de una posición de garante frente a los civiles (art. 25 del C. P.) y omitir tomar las medidas necesarias para evitar los hechos que desde un primer momento eran previsible, lo hace responsable de los resultados antijurídicos como autor o coautor de los mismos.

Por último, respecto de los dos temas estudiados en precedencia, las conclusiones a que arribó el Juez de Primera Instancia y que prohija esta Sala del Tribunal no son ajenas sino coincidentes con las decisiones que se adoptaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y con el proceso disciplinario en primera instancia.

En las condiciones antes referidas, la sentencia será confirmada.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE

VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación (art. 183 Ley 906 de 2004 modificado artículo 98 Ley 1395 de 2010).

Las partes quedan notificadas en estrados.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado