



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Bogotá, 12 de marzo de 2015

Señores Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
 Sala de Casación Penal
 Magistrado Ponente **Dr. Eugenio Fernandez Calier**
 E. S. D.

Referencia: Recursos de casación interpuestos por los defensores de JORGE HUMBERTO MILANES VEGA; DARIO JOSE BRANGO AGAMES y EDGAR GARCIA ESTUPIÑAN; ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO, el Fiscal Delegado, el Actor civil popular JORGE ELIECER MOLANO; contra la sentencia proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA a través de la cual se confirmó parcialmente la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia quien absolvió a los procesados de los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, ACTOS DE BARBARIE Y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

Radicado Numero: 40.098

Honorables Magistrados:

El 4 de agosto de 2010, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia Absolvió a **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Alejandro Jaramillo Giraldo, Angel Maria Padilla Petro, Jorge Humberto Milanes Vega, Sabarain Cruz Reina, Dario Jose Brango Games y Edgar**



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

García Estupiñan, por las conductas punibles de Homicidio en Persona Protegida, Actos de Barbarie y Concierto para Delinquir Agravado.

Inconformes con la decisión, el Fiscal Delegado, el Ministerio Público y el actor popular interpusieron sendos recursos de apelación. Correspondió conocer de la alzada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, quien en sentencia proferida el 5 de junio de 2012 resolvió condenar a **Jorge Humberto Milanes Vega**; **Dario Jose Brango Agames**; **Edgar García Estupiñan** y **Alejandro Jaramillo Giraldo** y, confirmar la absolución para los demás procesados.

Se presentaron demandas de casación por parte de los defensores de **Jorge Humberto Milanes Vega**, **Alejandro Jaramillo Giraldo**, **Dario Jose Brango Agames**, **Edgar García Estupiñan**; el Fiscal Séptimo Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y, el Actor Civil Popular JORGE ELIECER MOLANO, que sustentaron con la presentación de la respectiva demanda. La Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 16 de octubre de 2012, las admitió, motivo por el cual corrió traslado a la Procuraduría General de la Nación a fin de que rinda concepto sobre la viabilidad del recurso.

1. HECHOS.

La situación fáctica fue resumida por el Juez de primera instancia, siguiendo la resolución de acusación; Así:

“se da inicio a la presente investigación a partir de la información que se recibió el 24 de febrero del año 2005, cuando se habló de la posible existencia de unas fosas en el municipio de Apartadó-Antioquia, como resultado de los hechos del 21 de febrero del mismo año y que corresponden a los homicidios de los ciudadanos LUIS EDUARDO GUERRA GUERRA, su compañera BEYANIRA AREIZA y su hijo menor DEYER ANDRES GUERRA TUBERQUIA en la vereda de Mulatos Alto, del corregimiento de San José de Apartadó-Antioquia; así mismo, de los homicidios el mismo día de ALFONSO BOLIVAR TUBERQUIA GRACIANO, su esposa SANDRA MILENA MUÑOZ POZO, sus hijos NATALLA de cinco años y SANTIAGO TUBERQUIA MUÑOZ de escasos dos años, junto



CASACIÓN 40.098

ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

con ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO alias "Cristo de Palo", en la vereda de La Resbalosa..."

Pero el hallazgo de estos cuerpos tiene su génesis en operaciones militares, para cuya mejor comprensión retomamos parte de la narración fáctica efectuada por el Tribunal de Antioquia, que señala:

(...)

"En cumplimiento de dicha orden constitucional¹, las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Batallón de contraguerrillas nor (sic) 33 Cacique Lutoima, el 15 de febrero de 2005, expidieron la Misión Táctica nor (sic) 06 2FORTALEZA", OPERACIÓN FENIX, dirigida a las compañías Alacrán, Búfalo y Camaleón, con el fin de combatir al "enemigo", esto es, integrantes del 5 y 58 frente de las fare, para lo cual debía darse estricto cumplimiento a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

El 17 de febrero del mismo año, se expidió la Misión Táctica nor (sic) 009 "FEROZ", operación "FENIX", dirigido a C.T Guillermo Gordillo Sánchez, como comandante de la compañía Bolívar: ST Alejandro Jaramillo Giraldo, Comandante Bolívar: ST Edgar García Estapiñan, Comandante Anzoategui 1 y Dairo Brango Agamez, comandante Anzoategui 2, donde se les menciona el "enemigo" a combatir, esto es, 5 y 58 y compañía móvil Mario Velez de las ont fare y autodefensas ilegales de Córdoba y Urabá, cuyos objetivos geográficos a alcanzar serían los cerros de Bogotá y la Cooperativa, en el área de los municipios de Turbo, Curritao y Apartadó.

La primera fase la iniciaría el primer pelotón de la compañía Bolívar, desde San Pedro de Urabá hasta el corregimiento de Nueva Antioquia, donde se reuniría con la compañía Anzoategui. Las unidades verificarían el área y efectuarían las coordinaciones con el señor Oficial de Operaciones del Batallón, Jose Fernando Castaño López, el cual impartiría las órdenes correspondientes para el cumplimiento de la misión.

Se debía realizar un movimiento inicial desde el corregimiento de Nueva Antioquia, hasta cruzar el río Mulatos para ubicarse en la línea de partida y enmarcarse dentro de su eje de avance. Una vez llegaran al objetivo del cerro Bogotá y realizaran operaciones de registro, Anzoategui 2 y 3, instalarían un observatorio y colocarían seguridad para el desplazamiento de Bolívar 1 y Anzoategui 1, hacia el objetivo número 2. La tercera fase iniciaría con el movimiento de Bolívar 1 y Anzoategui 1, hacia el objetivo 2, esto es, cerro La Cooperativa, para hacer emboscadas y bloqueos en las posibles vías de escape o de repliegue del enemigo del sector de Alto Bonito, en dirección quebrada Nuan y vereda el Tigre, hasta finalmente terminar la misión

¹ Hace referencia a la impartida por la Corte Constitucional en sentencia T-327 de abril 15 de 2004



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

*encomendada. Documento que fue firmado por el Teniente Coronel **Orlando Espinosa Beltrán***

El 17 de febrero de 2005, también se expidió la Orden de Operaciones Nro 02, "FENIX", ACCCIÓN TÁCTICA Nro 10, firmada por el Teniente Coronel Nestor Ivan Duque Lopez, donde se detalló la misión de contraguerrilla a cumplir, empleando la maniobra de presión y bloqueo con la técnica de cerco y presión dispersa, manobras de golpe de mano y emboscadas, sobre las veredas de la Cristalina, Buenos Aires, Chontalito, Bella Vista, cerro la Gaseosa, las Nieves, Arenas Altas, Arenas Bajas, vereda el Cuchillo, Playa Larga, el cañón del Mariano, Miramar, del municipio de Apartadó, a fin de ubicar y reducir, o dar de baja a integrantes de las fare y anc, garantizando el orden constitucional, respetando en todo momento los derechos humanos, protegiendo la vida, honra y bienes de la población.

El 19 de febrero de 2005, se expidió la Orden Fragmentaria Nro III 2FOCA", a la orden de Operaciones "FENIX", firmada por el Brigadier General Héctor Jaime Fandiño Rincón, Comandante de la Brigada Décimo Séptima, donde igualmente el objetivo era ubicar a miembros de las fare y grupos de autodefensas, y así dar cumplimiento a la sentencia C-327 de la Corte Constitucional. Se explicó el concepto de la operación, mediante cuatro fases, donde tendrían que pasar por el área general de cañón de Mulatos, Nueva Antioquia, la Balsa, Alto Carepa, cerro el Tabano, el Barro, la Nevera, la Luna, Playa larga, Miramar, Cristalina, las Nieves, Chontalito, Buenos Aires, cerro Bogotá y la Cooperativa.

*A Nueva Antioquia llegó el Mayor **José Fernando Castaño López**, Oficial de Operaciones, con el fin de informar personalmente el contenido de la misión militar a desarrollar, a los cuatro comandantes que se encontraban en el lugar, esto es, los señores **Joramillo, Milanés, García y Brango**, pues el señor Gordillo no había llegado.*

Pese a que el día 17 de febrero de 2005, desde la Brigada se dio la orden de empezar la misión, los comandantes de los pelotones Anzoategui y Bolívar, quienes se encontraban en el corregimiento de Nueva Antioquia, no la cumplieran porque esperaron que llegara quien iba a ser el comandante general, esto es, el Capitán Guillermo Armando Gordillo Sanchez, de más experiencia. Sin embargo, empezaron a reportar falsamente a sus superiores, su presunto avance.

El 17 de febrero hizo su arribo a Nueva Antioquia, el Capitán Gordillo, quien pidió que lo ilustraran al respecto y el 18 de febrero emprendieran la marcha, distribuidos de la siguiente manera:

*Comandante de la Compañía Bolívar: Capitán Guillermo Armando Gordillo Sánchez, quien iba junto con el pelotón Bolívar 1, cuyo Comandante era el señor **Alejandro Joramillo Giraldo**; Anzoategui 1, Comandado por **Jorge Humberto Milanés Vega**; Anzoategui 2, Comandante **Dario José Brango Agamez** y Anzoategui 3, Comandante **Edgar García Estupiñán**.*



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Al pelotón Bolívar 1 pertenecían, entre otros Angel María Padilla Petra y Suburain Cruz Reina.

Pelotón Anzoategui 1: Henry Agudelo Casmayun Ortega, Ricardo Bastidas Candia y Oscar Jaime González.

Pelotón Anzoategui 2: Luis Gutiérrez Echeverry, Jesús David Cardona Casas y Hector Londoño Román.

Pelotón Anzoategui 3: Ramón Alcán Cuaviva.

(...)

Iban más o menos entre 36 a 40 personas por pelotón, cada una con fusil; el grupo llevaba morteros, granadas de diferentes clases, ametralladoras, munición, radios de comunicación permanente, lanzacohetes, etc. Del Batallón les ensiaron guías que conocían el camino a seguir.

Una vez legaron al cerro Cañada o cerro Alcana, donde habia personal del grupo ilegal héroes de Tolova, autodefensas, los miembros del Ejército decidieron dormir allí. El Capitán Gordillo dio la orden de seguir patrullando con estas personas al margen de la ley, en cantidad de aproximadamente cincuenta, quienes aportaban fusiles, granadas, material de guerra, los que salían al paso de la tropa, pues habitaban en ese territorio.

Al otro día emprendieron la marcha y llegaron al cerro de la Hoz, donde durmieron. Al día siguiente emprendieron la marcha los cuatro pelotones, y en el cerro Cruz de Hueso, se dividieron de la siguiente manera:

Anzoategui 2 y 3, tomaron la parte alta para llegar al cerro Bogotá, y Bolívar 1 y Anzoategui 1, tomaron la ruta al cerro la Cooperativa. Estos últimos mencionados, siguieron patrullando con el personal ilegal héroes de Tolova. Llegaron a descansar al sitio conocido como Miguelayo, luego Casa verde, para continuar la marcha el 21 de febrero, con los integrantes del grupo ilegal siempre adelante, como a veinte minutos de distancia.

Ese día los miembros del grupo héroes de Tolova, al parecer al mando del apodado 4, comandante 21 u orejas y Branco, quienes iban adelante del Ejército como fue acordado, en la vereda Mulatos alta, corregimiento de San José de Apartadó, Antioquia, dieron muerte con arma cortante, a los civiles Luis Eduardo Guerra Guerra, su compañera Beyanira Areiza, de 17 años de edad y el hijo del primero, Deyner Andres Guerra Tubercuía, de once años de edad, quienes iban por el camino, y eran miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, para luego enterrarlos en fosas que hicieron.



CASACIÓN 40.098

ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Como a la 1:20 de la tarde del mismo día, se escucharon unas detonaciones y disparos, por la vereda La Resbalosa, municipio de San José de Apartadó, departamento de Antioquia, producidas por el grupo de autodefensas mencionado, donde mataron a un presunto guerrillero, apodado cristo de palo, de nombre Alejandro Pérez Castaño y a la señora Sandra Milena Muñoz Pozo, quien se encontraba en su vivienda y resultó víctima al explotar en su cabeza una granada de mortero que le lanzaron.

Al cesar el combate, que duró entre diez y veinte minutos, encontraron con vida a Natalia, de cinco años de edad y Santiago, de dos años de edad. Aproximadamente a la media hora apareció el padre de los niños, señor Alfonso Bolívar Tuberquia Graciana, suplicando por sus víctimas, pero los mataron y los desmembraron, para también enterrarlos en fosas que hicieron.

Los habitantes de la región dieron aviso a las autoridades respectivas, y fue así como a los tres días, la Fiscalía realizó inspección judicial al lugar y halló las fosas con los cuerpos de las personas antes mencionadas."

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Se resumirá la actuación no solo referida a los procesados al momento vinculados al proceso, sino la de todos los fueron vinculados a la investigación hasta el cierre de los aquí implicados, en aras de permitir una mejor comprensión del decurso procesal en el que diferentes personas han estado sindicadas, reclusándose a favor de algunas y otras que generaron rupturas procesales por cierres parciales o acogimiento a sentencia anticipada.

- El 24 de febrero de 2005 Fiscal Especializado de la UDH y DIH **asume conocimiento** y da inicio a la investigación Previa en torno a la posible existencia de fosas donde fueron inhumadas personas asesinadas en la región de Apartadó – Antioquia.² Con posterioridad la investigación es asumida por el fiscal Especializado adscrito a la misma unidad el 8 de marzo de 2005³.

² Folio 1, cuaderno de copias Nro. uno.

³ Folio 2, cuaderno de copias Nro. 2.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

- **Apertura de instrucción** mediante providencia de fecha 20 de febrero de 2007⁴, proferida por el fiscal séptimo Especializado, adscrito a la Unidad Nacional de DDHH y DIH, en la que se dispone vincular como sindicados, mediante indagatoria a los miembros de la Compañía Alacrán del Batallón de Contraguerrilla No. 33 "cacique Lutaima" adscrito a la Brigada XVII del Ejército Nacional en un total de dos oficiales, nueve sub oficiales y 58 Soldados Profesionales.

Mediante providencia del 14 de mayo de 2007⁵ se dispuso escuchar en indagatoria a Adriano José Cano Arteaga alias "Melaza". En igual proveído de fecha 9 de noviembre de 2007⁶ se ordenó vincular mediante indagatoria a Diego Fernando Murillo Bejarano alias "Don Berna"

Mediante providencia del 18 de febrero de 2008⁷ se dispuso vincular mediante indagatoria a Jorge Luis Salgado David.

El 28 de febrero de 2008⁸ se dispuso vincular mediante indagatoria a José Vargas Florez alias "PIRULO" y Climaco Falcao Alcala alias "COBRA" el 12 de marzo de 2008⁹ se dispuso vincular a Bionor Vargas Florez alias "Brando José o Brayan José o Bionor Antonio Vargas"; Esaut José Feria Matinés alias "Alejandro o Alejo"; Jose Alfredo Polo Rodriguez alias "Bachiller o Leonel"; Uber Dario Yañez Cadavid alias "21 u orejas"; Eulises Burgos alias "Ronco o Aguila"

Con providencia calendada el 13 de marzo de 2008¹⁰ **se ordenó vincular** a los oficiales y suboficiales de la Compañía Anzoategui – Bolívar que se

⁴ Folios 12 al 23 cuaderno copia Nro. 8

⁵ Folios 227 cuaderno copia Nro. 8

⁶ Folios 140 cuaderno copia Nro. 10

⁷ Folio 58 cuaderno copia Nro. 12

⁸ Folios 200 cuaderno copia Nro. 12

⁹ Folios 2 de cuaderno de copias 13

¹⁰ Folios 10 y 11 de cuaderno copia Nro. 13



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

encontraban el 21 de febrero de 2005 bajo las órdenes del Guillermo Armando Gordillo, a saber: ST **Alejandro Jaramillo Giraldo**, SS: **Angel María Padilla Petro**, CP. **Sabarain Cruz Reina**, ST. **Jorge Humberto Milanés Vega**, SS. **Henry Guasmayán Ortega**, C3. **Ricardo Bastidas Cambia**, SS. **Dario Jose Brango Agames**, CP. Héctor Londoño Ramirez, C3. Luis Gutierrez Echeverri, C3. Jesus David Cardona Casas, ST. **Edgar Garcia Estupiñan**, SS. Oscar Jaime Gonzalez, C3 Yuber Carranza Rodriguez, Cs. Ramón Muican Guavita, C3 José Carmona Carmona.

En providencia del 17 de junio de 2008¹¹ se dispuso vincular como sindicados, mediante indagatoria a **José Fernando Castaño López** y **Orlando Espinosa Beltrán**. Se dispuso vincular a

Vinculación mediante indagatoria, al C.T. Guillermo Armando Gordillo Sanchez se le escuchó en indagatoria el 16 de noviembre de 2007¹²

Jorge Luis Salgado David fue indagado el 21 de febrero de 2008¹³. Joel José Vargas Florez alias "PIRULO fue escuchado en indagatoria el 28 de febrero de 2008¹⁴, mientras José Climaco Falcao Alcala alias "COBRA fue escuchado en indagatoria el 17 de marzo de 2008¹⁵

Jose Ramiro Carmona Carmona rindió su injurada el 26 de marzo de 2008¹⁶, el 26 del mismo mes y año se indagó al CP. Ramón Micán Guavita¹⁷; La indagatoria de **Henrrry Agudelo Cuasmayan Ortega** fue decepcionada el 26 de marzo de 2008¹⁸; **Dario José Brango Agames** fue

¹¹ Folios 184 cuaderno copia Nro. 16

¹² Folios 170 y siguientes cuaderno copia Nro. 10

¹³ Folios 138 y siguientes cuaderno copia Nro. 12

¹⁴ Folios 202 y siguientes cuaderno copias Nro. 12

¹⁵ Folios 36 y siguientes cuaderno copia Nro. 13

¹⁶ Folios 129 a 132 cuaderno copia Nro. 13

¹⁷ Folios 133 y ss cuaderno copia Nro. 13

¹⁸ Folios 138 a 142 cuaderno copia Nro. 13



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

oido en indagatoria el 26 de marzo de 2008¹⁹; **Edgar Javier Gracia Estupiñan** se vinculó mediante injurada el 27 de marzo del 2008²⁰; en igual fecha se escuchó a **Ricardo Bastidas Candia**²¹; y el 28 del mismo mes y año a **Alejandro Jaramillo Giraldo**²², Luis Javier Gutierrez Echeverry y Jesus David Cardona Casas²³; al día siguiente 29 de marzo se recibió indagatoria a **Angel Maria Padilla Petro**²⁴; el 31 de marzo de 2008 se indagó a Oscar Jaime Gonzalez y **Jorge Humberto Milanés Vega**;²⁵ **Sabarain Cruz Reina** fue indagado el 3 de abril de 2008²⁶; el día anterior 2 de abril se había escuchado en injurada a Héctor Alonso Londoño Ramirez²⁷; Joel Jose Vargas Florez indagado el 9 de abril de 2008²⁸; el 14 de abril de 2008 se indagó a Esau José Feria Martinez²⁹; el 13 de mayo de 2008³⁰ se escuchó en indagatoria a Yuber Manuel carranza Rodriguez; el 22 de julio de 2008³¹ se escuchó en indagatoria a **José Fernando Castaño Lopez**; la injurada de **Orlando Espinosa Beltran** se recibió el 23 de julio de 2008³².

- **Vinculación mediante declaratoria de persona ausente:** en providencia del 19 de septiembre de 2008³³, se declararon personas ausentes a Bionor Vargas Florez alias "Brando José o Brayan José o Bionor Antonio Vargas"; Esaut José Feria Matinés alias "Alejandro o Alejo"; Jose Alfredo Polo

¹⁹ Folios 166 y ss cuaderno copia nro. 13

²⁰ Folios 176 a 181 cuaderno copia Nro. 13

²¹ Folios 183 a 187 cuaderno copia Nro. 13

²² Folios 247 y ss cuaderno copia Nro. 13

²³ Folios 258 a 269 cuaderno copia Nro. 13

²⁴ Folios 284 y ss cuaderno copia Nro. 13

²⁵ Folios 2 a 8 y 15 a 18 respectivamente del cuaderno copia Nro. 14 luego a folios 259 del mismo cuaderno aparece nuevamente la indagatoria de Milanés Vega

²⁶ Folios 39 y ss cuaderno copia Nro. 14

²⁷ Folios 57 a 62 cuaderno copia Nro. 14

²⁸ Folios 175 y ss cuaderno copia Nro. 14

²⁹ Folios 19 y ss y folios 111 a 15 cuaderno de copia Nro. 15

³⁰ Folios 225 y ss cuaderno de copia Nro. 15

³¹ Folios 18 y ss cuaderno copia Nro. 17

³² Folios 37 y ss cuaderno copia Nro. 17

³³ Folios 288 y ss cuaderno copia Nro. 19



CASACIÓN 40.098
DRLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Rodriguez alias "Bachiller o Leonel"; Uber Dario Yañez Cadavid alias "21 u orejas"; Eulises Burgos alias "Ronco o Aguila".

Uber Dario Yanez Cadavid alias "OREJA" fue indagado el 25 de septiembre de 2008³⁴. El 7 de noviembre de 2008³⁵ se indagó a Alveiro Manuel Gomez Martinez alias "Cobra"

- **Definición de situación jurídica:** a Adriano José Cano Arteaga alias "Melaza, se le resolvió situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional en providencia del 1 de junio de 2007³⁶. La situación Jurídica de Guillermo Armando Gordillo Sanchez se resolvió en providencia del 21 de noviembre de 2007³⁷ con mediada de aseguramiento intramural, sin beneficio de libertad provisional.

La definición de situación jurídica de Jorge Luis Salgado David se efectuó mediante resolución del 5 de marzo de 2008³⁸ con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. Igualmente se resolvió situación jurídica a Jose Joel Vargas Florez con mediada de aseguramiento, mediante interlocutorio del 17 de marzo de 2008.³⁹ Y el 19 del mismo mes y año se resolvió con detención preventiva la situación jurídica de Climaco Falcao Alcala alias "COBRA"⁴⁰. Medida de aseguramiento que fuera revocada en decisión del 20 de junio de 2008⁴¹.

³⁴ Folios 36 y siguientes cuaderno copia Nro. 20

³⁵ Folios 180 a 185 cuaderno copia Nro. 20

³⁶ Folios 241 y siguientes cuaderno copia Nro. 8

³⁷ Folios 197 y siguientes cuaderno copia Nro. 10

³⁸ Folios 217 a 233 cuaderno copia Nro. 12

³⁹ Folios 44 y siguientes cuaderno copias Nro. 13

⁴⁰ Folios 72 y siguientes cuaderno copias Nro. 13

⁴¹ Folios 210 y ss cuaderno copias Nro 16



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

En providencia del 9 de abril de 2008⁴² se definió la situación jurídica de varios de los sindicados así: con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional para **Henry Agudelo Cuazmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candida, Alejandro Jaramillo Giraldo, Angel Maria Padilla Petro, Jorge Humberto Milanes Vega y Sabarain Cruz Reina**; absteniéndose de imponer medida a Ramon Mican Guavita, **Dario José Brango Agames, Edgar Garcia Estupiñan**, Luis Gutierrez Echeverry, Jesus David Cardona Casas, Oscar Jaime Gonzalez y Hecto Londoño Ramirez; se precluyó la investigación a favor de Jose Ramiro Carmona Carmona.

La situación jurídica de Esau José Feria Martinez se resolvió con Medida de aseguramiento en interlocutorio del 21 de abril de 2008⁴³. Frente a Yuber Manuel Carranza Rodriguez la fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento en providencia del 16 de mayo de 2008⁴⁴.

La situación jurídica de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales adscritos a la Compañía ALACRAN del Batallón de contraguerrilla Nro. 33 se resolvió absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento, mediante providencia calendada el 30 de mayo de 2008⁴⁵.

La situación jurídica de **Orlando Espinosa Beltran, Jose Fernando Castaño Lopez, Edgar Garcia Estupiñan y Dario José Drango Agames**, fue resuelta con medida de aseguramiento en providencia del 29 de agosto de 2008⁴⁶.

⁴² Folios 189 a 222 cuaderno copia Nro. 14

⁴³ Folios 73 a 91 cuaderno copia Nro. 15

⁴⁴ Folios 265 y ss cuaderno copia Nro. 15

⁴⁵ Folios 104 a 134 cuaderno copias Nro. 16

⁴⁶ La información se extrajo del contenido de las comunicaciones para notificación, pues los folios 141 a 174 del cuaderno copias Nro. 17 donde debía reposar la providencia no se hallaron al revisar el expediente.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

El 3 de octubre de 2008⁴⁷ se resolvió situación jurídica de Uber Dario Yanez Cavadias, José Alfredo Polo Rodriguez, Bionor Vargas Florez y Ulises Burgos, se les impuso medida de aseguramiento de detención, sin beneficio de libertad provisional. Igualmente en interlocutorio de 19 de noviembre de 2008⁴⁸ se resolvió la situación jurídica de Albeiro Manuel Gomez Martinez con medida de aseguramiento de detención sin beneficio excarcelatorio.

- **Copias** compulsadas para que se investigue al Brigadier General Hector Jaime Fandiño C, el 30 de julio de 2008⁴⁹.
- **Sentencia Anticipada** Guillermo Armando Gordillo Sanchez se acogió a dicho trámite para lo cual se celebró la respectiva formulación de los cargos y aceptación con acta suscrita el 30 de julio de 2008, la que debió ser adicionada y aclarada en diligencia del 7 de octubre de 2008⁵⁰. Esto genera ruptura de la unidad procesal para sentencia.

Igualmente se acogió a sentencia anticipada Jorge Luis Salgado David en diligencia celebrada el 17 de octubre de 2008⁵¹, con la correspondiente ruptura de la unidad procesal.

El 18 de noviembre de 2008⁵² se efectuó diligencia para formular cargos para sentencia anticipada a la que se acogió Uber Dario Yanez Cadavid, generando la consecuente remisión de expediente a los jueces para condena.

⁴⁷ Folios 49 y ss cuaderno copia Nro. 20

⁴⁸ Folios 229 a 254 cuaderno copia Nro. 20

⁴⁹ Folios 186 cuaderno copia Nro. 17

⁵⁰ Folios 190 cuaderno copia Nro. 17, la nueva diligencia se encuentra a folios 76 y ss cuaderno copia Nro. 20

⁵¹ Folios 111 y ss cuaderno copia Nro. 20

⁵² Folios 212 a 217 cuaderno copias Nro. 20



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

El 25 de noviembre de 2008⁵³ se adelantó diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada de Joel José Vargas Florez.

- **Cierre de investigación** parcial el 12 de Diciembre de 2007⁵⁴, respecto a Adriano José Cano Arteaga, a quien mediante calificadorio del 31 de enero de 2008⁵⁵ se le precluyó.

Nuevo cierre parcial de investigación el 3 de julio de 2008⁵⁶ respecto de Guillermo Armando Gordillo Sanchez⁵⁷. Decisión objeto de reposición el 23 de julio de 2008.

En providencia del 21 de noviembre de 2008⁵⁸ se cerró parcialmente la investigación para los sindicatos **Orlando Espinosa Beltrán, José Fernando Castaño Lopez, Alejandro Jaramillo Giraldo, Edgar Garcia Estupiñan, Jorge Humberto Milanés Vega, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Angel Maria Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Dario José Brango Agames, Ramón Mican Guavitá, Luis Gutierrez Echeverri, Jesus David Carmona Casas, Oscar Jaime Gonzalez y Hector Londoño Ramirez.**

El 10 de diciembre de 2008⁵⁹ se cerró parcialmente la instrucción para Bionor Vargas Florez alias "Brando José o Brayan José o Bionor Antonio Vargas"; Esaut José Feria Matinés alias "Alejandro o Atejo"; Jose Alfredo

⁵³ FOLIOS 10 Y SS CUADERNO ORIGINAL Nro. 22

⁵⁴ Folio 30 cuadernos copia Nro. 11

⁵⁵ Folios 252 y siguientes cuaderno copia Nro. 11

⁵⁶ Folios 248 cuaderno copia Nro. 248

⁵⁷ Folios 142 cuaderno copia Nro. 17

⁵⁸ Folio 276 cuaderno copia Nro. 20

⁵⁹ Folios 92 cuaderno original Nro. 22



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Polo Rodriguez alias "Bachiller o Leonel"; Eulises Burgos alias "Ronco o Aguila".

Con proveído del 12 de febrero de 2009⁶⁰ se cerró parcialmente la instrucción para los 66 integrantes de la Compañía Alacrán a saber: Fernandez Meza, José Gabriel Garnica Bernal, Francklin Martinez Hidalgo, William Arbey Leiva Paez, Eduardo Bonilla Quintero, Freddy José Rico, Luis Eduardo Hidalgo Botina, Ramón Esneider Urrego Hurtado, Ariel M. Castrillón Castaño, Abel Antonio Acevedo Teheran, Manuel Alcazar Gil, Elber José Alvarez Palomino, William Anaya Robles, Daniel Antonio Andocilla Avila, David Antonio Agudelo Mendoza, Dario Nel Arcia Teran, Juan Carlos Aristizabal Doria, Jimmy Asprilla Córdoba, Angel Maria Avila Buelvas, José Fermín Avila Sanchez, Juan Martín Bedoya Bedoya, Pedro Antonio Beitara Mena, Adonilson Manuel Benitez Argel, Victor José Berrio Hernandez, Ivan Dario Bonilla, Jimi Ferney Bovel Villasana, Carlos Alberto Caicedo Gamboa, David Ricardo Cardenas Forero, Elkin Rafael Caro Pacheco, Jhon Jairo Carranza Molina, Luis Aldemar Cordoba Mosquera, Ramiro Antonio Escobar Doria, Juvenal Ferraro Avila, Victor Manuel Galarcio Pacheco, Alexander Giraldo legarda, Jaider Manuel Gonzalez Galeano, Wilder Alber Guisao Fernandez, Juan David Higueta Londoño, Carlos Arturo Lemus Hernandez, Luis Carlos Lora Contreras, Levirei Medina Alvarez, Edison Manuel Mena Castañeda, Luis Misas Gonzalez, Rodrigo Mosquera Bernal, Joel Mosquera Córdoba, Edison Antonio Murillo Asprilla, Norbey de Jesús Osorio Bedoya, Devis Rafael Páez Cervera, Venancio Manuel Ríos Garcia, Alex Alejandro romero Cano, Juan Carlos Salcedo Celada, Augusto Antonio Sanchez Sanmartin, Leonardo Fabio Solano Torres, Luis Gabriel Sotelo Alean, Isnardo Soto Rengifo, Jorge David Tomas López, Juan Francisco Torres Urango, Nederson Vargas Rodriguez, Daniel Jose Chamorro Arrieta, Arquímedes Cuesta Peña,

⁶⁰ Folios 78 y 79 de cuaderno copia Nro. 22



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Ricardo Hernandez Núñez, Eudes de Jesús Hernandez Pérez, Yeiler Palacios Córdoba, Franklin Rubio Rey, Wilis Alberto Torres Sanchez, Ivan Dario Trujillo Hernandez, Luis Alberto Zapata Peña.

- **Calificación del merito del sumario:**

Resolución de acusación

En providencia del 9 de abril de 2008⁶¹ se definió la situación jurídica para los sindicados **Orlando Espinosa Beltrán, José Fernando Castaño Lopez, Alejandro Jaramillo Giraldo, Edgar Garcia Estupiñan, Jorge Humberto Milanés Vega, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Angel Maria Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Dario José Brango Agames**, con resolución de acusación en calidad de coautores por los punibles de Homicidio en Persona Protegida en concurso con Actos de Barbarie y Concierto Para Delinquir Agravado; en torno a Ramón Mican Guavitá, Luis Gutierrez Echeverri, Jesus David Carmona Casas, Oscar Jaime Gonzalez y Héctor Londoño Ramirez, se les precluyó la investigación.

De fecha 26 de febrero de 2009⁶² en contra de Bionor Vargas Florez alias "Brando José o Brayán José o Bionor Antonio Vargas"; Esaut José Feria Matinés alias "Alejandro o Alejo"; Jose Alfredo Polo Rodriguez alias "Bachiller o Leonel"; Eulises Burgos alias "Ronco o Águila". Por su presunta responsabilidad en calidad de coautores de los punibles de Homicidio en Persona protegida en concurso con Actos de Barbarie y Concierto para Delinquir Agravado.

⁶¹ Según el consecutivo de del expediente esta pieza procesal obra en el cuaderno original 21 folios 254 a 292. Pero dicho cuaderno no fue allegado a la procuraduría con la totalidad del expediente, por lo que en aras de contar con la providencia se recurrió a la Fiscalía quien remitió copia a la susrita para su conocimiento.

⁶² Folios 110 a177 cuaderno copia 22



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Con proveído del 7 de mayo 2009⁶³ se precluyó la actuación para los 66 integrantes de la Compañía Alacrán.

El día 19 de marzo de 2009⁶⁴ el juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia asumió el conocimiento de las diligencias en contra de **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayán Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Alejandro Jaramillo Giraldo, Ángel María Padilla Petro, Jorge Humberto Milanés Vega, Sabarain Cruz Reina, Dario José Brango Agames, Edgar Garcia Estupinán** y dispuso el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

- La audiencia preparatoria se celebró el 24 de agosto de 2009⁶⁵. Ante la negativa de decretar nulidad y de ordenar la práctica de algunas pruebas los defensores de varios de los procesados apelaron, siendo confirmada en su totalidad por el Tribunal Superior de Antioquia en providencia del 29 de enero de 2010⁶⁶.
- La audiencia pública de juzgamiento se inició el día 14 de diciembre de 2009 y continuó en las fecha: 15, 16 del mismo mes y año; 4 y 5 de febrero de 2010; 16, 17 de marzo de 2010; 13, 14 y 21 de abril de 2010;
- La sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 4 de agosto de 2010⁶⁷, mediante la cual se absolvió a **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayán Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Alejandro Jaramillo Giraldo, Ángel María Padilla Petro, Jorge**

⁶³ Folios 15 y ss cuaderno copia Nro. 23

⁶⁴ Folios 223 cuaderno original Nro. 23

⁶⁵ Folios 318 a 330 cuaderno original Nro. 23

⁶⁶ Folios 354 y ss cuaderno original Nro. 23

⁶⁷ Folios 539 y siguientes cuaderno original Nro. 25A



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Humberto Milanés Vega, Sabarain Cruz Reina, Dario José Brango Agames y Edgar Garcia Estupinán por los punibles de Homicidio en Persona Protegida, Actos de barbarie y Concierto para Delinquir.

- Esta decisión fue apelada por la Fiscalía, el Ministerio Público y el Actor Popular. Recurso resuelto por la Sala Penal del Tribunal de Antioquia mediante sentencia del 5 de junio de 2012⁶⁸ mediante la cual se revocó parcialmente la de primera instancia, para en su lugar condenar a **Alejandro Jaramillo Giraldo, Jorge Humberto Milanés Vega, Dario José Brango Agames, y Edgar Garcia Estupinán**, por su responsabilidad en calidad de coautores de los punibles de Homicidio en Persona Protegida, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso con Concierto para Delinquir, imponiéndoles a cada uno de ellos la pena de cuatrocientos ocho (408) meses de prisión, multa equivalente a dieciocho mil seiscientos sesenta y seis con sesenta y seis (18.666,66) S.M.L.M.V. para el año 2005 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de ciento ochenta (180) meses. Se confirmó la absolución para los procesados **Henry Agudelo Cuasmayan, Ricardo Bastidas Candia, Angel María Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Orlando Espinosa Beltran y José Fernando Castaño**, por los punibles de Concierto para Delinquir Agravado y Homicidio en Persona Protegida; así mismo se confirmó para todos los procesados la absolución por el punible de Actos de Barbarie.

- Sentencia que fue objeto de sendas demandas de casación interpuestas por los defensores de **Jorge Humberto Milanés Vega, Alejandro Jaramillo Giraldo, Dario José Brango Agames, Edgar Garcia Estupinán**; el Fiscal Séptimo Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y, el Actor Civil Popular.

⁶⁸ Folios 544 a 596 cuaderno original Nro. 4



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Admitidas por la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 16 de octubre de 2012.

3. SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS DE CASACION

3.1. Demanda presentada por el defensor de Jorge Humberto Milanés Vega

Esta demanda presenta cinco (5) cargos que divide referidos a cada uno de los delitos por los que se condena a su representado, así:

3.1.1. Con relación al punible de Concierto para Delinquir plantea un primer cargo principal amparado en la causal primera del artículo 207 FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 por no tipificarse el punible. En sentir del demandante no hay prueba sobre tal acuerdo y si se presentó acuerdo con los paramilitares fue solo para patrullar, mientras que el tipo penal requiere permanencia en el tiempo y voluntad de comisión de varios punibles. Pide en consecuencia absolver a **Milanés Vega** de este punible.

3.1.2. Cargo subsidiario con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 207 acusa la sentencia de aplicación indebida de los artículos 340 y 342 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 9 y 12 del mismo estatuto por no serle exigible a su representado otra conducta, pues considera que Milanés recién egresado, en una zona de conflicto no podía oponerse a lo dispuesto por el Capitán Gordillo ni podía combatir a las autodefensas, entendido el contexto en el que se presentaron los hechos. Depreca absolver a su representado.

3.1.3. En torno al punible de homicidio en persona protegida señala un solo cargo al amparo de la causal segunda del artículo 207 por falta de consonancia entre la sentencia demandada y los cargos de la acusación pues se les acuso por acción o



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

comisión y se les condena por omisión impropia es decir por comisión por omisión lo que en su sentir viola el derecho de defensa. Agrega que a los únicos que se les imputo omisión impropia fue al Teniente Coronel Orlando Espinosa y al Mayor José Fernando Castaño López, mientras que a los otros se les acusó por la colaboración y repartición de tareas al prestar seguridad al grupo de paramilitares. Pero se les condenó por su posición de garante; por lo anterior solicita absolución.

3.1.4 Un nuevo cargo al amparo de la causal primera, cuerpo primero del artículo 207 acusa la sentencia de una aplicación indebida de los 135 y 31 del código penal y falta de aplicación de los artículos 9 y 12 por no serle exigibles al procesado conductas diferentes. Dice que los miembros del ejército estaban lejos del lugar de los homicidios, y el ST Milanés solo estaba en capacidad e reclamarle al Capitán Gordillo por la presencia de los ilegales, pero no podía en zona de conflicto desplegar otra acción como combatir a los ilegales o enfrentarse a su superior.

3.1.5. Presenta un cargo subsidiario. Reclama violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del Código Penal por error de hecho por falso raciocinio, planteando que lo que se presentó en gracia de discusión es una acción culposa por no haber previsto lo que era previsible, es decir que los ilegales atacaran a la población civil. Ello si se considera que la primera instancia manifestó que los militares no habían actuado con dolo. Por ello pide casar la sentencia para condenarlo no a título de dolo sino de culpa.

3.2. Demanda presentada por el defensor de ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO

Bajo un solo cargo acusa el fallo de una violación indirecta a la ley por vía de un error de hecho por falso raciocinio en el análisis de la prueba. Plantea que la



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

valoración de la prueba no permite sustentar la tipicidad de las conductas sobre las que se elaboró el juicio de reproche.

Argumenta una violación directa de los artículos 238, 259, 277 del C.P.P. y de manera indirecta los artículos 9, 10, 11, del Código penal, inaplicación de los artículos 7 y 232 del mismo código. Depreca, para su representado, absolución; para ello señala:

- Que el plan ilegal para dar muerte a los civiles no se dio por probado cuando no lo estaba y era objeto esencial a ser demostrado si se imputaba una omisión al papel de garante.
- Que se dedujo dominio del hecho en las muertes, de un simple patrullaje en acuerdo con un grupo ilegal en una zona de conflicto creando el riesgo desaprobado, lo que en sentir del demandante no está demostrado.
- Agrega que no se analizó la prueba en conjunto y se tomó solo la declaración inicial de quienes se acogieron a sentencia anticipada sin evidenciar las inconsistencias de esos dichos.
- No se consideró que el patrullaje conjunto deducido pro el tribunal riñe con lo expresado por los mismos miembros del ejército cuando señalan que los pelotones no podían avanzar a un mismo tiempo. Por lo que no todos los condenados podían observar el avance de los ilegales, dada la topografía del terreno.
- No se apreció la declaración del Capitán Gordillo cuando señala que **Jaramillo** estuvo en la retaguardia.
- Que la presencia de su representado en el lugar de los hechos obedece al azar pues a él le correspondía patrullar en otro lugar y solo cumplía órdenes de sus superiores. No conocía el territorio ni había interactuado con la población
- No se probó la colaboración eficaz prestada por Jaramillo para la ejecución de los homicidios. NI el acuerdo con Gordillo para ello.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

- Indica el demandante que no se quiere comprender ni por la fiscalía ni por el Tribunal ni el Ministerio público que las funciones ejercidas lo fueron de acuerdo con las instrucciones recibidas por el comandante de la Brigada XVII, mediante la orden de operaciones que es documento legamente soportado.
- Falto analizar la lógica de la unidad de mando necesaria para el éxito de la operación.
- Itera que su representado dado el grado que ostentaba y su falta de experiencia no tenía calidad de garante ni dominio del hecho que recaen en los altos mandos. Su carácter de sujeto fungible pues cualquier otro pelotón pudo ser enviado en su remplazo por lo que él no podía tomar decisiones relevantes en el patrullaje.
- Recurre luego a la tesis de no exigibilidad de otra conducta para su representado en aras de defender su derecho a la vida.
- Que no existe prueba que la orden de operaciones fuese desobedecida por los condenados.

En acápite aparte, pero que no se individualiza como otro cargo, refiere el demandante una violación a la presunción de inocencia de su representado **Alejandro Jaramillo Giraldo**, pue en su sentir la prueba obrante en el proceso no es suficiente para edificar sobre ella con certeza un juicio de responsabilidad.

Deprecia casar la sentencia para que se absuelva a **Jaramillo Giraldo**.

3.3. Demanda presentada por el defensor de **DARIO JOSE BRANGO AGAMES** y **EDGAR GARCIA ESTUPIÑAN**

De manera previa individualiza las partes en el proceso, la sentencia demandada de al cual hace un extenso análisis, de la actuación procesal, para luego plantear



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

un solo cargo del que concluye la necesidad de casar la sentencia para absolver a sus representados.

Bajo el amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 de la ley 600 de 2000 acusa la sentencia de violación indirecta de la ley sustancial por haber incurrido el tribunal en diversos errores de hecho constitutivos de falsos juicios de existencia al dejar de apreciar parte de la prueba, lo que conduce a una violación directa de los artículos 340, 342, 135 e inaplicación del artículo 232 del Código Penal. Que en sentir del demandante ocasionan violaciones a las garantías del debido proceso, legalidad, presunción de inocencia, reglas para la apreciación probatoria y la prueba necesaria para condenar.

Las pruebas cuyo análisis fue pretermitido por el Tribunal, según el demandante son:

- El plano Nro. 111C – 05 del C.T.I. elaborado por el técnico Topógrafo de la Fiscalía General de la Nación que señalan que los señores **Dario José Brango Agames** y **Edgar Garcia Estupiñan** desplegaron un eje de avance diferente al del Capitán Gordillo y del pelotón Bolívar 1.
- La indagatoria y ampliación de indagatoria del Subteniente **Jorge Humberto Milanés** en las que señala que quien dirigía la operación era el Capitán Gordillo, que no habla de reuniones anteriores para coordinar el operativo. Itera que estas declaraciones ponen nuevamente de manifiesto el eje de desplazamiento diferente al de C. Gordillo que no le permitieron percatarse de la presencia del grupo de autodefensas.
- La indagatoria del Subteniente **Alejandro Jaramillo Giraldo**, que en su sentir igualmente corrobora el desplazamiento de sus representados por un eje diferente



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

- La declaración y ampliación de indagatoria de Adriano José Cano Arteaga: quien señaló que los autores de la masacre eran los integrantes del grupo de autodefensas héroes de Tolova. Que este testigo no habla de reuniones previas de los militares con el grupo de paramilitares ni nombre a los procesados **Branco Agames** ni **García Estupiñan** y sólo señala al Capitán Gordillo como quien iba al lado de cuatro –cuatro: por lo que en su sentir no está demostrada tipicidad, antijuridicidad ni culpabilidad en los homicidios para sus representados.
- La declaración de Jorge Luis Salgado David en queja presentada ante la Procuraduría General de la Nación: testigo que en ningún momento habla de reuniones previas de los militares con el grupo armado ilegal.
- Ampliación de indagatoria y testimonio de José Joel Vargas Florez testigo que tampoco habla de reuniones previas, o coordinación entre militares y el grupo de autodefensas ni menciona a **Branco Agames** o a **García Estupiñan**, que las autodefensas no patrullaron el cerro Cruz de Hueso. Que no presenció ninguna reunión con los militares. Afirma el demandante que esta prueba que resulta vital no fue analizada por el Tribunal, quien tampoco manifestó que la excluyese por ilegal.
- Testimonio de Uber Dario Yañez Cavadias: testigo que afirma que con el único que se entrevistó fue con Gordillo, que no estuvo en reuniones con los cuatro pelotones, que acamparon juntos pero no revueltos. En criterio del demandante esta prueba cuya valoración omitió el Tribunal demuestra que la única coordinación se efectuó con el Capitán Gordillo.

En torno a la Indagatoria y ampliaciones de indagatoria del Capitán Guillermo Gordillo Sanchez, plantea un error de hecho por falso raciocinio, pues el declarante informó cual fue el orden de la marcha, que como el Capitán Gordillo mintió no hay forma de establecer hasta donde llegan sus mentiras y hasta donde



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

sus verdades por lo que surge la duda. Itera que las coordinaciones con las autodefensas fueron exclusivamente con el Capitán Gordillo y sus representados se desplazaron por un eje diferente por lo que no conocían del patrullaje conjunto con el grupo ilegal.

3.4. Demanda presentada por el Fiscal Séptimo Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Luego de identificar a los sujetos procesales, la sentencia demandada y resumir la premisa fáctica y la actuación judicial, la fiscalía, plantea una violación indirecta por falso raciocinio en cuanto a la absolución del Teniente Coronel **Orlando Espinosa Beltran** y **Mayor José Fernando Castaño López**.

Señala que el Tribunal no tuvo en cuenta las reglas de la libre apreciación de prueba y de la sana crítica en lo que a las reglas de la experiencia se refieren cuando no considera el dicho del Capitán Gordillo quien claramente indica que habló con el Coronel Espinosa Beltran quien le explicó la misión y le indicó que ya había una coordinación con "Héroes de Tolova" y así mismo que habló al día siguiente con el Mayor Castaño quien le dijo de la coordinación con el bloque "Héroes de Tolova" que se encontraban en el cerro Castañeda. Declaración que reiteró en la audiencia pública de juzgamiento.

Señala el demandante que en la práctica hay órdenes que se imparten de manera verbal, máxime si se trata de órdenes de compartir con ilegales.

En torno a la absolución de **Henry Agudelo Cuasmayan Ortega**, **Ricardo Bastidas Candia**, **Angel María Padilla Petro** y **Sabarain Cruz Reina**, recurre a señalar la larga trayectoria de los oficiales en las fuerzas armadas, el conocimiento de las operaciones en el campo, de los uniformes de donde si **Milanes Vega** que sólo tenía 15 días de salida de la escuela militar y estaba en su primera operación



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

en el campo, se dio cuenta de la presencia de las autodefensas, como no iban a percatarse de ello los otros mandos. El demandante no entiende más que como indicio de responsabilidad la actitud pasiva de estos oficiales ante la presencia del grupo ilegal, pues ellos podían haber pedido apoyo institucional y enfrentarlos, de donde no resulta cierto que contasen exclusivamente con su fusil.

Solicita la condena de los absueltos en primera y segunda instancia y la confirmación de los condenados por el Tribunal.

3.5. Demanda presentada por el Actor Civil Popular

Luego de identificar la sentencia demandada, los sujetos procesales, hacer un resumen de la actuación judicial y de los hechos, tanto los citados por el juzgado de primera instancia, como los de segunda y propone su propia narración fáctica y pasa a formular y sustentar los siguientes cargos.

3.5.1. Cargo Principal de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho originado en falso juicio de identidad por cercenamiento de medios probatorios, referido a los procesados **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Alejandro Jaramillo Giraldo, Angel Maria Padilla Petro, Jorge Humberto Milanes Vega, Sabarain Cruz Reina, Dario Jose Brango Games y Edgar Garcia Estupiñan**, manifiesta que el Tribunal cercenó pruebas y les hizo producir efectos diferentes a los que la debida interpretación de la misma indican, para deducir por esta vía una duda probatoria sobre la responsabilidad de los procesados en los punibles. Que se cercenó la prueba que indicaba el conocimiento previo y la aquiescencia de los militares sobre el control de las autodefensas en la zona donde se desarrollaron los hechos; las denuncias efectuadas por los integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó sobre graves violaciones de Derechos Humanos de las que habían sido víctimas

25



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

con antelación efectuadas con la tolerancia e indiferencia del Estado, así como las condiciones especiales del conflicto armado. La utilización de guías paramilitares para el desarrollo del operativo y el ocultamiento de los mismos. Las pruebas que indican la coordinación con las autodefensas antes de la llegada del Capitán Gordillo. La declaración del Teniente Jorge Humberto Milanés sobre adulteración de coordenadas, antes de la llegada de Gordillo. Pide se condene a todos como en derecho corresponda, no refiere frente a cuales delitos deben condenarse a la totalidad de acusados.

3.5.2. Dos cargos en relación con los procesados Orlando Espinosa Beltran y José Fernando Castaño López.

3.5.2.1. Violación de hecho por falso juicio de existencia por omisión en la valoración de la prueba. Considera que tales omisiones hacen que el tribunal se mantenga en una duda sobre la responsabilidad de **Orlando Espinosa Beltran y José Fernando Castaño López** que de haberse apreciado no se presentaría la absolución, señala como pruebas omitidas de apreciación la alteración de las coordenadas sobre la ubicación de las tropas que fue conocida por el Comando del Batallón; el contenido del libro diario de programa sobre la presencia de guías.

3.5.2.2. Violación indirecta por error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba; referido al testimonio de Uber Dario Yañez, con el cual el Tribunal pone en duda parte del dicho del Capitán Gordillo.

3.5.3. Cargos respecto a los Suboficiales Angel Maria Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Henry Agudelo Guasmayan y Ricardo Bastidas Candia.

Un cargo principal y uno subsidiario aduce el demandante, así:



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

3.5.3.1. Violación indirecta por error de hecho por falso juicio de raciocinio habida cuenta que el fallador de segundo grado reconoce un hecho que desborda las reglas de la experiencia relativas a la formación y capacidad de entrar en combate pro militares entrenados y experimentados. Pues el Tribunal aduce que estos suboficiales estaban impotentes para impedir el concierto para delinquir desarrollado en el marco de las operaciones FENIX y frente al homicidio de ocho personas sólo les quedaba la opción de hacer mala cara, desconociendo la calidad e mando final d las tropas que recaían en los suboficiales. Señala que el erro recae sobre las indagatorias de los cuatro suboficiales y la declaración del teniente **Milanés Vega,**

3.5.3.2 El cargo subsidiario se plantea como violación indirecta por error de hecho por falso juicio de existencia al suponer un hecho que carece de prueba. Error referido a las normas sobre el papel de garante, los fines esenciales del Estado y las funciones de la fuerza pública; al haber supuesto el Tribunal la existencia de un estado de impotencia y peligro para exonera de responsabilidad a **Angel Maria Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Henry Agudelo Guasmayan y Ricardo Bastidas Candia.**

3.5.4. Petición Especial subsidiaria: pide el demandante a la corte se pronuncie sobre el desaparecimiento de los audios de la audiencia de juzgamiento.

4. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL.

4.1 PRECISIONES INICIALES

Para la solución de este caso debe tenerse en cuenta, el clima de violencia, dentro del marco del conflicto armado colombiano, que se vivía en la zona de Urabá,



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

mas específicamente en el municipio de Apartadó y concretamente por los ciudadanos integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

Dicho clima de violencia y acoso cruzado vivido por la Comunidad de San José de Apartadó queda reflejado en la comunicación remitida por el equipo de acción por Colombia y el Director Ejecutivo de Amnistía Internacional el 4 de febrero de 2009⁶⁹, que expresa como ante la declaratoria por parte de los integrantes de la comunidad de no participantes en el conflicto armado, y su intención de no ser apoyo logístico para ninguna de las fuerzas enfrentadas, pidiendo a cambio que ninguno de ellos ingrese a sus comunidades:

"Ante esta postura el ejército, los paramilitares y los grupos de guerrilla han respondido con suspicacia y hostilidad. Ante la constante insistencia de la comunidad en que las partes del conflicto -incluidas las fuerzas de seguridad- se mantengan apartadas de su comunidad, las autoridades gubernamentales, las fuerzas de seguridad y los paramilitares han afirmado incesantemente que se trata de una comunidad subversiva, mientras que los grupos de guerrilla han acusado reiteradamente a la comunidad de aliarse con sus enemigos."

Los miembros de la Comunidad habían sido víctimas de graves violaciones de derechos humanos, al grado de ameritar medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir del informe por miembros de la comunidad de 47 asesinatos en un periodo de nueve meses –caso 13.325 de la Comisión-⁷⁰

Las medidas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se adoptaron al constatar que los 188 integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, claramente determinados, así como personas no determinadas, pero vinculadas a la Comunidad en razón de sus servicios, tales como los transportadores, se encontraban en una situación grave de peligro pues muchos de

⁶⁹ Ver folios 36 y 37 cuaderno copia Nro. 22.

⁷⁰ Relacionado por la Corte Constitucional en la sentencia T-327 del 15 de abril de 2004.



CASACIÓN 40.098

ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

los integrantes de la Comunidad habían sido objeto de graves actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares de la zona y además ellos sentían también responsables a miembros del Ejército de Colombia.

El Tribunal en su sentencia del 5 de junio de 2012, en la narración fáctica claramente da cuenta de la situación de vulnerabilidad de la comunidad de San José de Apartadó y de las condiciones excepcionales de cuidado que por ello debía dárseles a los integrantes de tal Comunidad, acorde con los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resulta necesario enunciar para comprender cabalmente lo ocurrido, razón por la cual transcribimos ese apartado⁷¹.

“Mediante sentencia T-327 del 15 de abril de 2004, la Corte Constitucional, dispuso tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la integridad personal, privacidad del domicilio, salvo orden judicial, y la intimidad de los integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y de quienes tuvieran vínculos de servicio con esa comunidad. En consecuencia, ordenó al Comandante de la Brigada XVII del Ejército Nacional, o a quien hiciera sus veces, que cumpliera lo siguiente:

“1. Cumplir, en el ámbito territorial de competencia de la Brigada, los requerimientos impuestos al Estado colombiano por la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, sobre “Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia –caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó”, en beneficio de las personas que fueron objeto de medidas cautelares por la mencionada Corte, es decir, los miembros de la Comunidad de Paz y las personas que tengan vínculo de servicio con esta Comunidad para cuyo efecto, se transcribe a parte Resolutiva de esa providencia, que en lo pertinente dice:

“RESUELVE:

- 1. Requerir al Estado que mantenga las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de la Resolución del Presidente de la Corte de 9 de octubre de 2000 y la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000.*
- 2. Requerir al Estado que adopte las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas que prestan servicios a los miembros*

⁷¹ Sentencia de segunda instancia folios 3 y s.s., corresponde al folio 543 del cuaderno principal de segunda instancia.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de los considerandos octavo, noveno y décimo primero de la presente Resolución.

3. Requerir al Estado que investigue los hechos que motivan la ampliación de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

4. Requerir al Estado que mantenga cuantas medidas sean necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y continúe asegurando las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, que se han visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus lugares.

5. Requerir al Estado que garantice las condiciones de seguridad necesarias en la ruta entre San José de Apartadó y Apartadó en la terminal de transportes en el sitio conocido como Tierra Amarilla, tanto para que los transportes públicos de personas no sean objeto de nuevos actos de violencia, tales como los descritos en la presente Resolución (supra Visto 6 y 13), así como para asegurar que los miembros de la Comunidad de Paz reciban y puedan transportar de manera efectiva y permanente productos, provisionales y alimentos.

6. Requerir al Estado que continúe dando participación a los beneficiarios de las medidas provisionales o a sus representantes en la planificación e implementación de dichas medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7. Requerir al Estado que, de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, establezca un mecanismo de supervisión continua y de seguridad permanente en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la presente Resolución.

8. Requerir al Estado que continúe prestando a la Corte Internacional de Derechos Humanos, cada dos meses a parte (sic) de la notificación de la presente Resolución, informes sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de ésta.

2. En todos los casos en que sea privado de la libertad a cualquier título, un integrante de la Comunidad de Paz o una persona vinculada al servicio de la misma, informará inmediatamente a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que en cumplimiento de sus funciones, velen por la protección de los derechos fundamentales de las mencionadas personas.

3. No se podrá mantener privado de la libertad en las instalaciones del Ejército ni, en particular en la Brigada XVII del Ejército, a ningún integrante de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, ni a ninguna persona vinculada a esta Comunidad. En caso de retención de alguna de estas personas, éstas deberán ser puestas inmediatamente a órdenes de la autoridad judicial, y trasladadas al lugar que indique el fiscal o el juez del caso.

5. El comandante de la Brigada XVII del Ejército, o quien haga sus veces, ordenará al personal bajo su mando, otorgar un tratamiento de especial cuidado y protección cuando se trate de requisas en retenes y estén de por medio los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, los habitantes de este municipio, los



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

conductores de transporte público o las personas vinculadas al servicio con esta Comunidad. La información allí obtenida sólo puede servir para los fines definidos en la ley y no puede ser utilizada para fines distintos, ni mucho menos, podrá ser suministrada a terceros.

Salvo los casos expresamente señalados por la ley, no se podrá retener los documentos de identidad de las personas requisadas que han sido beneficiadas de medidas cautelares pro la Corte Interamericana en mención

5. El comandante de la Brigada XVII del Ejército Nacional, o quien haga sus veces, asume bajo su responsabilidad, la garantía y protección de los derechos fundamentales que adelante se indican, de los habitantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y de las personas que tienen vínculos con ella. Para tal efecto, debe adoptar las decisiones que sean necesarias para garantizar su seguridad personal. Bajo su responsabilidad tienen la protección de los derechos a la vida, integridad personal, seguridad personal, libertad de locomoción, a la privacidad del domicilio y a la intimidad de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y de quienes tienen vínculos de servicio con la Comunidad, dándole cumplimiento, en todo caso, a las órdenes judiciales.

Por el cabal cumplimiento de lo ordenado, el Comandante de la Brigada XVII del Ejército, o quien haga sus veces, elaborará los manuales operativos o manuales de instrucciones al personal bajo su mando, con el fin de asegurar que se ejecute estrictamente lo ordenado en esta sentencia. De estos manuales enviará copia a la Procuraduría y a la Defensoría del Pueblo, en un término no mayor a treinta (30) días.

SEGUNDO: Envíese al señor Ministro de Defensa Nacional copia de esta providencia, así como la copia de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18 de junio de 2002, sobre "Medidas Provisionales solicitadas por la Comunidad de Paz de San José de Apartadó", para los fines relacionados con el cumplimiento de esta tutela..."

(...)"

Los hechos a los que hace referencia este proceso están a no dudarlo inscritos en el marco del conflicto armado que por ya varios años se desarrolla en Colombia, frente a los cuales se hace necesaria la reconstrucción de la verdad.

Para la reconstrucción de la verdad en la historia de un país, concurren diversas líneas investigativas, la periodística, la histórica, la sociológica, la económica, la política y la judicial, de ellas el proceso penal constituye una encaminada además



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

de la reconstrucción de los hechos, a la sanción de los responsables frente a los delitos que se configuren en dichos eventos.

Cada una de esas líneas investigativas antes citadas, tienen reglas propias de la ciencia a la que pertenece. Las que importan en el marco de la administración de justicia son las que rigen el proceso penal.

El ejercicio del poder punitivo de un Estado Democrático de Derecho debe conjugar, de una parte, la necesidad de establecer la verdad y los derechos de justicia y reparación de las víctimas; sin olvidar, por otra parte, las más entrañables conquistas del derecho penal desde la ilustración hasta nuestros días, a saber las garantías del procesado. El derecho a un juicio imparcial y acorde con los postulados del debido proceso, es garantía de todo ciudadano, independiente de la gravedad de los hechos delictivos que se le imputen.

El proceso penal ha de permitir, de manera particular en casos de relevancia nacional como el que aquí nos ocupa, la reconstrucción de la verdad, en aras de garantizar no solo el derecho de las víctimas directas o indirectas de los hechos, sino para la sociedad la posibilidad de comprender graves episodios de la historia nacional reciente.

Por ello, establecer adecuadamente el papel de cada uno de los protagonistas en los hechos, el justo nivel de su responsabilidad o de su inocencia, sin miramientos o consideraciones sesgadas por los clamores de algunos sectores sociales –unos a favor de la condena y otros de la absolución-, es el ineludible compromiso de la administración de justicia, mediante el instrumento del proceso penal.

Frente a ese compromiso de la administración de justicia, el Ministerio Público tiene la obligación constitucional de presentar sus conceptos de forma imparcial en aras de defender el orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales. **EL ORDEN JURÍDICO**, en la medida en que un fallo abiertamente contrario a la



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

realidad probatoria, a la tipicidad de la conducta y desconociendo los compromisos internacionales que el Estado Colombiano tiene frente a la represión juzgamiento y condigna sanción de los casos de violación de derechos humanos, violaría el orden jurídico nacional e internacional. **LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES**, pues tanto el procesado, las víctimas como la sociedad tienen derecho al conocimiento de la verdad reconstruida en el proceso y a que la sanción sea acorde con la realidad probada en el mismo. Un proceso adelantado con observancia plena de las formas y eficaz garantía para la defensa.

Un Estado Social de Derecho podrá llamarse verdaderamente tal, cuando la investigación y juzgamiento de sus más relevantes y dolorosos hechos se haga con estricto acatamiento a las garantías fundamentales.

Hechas estas acotaciones preliminares, procede esta Procuraduría Delegada a conceptuar sobre los cargos planteados en las demandas de casación admitidas por la Corte.

4.2. DE LOS CARGOS PLANTEADOS EN LAS DEMANDAS

4.2.1. **Demanda presentada por el defensor de Jorge Humberto Milanés Vega**

4.2.1.1. **Frente al delito de concierto para delinquir Primer Cargo Principal**

Ninguna razón le asiste al demandante al sostener que el procesado no es responsable de los hechos punibles endilgados en su contra, con el argumento de no haber participado directamente en ellos. Contrario a lo que sostiene el demandante, el procesado, en su calidad de miembro de la Fuerza Pública, tenía la obligación constitucional de la defensa y protección de los diversos bienes jurídicos de la comunidad, en manera alguna podía contemporizar y menos aún



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

patrullar con miembros de las autodefensas, en consideración a que se trataba de un grupo ilegal, el cual hace parte de una estructura criminal, cuyo origen y tarea se materializaba en identificar, perseguir, dar muerte a toda persona que pudieran calificar como miembro activo, simpatizantes, familiares, colaboradores o informantes de la guerrilla y de igual modo perpetrar toda clase de hechos punibles con el propósito de aterrorizar a la población civil o lograr el desplazamiento de personas habitantes de la región del Urabá, que presumieran alguna influencia del mencionado grupo subversivo.

En efecto, la Fuerza Pública y en el caso concreto, los miembros del Ejército Nacional, tienen la obligación de perseguir, capturar o neutralizar a los miembros de dichas organizaciones criminales, no siéndoles permitido en ningún momento facilitarles o procurarles los medios para que afecten los bienes jurídicos de personas pertenecientes a una determinada colectividad, y en este proceso a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, motivo por el cual el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advirtió sobre el riesgo en que permanecían los habitantes y residentes de esa Comunidad por el accionar conjunto de la fuerza pública y grupos paramilitares al margen de la ley, lo cual hizo que emitiera la resolución de fecha 9 de octubre del año 2000 para advertir esta situación a las diversas autoridades colombianas, lo que sirvió de motivo para que posteriormente al generalizarse esta práctica, fuera proferida la resolución del 17 de noviembre de 2004 en la que se ordenó a las autoridades tomar medidas para proteger a los habitantes de las acciones de estos grupos al margen de la ley, por lo que se puede señalar que se trató de un vínculo claro, notorio y público, luego le era exigible a este oficial agotar todos los medios que estuvieran a su alcance para cortar con esta unión, en tanto que, teniendo la obligación de evitar el actuar de dichos grupos, no hacerlo, permitiéndoles su accionar equivale a producir el resultado, pues tiene el deber jurídico de impedir una conducta típica y, al no llevar a cabo esa acción o comportamiento, estando en posibilidad de hacerlo, asume como propio el resultado, dada su posición de garante, lo que se conoce como delito de comisión por omisión.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Sobre este tópico, la Sala Penal en reciente providencia sostuvo⁷²:

“El numeral cuarto apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan

Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos.

Ella impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. *Situación de peligro para el bien jurídico.*
2. *No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.*
3. *Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o disminuir el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir; ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado; iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.*
4. *Producción del resultado.*

⁷² Auto de 22 de octubre de 2014 Rad. 44 505



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa. (negritas y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las reglas interpretativas consignadas en la sentencia trascrita, surge patente que el deber jurídico de evitación que para el mencionado acusado surge, en abstracto, dada su condición de subyacente del Ejército Nacional, de conformidad con los artículos 2 y 21⁷ de la Carta y, en concreto, por razón de que cuando se desarrollaba el ejercicio fungía como garante de la integridad de los conscriptos que lo realizaban y, a la vez, como superior jerárquica de los instructores, la mayoría suboficiales y dragoneantes, con mando efectivo sobre ellos, le imponía la obligación de adoptar las medidas pertinentes para conjurar la vulneración de los derechos fundamentales de sus subalternos, valga decir, evitar que los sometieran a las severas golpizas que refiere haber visto e, incluso, estar atento a que no se cometieran otros vejámenes, tales como las asfixias por sumersión y quemaduras con tizones, por solo mencionar algunas de las atrocidades a que fueron sometidos, todo lo cual puede enmarcarse dentro de los denominados deberes de aseguramiento en el tráfico por asunción de una determinada fuente de riesgo.”

Ahora bien en cuanto al planteamiento del demandante según el cual no se tipifica el delito de Concierto para Delinquir Agravado por cuanto no hubo un acuerdo expreso para cometer delitos indeterminados, ni mucho menos para cometer homicidios, debe indicarse que los miembros del ejército al ser garantes de los derechos de las personas residentes en el territorio nacional, no pueden rehuir su función de asistencia, ayuda y protección, pues cuando este fenómeno se presenta, esa pasividad u omisión se trueca en acción para efectos de la responsabilidad penal. Sobre este tópico dijo la Sala Penal.⁷³

⁷³ Sentencia del 26 de abril de 2007 Rad. 25.889



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

"En este cargo, el demandante se opone a la condena por los delitos de concierto para delinquir y terrorismo, porque en su criterio es un imposible jurídico la modalidad de omisión en relación con tales conductas delictivas, ya que uno requiere del acuerdo permanente de voluntades y el otro de actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción, etc.

"Al analizar la situación del entonces Sargento Segundo (...) y otros procesados militares en iguales condiciones, la sentencia consideró que los delitos a ellos imputados — homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir — se avenían «de manera inobjetable a la omisión prevista en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 100 de 1980, en cuanto al resultado antijurídico se causó y materializó por la vía de la abstención consciente y voluntaria de no impedirlo, pudiendo hacerlo».

"A esa conclusión arribó tras considerar que los miembros de las fuerzas militares son garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando los mismos prestan sus funciones en zonas de alto conflicto. Por la tanto, cuando eluden deliberadamente el cumplimiento de esos deberes de seguridad o protección, consistiendo la producción de su lesión, o en otras palabras, no actúan permitiendo que se ocasionen resultados graves y dañinos, tales conductas de inactividad e indiferencia se colocan al margen de ordenamiento superior, y sus responsables sujetos a la sanción prevista en el delito de acción, porque el artículo 21 de la Ley 100 de 1980, reproducido con mayor riqueza descriptiva en el artículo 25 de la Ley 5999 de 2000 equipara, mediante un juicio de equivalencia puramente hipotético, la acción con la omisión.

"Es cierto que los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son los que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

por su Constitución y a por la ley que en su estructura dogmática, como lo advierte el Procurador, se considera como un tipo eminentemente abierto, en el que el deber jurídico y la posición de garante que generan la equiparación de la omisión al hacer activa descrita de un tipo penal, son elementos normativos."

Como se observa, la comprensión teórica del delito de omisión impropia o de comisión por omisión, ha tenido una aplicación y reconocimiento por parte de la Sala Penal de la Corte, sobre todo en esta clase de hechos punibles, por manera que la casuística que se pretende imponer para desvirtuar la figura de la responsabilidad penal en calidad de autor del procesado, carece de fundamento y en consecuencia en criterio del Ministerio Público el cargo debe ser desestimado.

4.2.1.2. Segundo cargo frente al Concierto para Delinquir y Primer Cargo frente al Delito de Homicidio en Persona Protegida

Plantea el demandante que el procesado **Jorge Humberto Milanés Vega** no es responsable penalmente de las conductas endilgadas, en atención a que no podía exigírsele un comportamiento diferente al observado, ya que era humanamente imposible asumir otra actitud y en esas condición actuó conforme a derecho, lo que lo relevaría de toda responsabilidad.

Para dilucidar el planteamiento es necesario establecer si el procesado se encontraba en una situación motivacional tan anormal que cualquier persona hubiera actuado de la misma manera. La no exigibilidad parte del supuesto que existe la prohibición de un determinado comportamiento que en el caso sub-exánime se concreta en permitir a grupos de autodefensas, consumir los punibles de Homicidio en Persona Protegida y Concierto para Delinquir Agravado. A partir de este momento, la figura de la no exigibilidad debe demostrar que al procesado, dentro del régimen jurídico y legal, no se le podía pedir un sacrificio



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

superior, es decir en contra de sus intereses más elementales para que no fueran consumados tales reatos.

En el contexto que se analiza, es muy probable que tal comportamiento no le fuera exigible a un civil que circunstancialmente se encontrara en el teatro de los acontecimientos, pues se trataría de una situación general compatible con el ordenamiento jurídico, pues a los civiles el heroísmo de enfrentarse a un grupo de oficiales y soldados armados para defender la vida de otros civiles no le es exigible; de ahí que esta figura tiene una connotación material. Pero existen excepciones a su reconocimiento, cuando la Constitución o la ley, le imponen al procesado, dado su oficio o investidura, la obligación de emplear todos los medios a su alcance para evitar la producción de ese resultado, lo exigible precisamente es actuar conforme a los que su cargo demanda y él no puede ampararse en la no exigibilidad de otra conducta.

En el caso concreto, si bien **Jorge Humberto Miñanés Vega** apenas era un subteniente recién egresado, lo precedían varios años de academia en los que se prepara, al menos teóricamente, en aspectos jurídicos penales, constitucionales, y de protección de los derechos humanos, en los que se incluyen la función y propósito de la fuerza pública y de manera concreta del Ejército Nacional, institución a la cual pertenecía el procesado.

En este punto resulta importante destacar que el procesado no obró bajo la figura del error inducido por un superior, circunstancia que incidiría en el grado de responsabilidad, pues como el mismo lo manifestó en su indagatoria⁷⁴, no estuvo de acuerdo con el desarrollo de la operación al observar personal uniformado que no pertenecía a la institución castrense, inconformismo que quedó plasmado en la diligencia, con las siguientes expresiones:

⁷⁴ Folio 71 cuaderno 16 original



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

"[...] al día siguiente llegamos a otro punto conocido como MIGUELAYO, en donde^(sic) habían más^(sic) personas la anterior, yo me le acerqué al capitán GORDILLO y le pregunté que qué era lo que estaba pasando?, que quienes eran estos sujetos? El me dijo que si iba a trabajar o no, yo le dije como así, estamos trabajando, le dije que no me gustaba como se estaban haciendo las cosas y que el personal que yo tenía bajo mi mando y yo no estábamos de acuerdo, él me dijo que me mantuviera al margen de la situación, que cumpliera con la orden de cubrir la retaguardia, en estos momentos no tenía ninguna otra posibilidad que la de cumplir con lo que me decía este Señor, ya que no sabía ni aún en este momento quien estaba detrás de esta situación, tenía que velar por la integridad física de las personas bajo mi mando, siguió el desplazamiento, estos uniformados ilegales iban delante del pelotón del Capitán GORDILLO.[...]"

Se observa entonces que el procesado tenía un conocimiento actual para el momento de los hechos, sobre la ilicitud de la orden, lo cual se manifestó en su malestar por tener que compartir el operativo con grupos ilegales, por manera que no estaba obligado a cumplir con la orden impartida por el capitán Gordillo, a menos que se demostrara una insuperable coacción ajena, o un error invencible, los cuales, como se comprobó a través de la instrucción no tienen cabida en el caso que nos ocupa, por manera que no tiene aceptación el planteamiento del demandante al sostener que era humanamente imposible resistirse al cumplimiento de esa orden ilegítima.

Si la orden era ilegítima, el lícitamente podía sustraerse a cumplirla y su deber de garante frente a los derechos que se conculcaban con dicha orden le imponía, así fuese el último eslabón o el más joven de la cadena de la oficialidad en ese operativo, a relevar del mando al oficial superior que imparte la orden ilegal, aprenderlo, asumir temporalmente el mando y poner el capturado a disposición de



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

la justicia penal militar, pudiendo para el efecto haber pedido el debido apoyo a las unidades militares fuera del área de operaciones⁷⁵.

De suerte que la causal invocada por el demandante para excluir de responsabilidad a un oficial del Ejército Nacional no opera, pues él está obligado por la constitución y la ley a asumir un accionar dirigido a privilegiar la protección de los derechos de terceros por encima del propio riesgo de su vida. Y los reglamentos le señalan claramente que hacer ante una orden ilegal.

El cargo, en consecuencia para el Ministerio Público debe ser desestimado.

4.2.1.3. Frente al delito de homicidio en persona protegida Cargo Único

Tampoco le asiste razón al demandante al sostener que hubo incongruencia entre la acusación y la sentencia, pues al confrontar el texto de la resolución de acusación, en ella se lee⁷⁶.

“Para nadie es desconocido que el actuar con ilegales de las autodefensas está al margen de la ley, cohonesta con su delincuencia o acto criminal, que como hechos delictuales de estos ilegales están las masacres, los homicidios selectivos, los actos de terror, los actos de barbarie, los secuestros, las extorsiones, el tráfico de estupefacientes y de armas, la desaparición forzada de personas, desplazamiento forzado y otros delitos de lesa humanidad, que aquel que permite su presencia por su omisión o los apoya esta formando parte también de su actuar delictivo y por ello debemos calificar su conducta como de presuntos COAUTORES para aquellos militares que estuvieron en el sitio de los acontecimientos en sus grados de Oficiales o Suboficiales, como también para aquellos que tenían la

⁷⁵ Ver al respecto lo plantado en la obra de GÓMEZ López, Jesús Orlando CAUSAS DE INDETERMINABILIDAD. Ed. Ediciones Doctrina y Ley, Tomo V, páginas 1321-1346, 2013

⁷⁶ Folio 283 cuaderno 21



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

responsabilidad de ser el Comandante del Batallón y el Jefe de Operaciones a cargo del Batallón. [...] (Subraya y destaca la Delegada)

"[...] En este caso, permitir que las autodefensas patrullaran con nuestras tropas del Ejército Nacional no era simple acompañamiento o paseo, esta era para patrullar en aras de desarticular y dar de baja a miembros de la subversión su común enemigo, pues si bien fue dado de baja un miliciano y su fusil no por ello daba la razón para dar de baja a los pobladores civiles y mucho menos a los infantes.

"Posición de Garante:

Debemos tener en cuenta los planteamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto de la Posición de Garante plasmado en la sentencia del 14 de noviembre de 1997, radicado 28017, siendo el MP. el Dr. JULIO ENRIQUE SOCITA SALAMANCA, cuando dice:[...] «posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable»"

En este contexto es que la fiscalía profiere resolución de acusación en contra de **Jorge Humberto Milanés Vega** como presunto coautor de los delitos de Homicidio en Persona Protegida, en Concurso con los delitos de Actos de Barbarie y Concierto para Delinquir Agravado, luego resulta evidente que el fundamento lo constituyó la omisión de actuar conforme a su obligación constitucional y el apoyo a grupos ilegales de autodefensas, quienes afectaron el bien jurídico de la vida de personas protegidas que residían en la región, luego mal puede el demandante sostener que en la acusación el comportamiento del procesado se hubiera imputado a través del reconocimiento de un delito de propia mano, cuando el texto de la resolución puntualiza en su descripción y redacción que el origen del reproche se fundamenta en una omisión, figura que fue desarrollada y explicada con mayor amplitud en la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Superior, por manera que ninguna razón le asiste al demandante al sostener que hubo inconsonancia entre la acusación y la sentencia.

En conclusión, este cargo también debe ser desestimado.

4.2.1.4. Cargo Subsidiario

Tampoco le asiste razón al demandante al sostener que la condena al procesado **Jorge Humberto Milanés Vega** debió adecuarse a título de culpa y no de dolo, por considerar que no era conocible, ni previsible, ni representable que fueran a cometer un concurso de delitos de homicidio en personas protegidas, ni menos que en la casa donde fue desarrollado un ataque residieran niños o mujeres.

La imputación a título de dolo fue definida en la resolución de acusación como acto libre y voluntario de permitir el actuar antijurídico del grupo paramilitar, cuando se tenía la obligación constitucional y legal de combatirlo, en atención a que existía pleno conocimiento del procesado, a través de la institución armada que representaba los fines y procedimientos atentatorios contra los elementales derechos humanos, utilizados en contra de las diferentes comunidades que fueran señaladas de ser colaboradoras o simpatizantes de organizaciones subversivas. De manera particular existía conocimiento en la zona del Urabá que las autodefensas veían en los civiles de la zona correspondientes a la Comunidad de Paz de San José de Apartadó a enemigos vinculados con la subversión. Además la orden de operaciones no solo comprendía atacar a los frentes de guerrilla que operaban en el área, sino también a los paramilitares.

El indicio del dolo quedó fijado en la resolución de acusación, cuando la Fiscalía le demostró, conocimiento y libertad para actuar en esa dirección a los oficiales implicados, a través del siguiente aparte⁷⁷:



CASACIÓN 40.098

ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

"En estos hechos ha sucedido como el ejemplo de nuestra vida cotidiana de invitar al amigo o a la persona de conducta cuestionada o de malos tragos a nuestra casa, a sabiendas que destruye muebles y vajillas de nuestra casa e irrespeta a nuestras mujeres y demás invitados. Si sabemos de su mal proceder porqué lo invitamos o lo dejamos entrar a nuestra casa? Pues la culpa es más que nuestra por dejar entrar o invitar al amigo o conocido a nuestro territorio pues ya sabíamos lo que podía pasar de sus tragos y su conducta"

"En este caso, permitir que las autodefensas patrullaran con nuestras tropas del Ejército Nacional no era simple acompañamiento o paseo, esto era para patrullar en aras de desarticular y dar de baja a miembros de la subversión su común enemigo, pues si bien fue dado de baja un miliciano y su fusil no por ello les daba la razón para dar de baja a los pobladores civiles y mucho menos a los infantes."

Obsérvese entonces que el cuerpo de oficiales incluido el subteniente **Jorge Humberto Milanés Vega**, tenían conocimiento de la capacidad desestabilizadora de dicha organización de autodefensas al margen de la ley, así como de sus métodos cruentos y deshumanizados para combatir grupos subversivos, simpatizantes o población civil no afecta a los ideales de contrainsurgencia, que al no estar sometido a ninguna normatividad por su nacimiento y articulación espuria, su actuar tendrá como único referente el capricho y parecer, sin restricción alguna, de los sujetos que fungen como superiores o comandantes del grupo armado ilegal, quienes bajo su voluntad y organización criminal tienen la capacidad para afectar todos los derechos fundamentales de la persona humana, de manera arbitraria e injusta, desconociendo de tal manera todo el avance de la humanidad para lograr el respeto a la dignidad humana a través de un Estado Social de Derecho, luego en manera alguna puede tener recibo que, no solo la permisibilidad, sino la colaboración y contubernio con estos grupos ilegales no pueda hacerse a título de dolo, en tanto que al momento que fueron desarrollados estos acontecimientos, existía la suficiente información sobre el actuar de dichas organizaciones, es inadmisibile que el procesado, oficial formado y conocedor de la

44



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

situación de orden público del país, no pudiera siquiera representarse como posible la forma habitual de actuar de sus ilegales compañeros de patrullaje; así las cosas el procesado asumió como suyo, los resultados antijurídicos que consumaran los miembros de esta organización criminal con la que compartieron las labores del operativo ordenado.

El cargo, en consecuencia, plantea el Ministerio Público, debe ser desestimado.

4.2.2. **Demanda presentada por el defensor de Alejandro Jaramillo Giraldo**

En el cargo formulado por el censor acusa el fallo de una violación indirecta a la ley por vía de un error de hecho por falso raciocinio en el análisis de la prueba.

Senala el defensor que la sentencia impugnada responsabiliza al Subteniente del Ejército Nacional, para la época de los hechos es decir, 21 de febrero de 2005, **Alejandro Jaramillo Giraldo**, en calidad de oficial del Batallón de Infantería Vélez, respecto del homicidio de los ciudadanos Luis Eduardo Guerra Guerra, Beyaniera Areiza, su menor hijo Deyner Andrés Guerra Tuberquia, Alfonso Bolivar Tuberquia, Sandra Milena Pozo y los menores Natalia y Santiago Tuberquia Muñoz. Soporta su argumento, en que la valoración de la prueba no sustenta la tipicidad de las conductas por las cuales se le está deduciendo responsabilidad a su prohijado, en cuanto refiere que el Juez de segunda instancia, supone que la muerte de los ciudadanos ya mencionados se causó por la omisión de ciertos agentes de la fuerza pública, teniendo la posición de garante y que ésta fue quebrantada al momento de patrullar, previo acuerdo, con el grupo armado ilegal generando el riesgo que desencadenó la muerte de los civiles, lo que en su sentir no ocurrió pues ellos no tenían tal calidad.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Así mismo indica el casacionista que el Subteniente **Alejandro Jaramillo**, para la época de los hechos había ingresado recientemente como oficial a las filas del Batallón Vélez, por lo cual no tenía conocimiento de sus compañeros, la población civil, la zona y la características, de tal manera que le era imposible haber tenido algún tipo de acercamiento con los grupos armados al margen de la ley de la zona y que en cumplimiento de la Orden de Operaciones Fénix emitida por la Brigada XVII se desplazó a los terrenos enmarcados por la coordenadas de Nueva Antioquia para asegurar los cerros Bogotá y Cooperativa y desde allí entró a participar Bolívar 1 pelotón que le fue asignado, y realizó tal desplazamiento en cumplimiento de una orden y la necesidad del servicio, concluyendo que no le asistía posición de garante.

Para el caso que nos ocupa, si bien es cierto que el señor Subteniente **Alejandro Jaramillo**, era nuevo en la Brigada, participó en la Operación Fénix, con la Misión Táctica Feroz del Batallón Vélez al mando del Pelotón de la Compañía Bolívar Uno, quienes en el cerro conocido como la Hoz o Cerro Castañeda se encontraron junto con el Sargento **Branco**, el Subteniente **García**, Subteniente **Milanés** y el Capitán Guillermo Armando Gordillo, con un personal del Bloque "Héroes de Tolová" y que de acuerdo a las distintas declaraciones y testimonios en el proceso, era un paso obligado para poder llegar al cañón de los Mulatos, la Cooperativa y Cerro Bogotá donde se ubica una base paramilitar. Aunado a lo anterior, y de acuerdo a la ampliación de la indagatoria del Capitán Gordillo⁷⁸, quien se acogió a sentencia anticipada, indicó que habían pernoctado en el Cerro de la Hoz, los cuatro pelotones: Bolívar Uno, Anzoátegui Uno, Dos y Tres, y afirmó que se reunieron con unos comandantes de "Tolová" quienes responden a los Alias de Fudra, Cuatro Cuatro, el Comando Veintiuno y textualmente señaló: " ... nos reunimos primero el Sargento Segundo Branco, Sub Teniente Milanés, Sub Teniente Jaramillo y Sub Teniente García y se encontraba también una paramilitar Alias Vicky o la Negra, que era la mujer de Fudra, pues ellos comentaban la situación del terreno que llevaban más tiempo...", bajo estas afirmaciones, tal como el Tribunal lo indicó en la

⁷⁸ Diligencia de ampliación de indagatoria, 29 de julio 2008, obrante a folio 169, C. 17



CASACIÓN 40.098

DRLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

decisión, el Sub Teniente **Jaramillo**, no puede desvirtuar que tuvo contacto con el grupo armado ilegal, y más aún cuando se reunió con los comandantes paramilitares y pernoctó con ellos, por manera que la deducción hecha en la sentencia recurrida, corresponde a una interpretación acorde con los postulados generales del derecho y la valoración conjunta de la prueba.

No obstante su reciente egreso de la escuela militar, en ella recibió preparación y tenía conocimiento sobre la forma de actuar de los grupos ilegales del país y de la zona a la cual fue destacado, por ello no resulta de recibo para ésta Delegada del Ministerio Público, alegar desconocimiento, pues el mismo en su indagatoria manifiesta se dio cuenta, que se estaban reuniendo con grupos al margen de la ley. Desde ese instante, ya se encontraba incurso en una situación irregular y por ende coautor del punible de Concierto.

Alegar que se encontraba en cumplimiento de una orden emitida por su superior, tampoco le genera eximente de responsabilidad, pues existe la posibilidad y aun más, el deber constitucional y legal de sustraerse al cumplimiento de una orden manifiestamente ilegal⁷⁹, por cuanto, debió examinar la ilicitud de tales órdenes y de los hechos cumplidos en virtud de las mismas, que se evidenciaban abiertamente ilegales. Si bien es cierto, era nuevo en la zona y hacia poco había egresado de la escuela militar, las reglas de la lógica y sus conocimientos en instrucción militar le indicaban que reunirse con miembros del Bloque "Héroes de Tolová", departir con ellos y patrullar juntos era ilegal lo que permite inferir el conocimiento de la ilicitud de la conducta, por lo cual, cualquier tipo de orden emanada de su superior, en este caso el Capitán Gordillo, quien se encontraba al mando, era una orden ilegítima y que el cumplimiento de esa orden podría desencadenar la posibilidad de un peligro inminente de daño para bienes jurídicamente tutelados, de la población civil.

⁷⁹ Nos remitimos nuevamente a lo manifestado en este concepto en el acápite 4.2.1. sobre la obligación de relevar del mando al oficial que libra orden ilegal.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

La conducta del Subteniente **Jaramillo**, en calidad de miembro activo de la fuerza pública encuadra plenamente en una omisión de sus obligaciones y de su posición de garante como se indicó en la sentencia recurrida, como quiera que para el desarrollo de la Operación Fénix, en el territorio asignado por la Brigada XVII al Batallón Vélez y a los oficiales responsables en cumplir dicha misión, su obligación legal era la de cuidar, salvaguardar y respetar la vida de la población civil ajena al conflicto armado, la Orden de Operaciones dada fue la de adelantar procedimientos militares en aras de desmantelar los frentes 5° y 58 de las FARC y las AUC, que delinquirían en el sector y no la de concertarse con el grupo al margen de la ley para atentar contra el deber constitucional de contrarrestar la presencia de grupos al margen de la ley. Sus acciones violaron las garantías constitucionales y derechos fundamentales como la vida de los civiles; las omisiones en las que incurrió la Fuerza Pública, de combatir a uno de sus objetivos militares, las autodefensas y, acompañar a los ilegales, les facilitaron el desplazamiento a la zona donde ocurrió la barbarie.

Esto se predica con fundamento en lo preceptuado en los artículos 2° y 217 de la Constitución Política, toda vez que sobre las Fuerzas Militares recae la posición de garante de los derechos fundamentales de la población Colombiana, como quiera que, en cumplimiento de los principios esenciales del Estado, tienen como fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y en especial la salvaguarda y seguridad de las comunidades vulnerables o víctimas del conflicto armado, en tanto la posición de garante como obligación normativa, emerge como deber jurídico, el cual estaba constituido, para el Subteniente **Jaramillo** y los demás oficiales y suboficiales del operativo en mención, en el ejercicio pleno de sus funciones como miembro de las fuerzas armadas, dentro de las cuales a no dudarle no puede estar el de patrullar conjuntamente con grupos ilegales, servirse de ellos como guías y facilitarles el ataque a los civiles inermes. El oficial fungía como garante de la integridad de la comunidad civil y su mando sobre el pelotón Bolívar Uno, le imponía la obligación

48



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

de adoptar medidas pertinentes y necesarias para avisar al Batallón o superiores jerárquicos el accionar ilegal que se desarrollaba.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario comparten el objetivo común de proteger la dignidad humana de todos los ciudadanos. A lo largo de los años, la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han emitido conceptos⁸⁰ respecto a la obligación de las partes en un conflicto armado de respetar los derechos de la población civil, las partes tienen obligaciones jurídicamente vinculantes en relación con los derechos de las personas al margen del enfrentamiento bélico. Con mayor razón tales obligaciones atan a las fuerzas Armadas legales de un país, las que tienen la obligación de proteger a todos los asociados, asumiendo por mandato legal posición de garante frente a tales derechos de sus connacionales.

Frente a la posición de garante, se debe enfatizar que es la situación en que se halla una persona respecto a otra u otras, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Es allí, cuando surge la obligación de actuar y, si el agente la incumple o abandona la posición de garante, a la que está obligado por la Constitución y la Ley y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido, responde por el resultado típico del riesgo que no conjuró por su omisión.

En el sentido más estricto, el incumplimiento o violación de la posición de garante genera una conducta punible que puede ser realizada por acción o por omisión. De tal manera que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado descrito en el tipo penal y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la norma incriminadora. En tanto, se requiere que el agente tenga a su cargo el cuidado en concreto del bien jurídico protegido, o

⁸⁰ Protección Jurídica Internacional de los Derechos humanos Durante el Conflicto Armado. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra 2011



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo

En relación con la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública, la constitución y la ley obliga a todos sus integrantes a proteger la vida y los demás derechos fundamentales del conglomerado social en defensa de la seguridad nacional y, específicamente tenían tal calidad frente a los ciudadanos que habían constituido la Comunidad de Paz de San José de Apartado, a quienes mediante sentencia T-327 del 15 de abril de 2004, la Corte Constitucional, dispuso tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la vida, integridad personal, seguridad personal, libertad de locomoción, dignidad personal, privacidad de domicilio entre otros derechos amparados. No obstante el pronunciamiento de la Corte y la orden judicial de la salvaguarda de ésta comunidad especial, los militares omitieron cumplir con su deber y como consecuencia tales derechos fueron violados y perdieron la vida civiles ajenos al conflicto armado entre ellos tres menores de edad.

Para el caso que nos ocupa el actuar de los miembros de la fuerza pública en cabeza del Ejército Nacional, transgredió las normas constituciones que les imponían la obligación de la salvaguarda de los derechos fundamentales de la comunidad de Paz de San José de Apartadó.

El demandante argumenta que su prohijado no tenía dominio del hecho, pero olvida que no se le ha acusado por delitos de Homicidio en persona Protegida de comisión sino por omisión pues con ello aumento el riesgo desaprobado y permitió que este se concretase, dado que iteramos, su obligación legal y su condición de militar le imponían neutralizar la vulneración de los derechos de la población civil.

El estudio del acervo probatorio, efectuado por el Tribunal de Antioquia permitió establecer la actitud pasiva y permisiva del oficial **Jaramillo** y de los otros oficiales procesados en la presente causa, pues son militares **entrenados**, dotados de



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

armamento y equipos de comunicación con los cuales se debió haber puesto en conocimiento del Comando la situación que se estaba desencadenando, para solicitar el apoyo institucional, situación que no ocurrió y, por el contrario, fue activa la participación en los hechos acaecidos como quiera que, tuvo conocimiento el Subteniente **Jaramillo** de la coordinación para el desplazamiento conjunto entre autodefensas y militares, asumiendo al menos como probables las lesiones que para los derechos de los civiles pudieran derivarse de los comportamientos previsibles de miembros de las autodefensas no combatidos sino por el contrario apoyados desde la retaguardia.

Se pudo demostrar la participación del Subteniente **Jaramillo**, quien siempre acompañó al Capitán Gordillo oficial que daba las órdenes de patrullar con el grupo paramilitar desde el Cerro de la Hoz, en la retaguardia iba Anzoátegui Uno, en la mitad Bolívar Uno y delante el grupo ilegal, así mismo en el fallo de segunda instancia se concluye que el oficial **Jaramillo**, por orden de Gordillo, suministraba en el informe coordenadas de puntos por los que ya habían pasado y, de esa manera fue que se dio el desplazamiento sobre la zona, pues suministraba una información equivocada al Batallón respecto a su ubicación, el eje de avance era diferente al reportado al Comando Central pues la pretensión era que las tropas llegasen anticipadamente, para quedarse en un sitio fijo durante dos días y así dejarle espacio al grupo paramilitar para continuar con su avanzada y llegar al sitio de los hechos. La información errónea sobre los desplazamientos, en cabeza de **Jaramillo**, denota que voluntariamente estaba ocultando y engañando a sus superiores sobre la verdadera situación en el teatro de operaciones, pues tenía pleno conocimiento del patrullaje conjunto y de no haber estado de acuerdo con el mismo, lo más lógico era haber advertido de ello al mando superior.

Así las cosas, esta Delegada del Ministerio Público, no evidencia que los yerros denunciados en la demandad se configuren, y por consiguiente en nuestro criterio el cargo no está llamado a prosperar.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

4.2.3. Demanda presentada por el defensor de Dario José Brango Agames y Edgar Garcia Estupiñan

El casacionista expresa en su libelo que la sentencia de segunda instancia adolece de un error constitutivo de violación indirecta de la ley sustancial, por indebida aplicación de la norma que tipifica los delitos de concierto para delinquir Artículos 340 y 342 de la ley 600 y Homicidio en persona protegida Artículo 135 de la misma ley, y consecuentemente dejó de aplicar el artículo 232 de la ley 600 del 2000, que en la apreciación del accionante ocasionan violaciones a las garantías del debido proceso, legalidad, presunción de inocencia, reglas para la apreciación probatoria y la prueba necesaria para condenar, todo ello en virtud a errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Iniciariamos manifestando que el profesional del derecho erró la enunciación de la norma, toda vez que la ley 600 del 2000 hace referencia al estatuto procedimental y no la norma sustancial que contiene cada uno de los tipos penales, no obstante presume esta Delegada que el apoderado quiere hacer referencia, en su cargo principal, a los mismos artículos pero referidos a la ley 599 del 2000.

El cargo principalmente se encuentra fundamentado para el demandante en que el Tribunal no analizó en conjunto las pruebas obrantes en el expediente, argumento que desde ya se manifiesta es errado por las siguientes razones:

Primero; el Tribunal Superior de Antioquia declaró responsables de los tipos penales de Concierto para Delinquir Agravado y Homicidio en Persona Protegida, a los señores **Edgar Garcia Estupiñan** y **Darío José Brango Agamez** toda vez que era de amplio conocimiento de la Brigada XVII –de la que hacían parte los procesados- que la población de San José de Apartadó era objeto de una especial protección por la Corte Constitucional a través de la sentencia T – 237 del 15 de



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Abril de 2004 en la que de forma expresa da a la Brigada XVII la posición de garantes de los derechos a la vida, integridad personal, intimidad y demás derechos fundamentales de la población asentada en la zona en donde se iban a desarrollar las operaciones FENIX y FORTALEZA, unido a que la Comunidad de Paz igualmente había sido objeto de medidas de protección por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogidas por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela referida, motivadas precisamente por el accionar de grupos de autodefensas. Todas estas pruebas no podían ser ignoradas por el Tribunal Superior, y ellas debían analizarse en conjunto con las declaraciones cuya no apreciación depreca el demandante, que no tienen el sentido y alcance que este les brinda.

No le asiste razón al demandante al manifestar que al momento de emitir el fallo el Tribunal no analizó la indagatoria y ampliación de indagatoria del Subteniente **Jorge Humberto Milanés**, la indagatoria del Subteniente **Alejandro Jaramillo Giraldo**, la declaración y ampliación de indagatoria de Adriano José Cano Arteaga, la declaración de Jorge Luis Salgado David, ampliación de indagatoria y testimonio de José Joel Vargas Flórez y del testigo Uber Darío Yañez Cavadies; porque efectivamente en la parte motiva del fallo cada una de las declaraciones fueron analizadas, si bien en un sentido diferente al pretendido por el demandante, no por ello puede alegarse que se omitió su análisis, miremos que tales declaraciones son citadas así en la sentencia:

- A Folio 45 de la sentencia encontramos el análisis de la declaración de Alejandro Jaramillo Giraldo.
- A Folio 46 lo referente a Jorge Humberto Milanés.
- A Folio 49 de la sentencia encontramos mención a lo dicho por Adriano José Cano Arteaga.
- A Folio 65 lo referido por Jorge Luis Salgado David.
- A Folio 66 se analiza el dicho de Uber Darío Yañez Cavadias y,



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

- A Folio 66 de la sentencia encontramos lo referente a José Joel Vargas Flórez

El demandante pretende que cada uno de los testigos tenga que dar cuenta en su dicho de la totalidad de los hechos, que si uno de ellos omite parte de estos, tales como las reuniones a las que alude el Capitán Gordillo, o el patrullaje conjunto o los guías vestidos de civil, miembros de las autodefensas, es porque tales circunstancias no se presentaron. Cuando realmente el conocimiento de los hechos no se obtienen porque todos y cada uno de los testigos enuncien el 100% de lo ocurrido, sino porque de los fragmentos de conocimiento que cada declarante o cada prueba aporta, se puede reconstruir –siempre de una manera fragmentaria- la verdad de lo ocurrido. De donde reiteramos, la prueba no fue omitida para su análisis ni se tergiversó o cercenó, sino que se analizó de manera conjunta con el resto del material obrante en el expediente.

Otro de los argumentos esgrimidos por el demandante es que para sus representados no es aplicable la posición de garantes por no encontrarse en inmediaciones del lugar de los homicidios cuando estos fueron perpetrados. Pero, tal aseveración resulta claramente desvirtuada por los argumentos de la sentencia del Tribunal de Antioquia que esbozó claramente cuáles son los requisitos para aplicar la teoría de la posición de garante, a efectos de deducir responsabilidad penal para cada uno de los procesados, veamos:

(...)

1. *Situación de peligro para el bien jurídico.*
2. *No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado, lo que eleva el riesgo creado.*
3. *Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto este en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener: I) Conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir. II) Tener los medios necesarios para evitar el*

54



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

resultado, y III) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

4. *Producción del resultado. (...)*⁸¹

La coautoría que se predica de los procesados respecto de los tipos penales por los que fueron condenados, no es en virtud de un delito de propia mano, por la intervención en la realización de los mismos, sino por la omisión del deber legal que recaía en ellos por el simple hecho de ser funcionarios adscritos a la Fuerza Pública, y ante tal omisión, las violaciones a los derechos humanos de los civiles de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó cometidas por los integrantes del grupo ilegal de autodefensas frente "Héroes de Tolova" les son imputables también en calidad de coautores.

Los señores **Edgar García Estupiñán** y **Dario José Brango Agamez** son coautores de los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Homicidio en Persona Protegida desde el momento en que ellos marcharon junto con los grupos de autodefensas. Ellos eran conocedores de que con tal acción estaban incumpliendo la orden de operaciones impartida, tal acción concertada arranca desde el momento en el cual como comandantes realizaron reportes falsos al batallón manifestando que la operación ya había comenzado, cuando efectivamente esta solo se inició al arribo del Capitán Gordillo al punto donde se encontraban, ya que él era quien tenía el contacto directo con los paramilitares pertenecientes al grupo "Héroes de Tolova", el reproche parte entonces del conocimiento de los procesados, desde un principio sobre la alianza con el mentado grupo, máxime si tal alianza se evidenciaba a nivel incluso de las providencias judiciales nacionales e internacionales de protección para la población civil y, omitieron su deber legal de aprenderlos y ponerlos a disposición de la justicia, mandato expreso contenido en la orden de operaciones que los incluía como objetivos, además de los frentes guerrilleros.

⁸¹ Folios 82 - 83 de la sentencia del tribunal Superior de Antioquia



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Los oficiales omitieron cumplir con su deber de evitar el previsible ataque contra una comunidad objeto de tan especial protección.

No es admisible entonces hablar de que **Edgar García Estupiñan** y **Darío José Brango Agamez** deban ser exonerados de su responsabilidad en los punibles cometidos por las autodefensas, porque ellos estaban en un sitio diferente al momento de la masacre en contra de los habitantes de la comunidad de San José de Apartadó. Por el contrario, son igual o más responsables que los demás, porque al haberse alejado del Capitán Gordillo y de sus otros compañeros, ellos pudieron realizar maniobras tendientes a contrarrestar las actividades del grupo ilegal, pudieron hacer dando informe a los superiores de la Brigada XVII inmersa en el operativo, sino ante un ente judicial o a un mando superior al del comandante de dicha unidad militar, informado de lo que estaba ocurriendo en el sector, al igual que pudieron combatir o aprender a los integrantes de las autodefensas y a sus compañeros. Nos remitimos en este punto a lo expresado en este mismo concepto sobre la obligación del militar de incumplir las órdenes ilegales, al conceptuar sobre la demandada presentada por la defensa de **Jorge Humberto Milanés Vega**, acápite 4.2.1.

Se pregunta la Delegada, ¿cómo es posible que dos unidades al mando de los procesados **Edgar García Estupiñan** y **Darío José Brango Agamez** con un número aproximado entre las dos de 60 hombres, con posibilidad de obtener apoyo de otras unidades militares, no pudieran realizar actividades tendientes a neutralizar a los 50 hombres del grupo ilegal?

Tampoco es aceptable el argumento de la defensa en el sentido de pretender que como sus representados no estuvieron cerca del lugar de los hechos no sabían que estaba pasando, si era de público conocimiento la forma de actuar del grupo ilegal con el que compartieron el desplazamiento del operativo. En una zona como



CASACIÓN 40.098
ORLANOO ESPINOSA BELTRAN y otros

la de Urabá era de amplio conocimiento que las autodefensas no valoran la vida de la población que consideran simpatizante con sus enemigos, era sabido por cualquier particular esta forma de actuar, máxime era conocido y previsible para los miembros de la fuerza pública que tenían como misión oficial el enfrentarlos y evitar que cometiesen atentados contra la población civil.

Contrario al argumento esbozado por la defensa de los señores **Edgar García Estupiñan** y **Darío José Brango Agamez**, encuentra esta Delegada del Ministerio Público, que la sentencia cuenta con la motivación legal exigida por la ley así como también esta soportada probatoriamente, como lo demuestra la enunciación que hace de tres problemas jurídicos a resolver:

"1. Los aquí procesados, como miembros del Ejército Nacional son coautores del delito de Concierto para delinquir agravado por haber patrullado conjuntamente con el grupo ilegal denominado héroes de Totova, de las autodefensas?; 2. Luego de haberlos declarado responsables los procesados, por el delito de Concierto para delinquir agravado, podemos también declararlos responsables del concurso de Homicidios en personas protegidas, así no hayan empleado sus armas de dotación?; 3. Los aquí procesados son coautores del delito de Actos de Barbarie, tipificado en el artículo 145 del C.P., ya que en varias de las víctimas de homicidio, inicialmente habían quedado vivas después del presunto combate, y luego se les dio muerte con un arma cortante, desmembrándoles?".⁸²

Los problemas jurídicos planteados se han enmarcaron en el desarrollo de cada uno de los tipos penales con el fin de encontrar si en el presente caso le eran atribuible los delitos por los cuales se acusó a los señores **Edgar García Estupiñan** y **Darío José Brango Agamez** entre otros. Para el desarrollo del primer cuestionamiento los magistrados del Tribunal Superior de Antioquia analizan cada una de las indagatorias de los acusados y las declaraciones de los

⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Antioquia folios 544 - 597



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

colaboradores desmovilizados de las autodefensas pertenecientes al grupo "Héroes de Tolova"; es así como a folio 47 y 48 de la sentencia encontramos:

"(...) El 12 de mayo de 2008, rompió su silencio, c 15, folio 205. En esa oportunidad aseguró que una vez llegó a Nueva Antioquia se enteró, que el Teniente García coordinó con el Sargento Brango, la subida al cerro Castañeda o Aldana, con 11 soldados, para hacer las coordinaciones con un personal del bloque héroes de Tolova, que se hizo en la montaña, puso obligado para llegar al cañón de Mulatos (...) (Subrayas fuera de texto)

"(...) Con los paramilitares se encontraron en Cerro Castañeda y cerro Aldana, se compactaron, después se intercalaron y se unieron, pero luego se separaron. (...) (Subrayas fuera de texto)

*"(...) Jorge Luis Salgado David, alias Kiko, c 11, folio 281, desde un comienzo afirmó la comunicación que existía entre Ejército y paramilitares. Cuando llegaron al sitio acordado, vio un gran número de militares, se entremezclaron, pero observó que no iban muy contentos que ellos estuvieran ahí. Tenían que llegar hasta la Resbalosa y recorrer esa zona en compañía del Ejército. El grupo héroes de Tolova, iba a diez o veinte minutos del Ejército. Inicialmente iban intercalados: un militar, un paramilitar. Patrullaron conjuntamente de cuatro a cinco horas. (...)"⁸³
(Subrayas fuera de texto).*

No cabe duda entonces de la alianza que existió por parte de las tropas del ejército y sus comandantes, (Bolívar Uno o B1 siendo el comandante el señor ST. **Alejandro Jaramillo Giraldo** y donde siempre permaneció en la operación el comandante de la compañía, es decir el capitán Gordillo Sanchez Guillermo A.; ANZOATEGUI UNO o A1, siendo su comandante ST. **Jorge Humberto Milanés Vega**; ANZOATEGUI DOS o A2, siendo su comandante el señor Sargento Segundo **Dario José Brango Agames** y ANZOATEGUI TRES o A3, siendo su

⁸³ Folios 47 y 49 de la sentencia del Tribunal de Antioquia



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

comandante el señor ST. **Edgar García Estupiñan**), además claramente se puede inferir que la compañía compuesta por los cuatro pelotones efectivamente patrullaron junto con miembros del Bloque "Héroes de Tolova" y se desplazaron por un espacio mayor a dos días para luego dividirse.

Si revisamos el tipo penal del concierto para delinquir encontramos que las actuaciones de cada uno de los que participaron y planearon las operaciones desarrolladas en la población incurrieron en este delito, toda vez que se concertaron para patrullar e incursionar en el territorio antes mencionado con un grupo al margen de la ley, y son coautores de este tipo penal, dada la condición de garantes de los derechos humanos como quiera que en su posición de integrantes de las Fuerzas Públicas del Estado les exigía abstenerse de mantener vínculos con este tipo de organizaciones al margen de la ley.

Por las razones expuestas consideramos que el Tribunal Superior de Antioquia no cometió yerro alguno al momento de aplicar lo prescrito por los artículos 340 y 342 de la ley 599 del 2000 en tanto que las conductas desplegadas por los señores **Edgar García Estupiñan y Darío José Brango Agamez** y demás integrantes de los demás de la Fuerza Pública que Tuvieron injerencia en el desarrollo de las operaciones FENIX y FORTALEZA se adecuan completamente al tipo penal de Concierto para Delinquir Agravado.

Respecto del delito de Homicidio en Persona Protegida tipificado en el Artículo 135 del C.P. ley 599 del 2000, el Tribunal declaró responsables a los procesados de este tipo penal en tanto que son coautores por omisión, pues la actitud que legalmente estaban obligados a adoptar fue completamente contraria a la que se asumió por parte de los militares involucrados en los hechos investigados ya que si no hubiera sido por la colaboración que prestaron los miembros de la fuerza pública, al grupo armado ilegal, seguramente los hechos acaecidos en esta población no habrían tenido ocurrencia, más aun, cuando en el acervo probatorio



CASACIÓN 40.098

ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

demuestra que en el marco de la operación militar se ejecutaron las conductas delictuales que el ejército debió impedir.

No es excusa la manifestación de que los miembros de las autodefensas marchaba por delante de los efectivos del Ejército, el reproche recae en que si ellos hubiesen actuado conforme las leyes y a las órdenes de operación impartidas (combatir o arrestar a miembros tanto de las FARC y AUC) los homicidios no hubieran tenido ocurrencia.

La imputación de la coautoría por omisión del delito de Homicidio en Persona protegida se soporta probatoriamente con la declaración del señor Joel Vargas Flórez *"El ejército participó, porque ellos fueron los que llevaron la operación rumbo a esos lugares..."* esto claramente demuestra que los dos grupos llevaban un objetivo común, es decir, atacar a los miembros de las FARC y a todo el que se interpusiera con este objetivo. Todas estas muertes pudieron ser evitadas por los procesados, como fuerza legítima del Estado, con deberes irrenunciables. Por el contrario, permitieron el avance a los miembros de "Héroes de Tolova", con lo cual indiscutiblemente elevaron el riesgo que existía sobre los habitantes de la zona y de manera particular los integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, a quienes unos y otros veían como aliados de la subversión⁶⁴.

En conclusión, la condena por el homicidio en persona protegida se encuentra debidamente fundamentada probatoriamente y en Criterio de la Delegada los cargos de la demanda no están llamados a prosperar.

4.2.4. Demanda presentada por el Fiscal Delegado

⁶⁴ Ver al respecto las declaraciones y conceptos de Amnistía Internacional y la sentencia de tuela de la Corte Constitucional referidos en el concepto y obrantes en el proceso.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Le asiste razón al señor Fiscal, al considerar que se incurrió en una violación indirecta ante la comisión de un error de hecho por falso raciocinio al analizar el contenido de la declaración del Capitán Guillermo Armando Gordillo Sánchez en la ampliación de indagatoria y con base en ella no deducirle responsabilidad penal a los procesados **Orlando Espinosa Beltrán** y **José Fernando Castaño López**, en tanto que quedó demostrado a través de múltiples declaraciones y pruebas que reposan en el proceso, que los miembros del ejército concretamente los adscritos a la Brigada XVII en desarrollo de la misión táctica No. 009 "Feroz" y "Operación Fenix" dirigidas a las compañías "Bolívar", "Bolívar 1", "Anzoátegui 1" y "Anzoátegui 2" se acompañaron de los integrantes del grupo paramilitar "Héroes de Tolová" y acamparon juntos a partir del día 17 de febrero hasta el día 21 del mismo mes y año, lapso en el que perdieron la vida ocho personas producto del actuar violento del grupo criminal, apoyado en la retaguardia por la fuerza pública.

En efecto, tal como lo sostiene el demandante el Teniente Coronel **Orlando Espinosa Beltrán** en su calidad de comandante del Batallón de Infantería 47 Vélez le dio la orden a Gordillo de presentarse en su despacho, lo cual realizó el día 17 de febrero del año 2005 y que al llegar a su oficina le informó que en la "Misión Feroz", iban a participar guías civiles y personal del bloque de la autodefensa "Héroes de Tolová", luego el mismo Gordillo manifiesta que habló con el Mayor **José Fernando Castaño López**, quien igualmente le informó que patrullarían con el teniente **Edgar García Estupiñán** quien conocía el terreno y también había coordinado las operaciones con el grupo paramilitar.

De donde se desprende que ambos procesados **Espinosa Beltrán** y **Castaño López** conocían, aún antes que Gordillo de la coordinación del operativo con el frente "Héroes de Tolova" y de cómo este accionar conjunto con los ilegales violaba directamente las ordenes de operaciones impartidas que como ya se ha enunciado incluían combatir a los frentes guerrilleros al igual que a las autodefensas de la zona.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

En su declaración efectivamente el Capitán Gordillo Sánchez fue enfático en señalar que se hizo una reunión en la base de operaciones del grupo paramilitar "Héroes de Tolová", encontrándose allí los subtenientes **Edgar García Estupiñán, Alejandro Giraldo, Jorge Milanés** y los suboficiales **Ángel Petro, Darío Brango, Sabarain Cruz, Henry Guasmayán, Ricardo Bastidas, Ramón Micán, Yuber Carranza, Oscar Jaime González**, Luis Gutiérrez, Jesús David Carmona y Héctor Londoño Ramírez.

Como lo precisa el demandante, al parecer, pues no contamos con los registros orales de la audiencia, pero sí con las declaraciones previas, durante la diligencia de audiencia pública fue enfático en acusar al teniente coronel **Orlando Espinosa Beltrán** y al mayor **José Fernando Castaño López** de haberle dado la orden de compartir las misiones con grupos paramilitares ilegales, siendo por tanto una orden ilegal, pero que tuvo que dársela en forma personal y de ahí la explicación del desplazamiento hecho desde Capurganá hasta San Pedro de Urabá, cuando perfectamente podía haber realizado el desplazamiento a Turbo y de ahí al campo de operaciones en el sitio denominado Nueva Antioquia.

Le asiste razón al demandante al sostener que el Tribunal incurrió en ese error de hecho cuando en la providencia aseguró⁸⁵:

"Ahora, frente a los acusados Henry Agudelo Cuasmayan, Ricardo Bastidas Candia, Ángel María Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Orlando Espinosa Beltrán y José Fernando Castaño López, en atención a que fueron exonerados de responsabilidad frente al delito de Concierto para delinquir agravado, por duda probatoria, consideramos que tampoco es posible deducirles responsabilidad en el concurso de Homicidios, pues cuando hacemos el análisis sobre la cuota o aporte para lo sucedido de los dos últimos mencionados, no encontramos prueba que nos conduzca a la certeza de su aquiescencia y convivencia con el grupo ilegal que

⁸⁵ Folio 589 cuaderno del Tribunal



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

efectuó las muertes, pues recordemos que incluso, desde que se les dio la orden a los comandantes de Bolívar 1, Anzoategui 1, Anzoategui 2 y Anzoategui 3 (sic), de salir a cumplir la misión, empezaron a reportarles situaciones falsas, todo porque esperaban que llegara el Capitán Gordillo, quien al parecer tenía más experiencia. Y respecto de los primeros procesados ya vimos, que no fueron ejecutores materiales de los homicidios, ni estuvieron en capacidad de tomar decisión alguna y continuaron con el operativo militar diseñada, siguiendo precisas instrucciones de sus comandantes”

Al confrontar el contenido de la declaración del Capitán Gordillo, el Tribunal no podía pasar por alto los señalamientos hechos por este oficial en contra de sus superiores quienes le dieron la orden expresa de trabajar con los grupos irregulares, afirmación que al ser sometida a la valoración conjunta de la prueba tiene un alto grado suasorio y respaldo en el hecho de haber tenido que desplazarse hasta la sede del Batallón de Infantería No. 47 “Francisco de Paula Vélez” con sede en el municipio de San Pedro de Urabá, en tanto que una orden de carácter ilegal no podía emitirla a través de los canales legales de comunicación, luego ese desplazamiento aparentemente injustificado, encuentra lógica explicación cuando el Capitán ofrece la verdadera razón por la que tuvo que presentarse personalmente ante su superior, luego no puede, como lo hizo la instancia mantener el reconocimiento del estado de duda respecto al compromiso que tuvieron los oficiales **Orlando Espinosa Beltrán** y **José Fernando Castaño López** quienes fueron realmente los determinadores del operativo conjunto con el grupo irregular en este sentido, considera el Ministerio Público que debe ser atendida la petición del Fiscal Séptimo Especializado de la Unidad de Derechos Humanos.

No sucede lo mismo frente a la situación jurídica de los sub oficiales **Henry Agudelo Cuasmayan**, **Ricardo Bastidas Candia**, **Ángel María Padilla Petro**, **Sabaraian Cruz Reina**, pues la única consideración que formula el demandante

63



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

efectuó las muertes, pues recordemos que incluso, desde que se les dio la orden a los comandantes de Bolívar 1, Anzoategui 1, Anzoategui 2 y Anzoategui 3 (sic), de salir a cumplir la misión, empezaron a reportarles situaciones falsas, todo porque esperaban que llegara el Capitán Gordillo, quien al parecer tenía más experiencia. Y respecto de los primeros procesados ya vimos, que no fueron ejecutores materiales de los homicidios, ni estuvieron en capacidad de tomar decisión alguna y continuaron con el operativo militar diseñado, siguiendo precisas instrucciones de sus comandantes"

Al confrontar el contenido de la declaración del Capitán Gordillo, el Tribunal no podía pasar por alto los señalamientos hechos por este oficial en contra de sus superiores quienes le dieron la orden expresa de trabajar con los grupos irregulares, afirmación que al ser sometida a la valoración conjunta de la prueba tiene un alto grado suasorio y respaldo en el hecho de haber tenido que desplazarse hasta la sede del Batallón de Infantería No. 47 "Francisco de Paula Vélez" con sede en el municipio de San Pedro de Urabá, en tanto que una orden de carácter ilegal no podía emitirla a través de los canales legales de comunicación, luego ese desplazamiento aparentemente injustificado, encuentra lógica explicación cuando el Capitán ofrece la verdadera razón por la que tuvo que presentarse personalmente ante su superior, luego no puede, como lo hizo la instancia mantener el reconocimiento del estado de duda respecto al compromiso que tuvieron los oficiales **Orlando Espinosa Beltrán** y **José Fernando Castaño López** quienes fueron realmente los determinadores del operativo conjunto con el grupo irregular en este sentido, considera el Ministerio Público que debe ser atendida la petición del Fiscal Séptimo Especializado de la Unidad de Derechos Humanos.

No sucede lo mismo frente a la situación jurídica de los sub oficiales **Henry Agudelo Cuasmayan**, **Ricardo Bastidas Candia**, **Ángel María Padilla Petro**, **Sabaraían Cruz Reina**, pues la única consideración que formula el demandante

63



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

es el hecho de que se trataba de soldados profesionales con aproximadamente 8 a 10 años de experiencia y en esas condiciones debían conocer lo que estaban haciendo sus superiores.

El cargo, en nuestro sentir debe prosperar parcialmente.

4.2.5. Demanda presentada por el Actor Popular

Como quiera que la totalidad de cargos estructurados en la demanda, hacen referencia a violaciones indirectas por errores de hecho en la apreciación de la prueba, los contestaremos de manera conjunta, en aras de determinar si obra prueba apreciada erróneamente, dejada de apreciar, tergiversada o supuesta que de haberse valorado adecuadamente permita arribar a la condena de quienes fueron absueltos tanto en primera como en segunda instancia a saber **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candía, Angel María Padilla Petro y Sabaraín Cruz Reina**.

En torno a la responsabilidad de los oficiales **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López**, los suboficiales **Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candía, Angel María Padilla Petro y Sabaraín Cruz Reina** consideramos que de la ampliación de indagatoria del Capitán Gordillo⁸⁶, la responsabilidad de estos mandos en el concierto para delinquir por la coordinación de operaciones con el grupo ilegal de autodefensas refulge meridiana, señala Gordillo:

"... Pues los único que se habló fue cuando llegué al batallón que me informaron de cómo iban a desarrollar la misión Táctica FENIX y por parte del batallón la misión FERROZ en la cual el Coronel ESPINOSA ME COMENTO QUE EL Mayor

⁸⁶ Obrante a folios 1269 y siguientes del cuaderno original Nor 17



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

CASTAÑO⁸⁷ había hablado con el teniente García en Nueva Antioquia y que ya el teniente llevaba más tiempo en la zona desde el principio de enero y que ya había coordinado con un personal del bloque de héroes de Tolova para el desarrollo de una (sic) operación, porque el bloque de héroes de Tolova tenía una base paramilitar en cerro de la hoz o cerro CASTAÑEDA, y era un paso obligado para llegar a los objetivos que se había impuesto la Brigada de Cerro Bogotá y la Cooperativa, obligadamente debían pasar los cuatro pelotones Anzoátegui Uno, Anzoátegui Dos, Anzoátegui Tres y Bolívar Uno, no se porque el teniente GARCIA en una declaración dice que en ningún momento vio personal del bloque Héroes de Tolova, si era paso obligado y para llegar al Cañón de Ahlatos teníamos que pasar por ese cerro, allí queda una base paramilitar, y según los mismos reportes que pasa el Teniente Coronel ESPINOSA en su declaración del 23 de Julio de 2008, anexa una copias de unos reportes radiales y coordenadas dejando claro que Anzoátegui Uno, Dos y Tres ya se encontraban en la zona desde muchos días atrás en el sector de Nueva Antioquia, y en el reporte del 17 de Febrero todas las Unidades Anzoátegui Uno, Dos y Tres y Bolívar Uno pasan por ese cerro de la Hoz variando las coordenadas no más de trescientos metros entre cada una dejando claro que como no iban a ver la base de Tolova, si para pasar al otro lado tocaba descolgarnos base derecha de la base para llegar al cañón. Eso fue lo que habló el Coronel ESPINOSA que me informó de los hechos de cómo habían planeado la operación y que el Mayor CASTAÑO ya había estado en Nueva Antioquia hablando con el Teniente GARCIA y los comandantes de Pelotón que ya se encontraban en esa época allí. Y que ya estaban hechas las coordinaciones con el personal del bloque héroes de Tolova, pero Yo no me imagine que fueran a ser más de cincuenta hombres.

(...)

Lo que si tengo conocimiento es que sabía el Coronel ESPINOSA y El Mayor S⁸⁸ 3 del Batallón Velez, y el Sargento BRANCO, que antes de hincar la operación subió al cerro donde se encontraba el personal del bloque héroes de Tolova ha hacer las

⁸⁷ Se refiere a José Fernando Castaño López.

⁸⁸ En el organigrama del Batallón S3 es jefe de operaciones y corresponde a José Fernando Castaño López.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

coordinaciones y hablar con ellos antes de la subida de los cuatro pelotones Auzótegui Uno, Dos y Tres y Bolívar Uno, y estas coordinaciones también las hicieron por radio Dos metros un soldado que es de apellido LOPEZ...”

El Ministerio Público contrario a lo expresado por el Tribunal en la Sentencia no encuentra mérito para considera que estas afirmaciones del Capitán Gordillo previo a acogerse al trámite de sentencia anticipada estén señalando falsedades, ellas coinciden con las declaraciones rendidas por **Jorge Humberto Milanés** en su injurada del 23 de mayo de 2008⁸⁹, en la que narra cómo se hicieron los desplazamientos conjuntos. No es de rechazo por pretender beneficios de colaboración eficaz, pues precisamente si se quiere un beneficio efectivo, sus dichos han de ser ajustados a la realidad de lo ocurrido, las falsedades de los informes en los que incurrió Gordillo durante la ejecución del operativo no implantan dudas sobre el conocimiento que los procesados **Espinosa y Castaño** de la presencia de paramilitares, ellos obedecen a la clara necesidad de encubrir para todo el estamento militar la forma en la que realmente ocurrían las operaciones, pero de esas falsedades eran conscientes los oficiales por saber de antemano del concierto en curso. Por ello consideramos que en este sentido la prueba fue evidentemente interpretada erróneamente por el Tribunal para sostener una duda que solo puede existir si se analiza **descontextualizadamente**. Recuérdese al respecto el clima de tolerancia a las acciones de los paramilitares que se desprende de las medidas cautelares adoptadas por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recogida en la sentencia de tutela de la Corte Constitucional tantas veces ya aludida en este concepto.

Si bien **Orlando Espinosa Beltran** y **José Fernando Castaño López** no estaban en el teatro de operaciones y recibían los reportes por radio, ellos habían coordinado el movimiento concertado de tropas del Ejército y efectivos de la fuerza armada ilegal de autodefensas, de donde la idea del concierto no nació de Gordillo sino que este ya la encontró en ejecución al llegar a las instalaciones de la

⁸⁹ Folios 71 y ss cuaderno copia Nro. 16



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

unidad militar a recibir órdenes verbales ilegales siendo él encargado de ponerlo en marcha en el terreno; si todas las ordenes a impartir hubiesen sido legales no requería llegar a la base viniendo de Capurganá, sino que se hubiera podido quedar en la zona del operativo –ver al respecto lo indicado al referirnos a la demanda de la fiscalía- .

Ahora bien, en torno a los errores de apreciación probatoria del Tribunal que suponen situación de miedo o imposibilidad de actuar para los suboficiales **Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candía, Angel María Padilla Petro y Sabaraín Cruz Reina**, ellas solo pueden estructurarse si se olvida las obligaciones que legal y constitucionalmente corresponden a los mandos dentro de las Fuerzas Armadas en cuanto garantes del orden jurídico y de los derechos fundamentales de los asociados.

Se estaba en presencia de una orden impartida por un superior –patrullar conjuntamente con el grupo armado ilegal- que implicaba la comisión de un delito –Concierto para Delinquir- mandamiento ilegal que acarrea en su desarrollo omitir cumplir con la orden de operaciones que disponía combatir y neutralizar a dicho grupo armado ilegal, estar en la retaguardia del avance del grupo ilegal poniendo en riesgo a la población civil de violaciones de derechos fundamentales esperables, dados los públicamente conocidos antecedentes del accionar de la organización armada.

Debemos partir de la premisa que no hay orden ilegítima o ilegal de carácter vinculante u obligatoria, exclusivamente cuando una orden es legítima podemos hablar de un motivo de justificación, pues cuando se cumple una orden legítima, subjetivamente se entiende que se está cumpliendo con lo estipulado en la Constitución y las leyes; por el contrario si una orden es de tipo ilegítima o conduce a la comisión de un hecho punible, tiene la característica de no vinculante para el subalterno quien la recibe, pero si por el contrario el subalterno ejecuta



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

dicha orden no podría expresar que se encuentra dentro de las causa de ausencia de responsabilidad, salvo el caso que se esté obrando bajo un error de tipo invencible.

En un Estado Social de Derecho como el consagrado en la Constitución política, no pueden existir ordenes ilegítimas obligatorias. El Artículo 28 de la Carta Política expresa que únicamente se permite actuar contra una persona en virtud de "mandamiento escrito de autoridad competente, por motivos previamente definidos por la ley, emitido con las formalidades legales", lo cual significa que mediante mandamientos ilícitos no se puede interferir los derechos de las personas; de ahí que podamos concluir que quien cumpla una orden ilegítima con conocimiento pleno de la ilegalidad de la misma y lesiona un bien jurídico tutelado, o pone en peligro el bien para que sea lesionado por terceros, estaría en una situación de coparticipación como la reglada en el artículo 30 del Código Penal.

En este punto resulta conveniente, para mayor claridad de nuestra exposición, citar a la Corte constitucional en sentencia C-578 de Diciembre de 1995 quien sobre el tema en cuestión se pronunció de la siguiente manera:

"...se entiende que el deber de obediencia militar no es ciego, dado que si la orden es manifiestamente criminal, si el subordinado, sin mayores esfuerzos y conocimientos jurídicos entiende que la orden envuelve la ejecución de un delito o la violación de un derecho fundamental, no está obligado a cumplirla, y antes por el contrario en atención a su obligación de respetar las Constitución y las leyes, de respetar y defender a los ciudadanos, no debe darle cumplimiento."

Ahora bien para el caso que ocupa hoy nuestra atención el reglamento interno de las Fuerzas Militares -ley 836 de 2003- estipula:

"Artículo 31. Requisitos de la orden. Toda orden militar debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa"



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

“Artículo 33, inciso 2º. “Cuando el subalterno que la recibe advierte que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla y deberá exponer al superior las razones de su negativa”.

En consecuencia no solo los oficiales sino también los suboficiales eran garantes de que el operativo transcurriese con estricto acatamiento a los lineamientos legales, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la ciudadanía y sin connivencia con actor ilegal alguno. Pues si tal disposición de superior se presentaba, el oficial o suboficial debe evitar la creación del riesgo desaprobado por la ley so pena de responder como garante por la concreción de dicho riesgo si él se presenta.

Para llegar a estas conclusiones no se hace necesario recurrir a valorar la prueba de las declaraciones de Joel Jose Vargas Florez, rendida el 10 de febrero de 2009; Jose Orlando Acosta, rendida el 26 de agosto de 2009 y Guillermo Armando Gordillo Sanchez el 22 de enero de 2009, como pide el demandante, pues estas fueron practicadas después del cierre parcial de la instrucción referida a los aquí procesados –proferido el 11 de noviembre de 2008- de modo que no pueden ser apreciadas válidamente sin que con ello se viole el debido proceso.

Sólo los errores de hecho en el análisis de las pruebas -excepción de las declaraciones señaladas en el párrafo anterior que no pueden ser consideradas-, evidenciadas en la demanda, de casación del actor popular y de la Fiscalía, dan pie a la absolución de los procesados por los punibles de Concierto para Delinquir y Homicidio en Persona Protegida.

Por lo que en nuestro criterio los cargos deben prosperar.



CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Ninguna de las demandas hace alusión a las absoluciones por el punible de actos de barbarie, y como quiera que las demandas son el marco de referencia que limitan la competencia de la revisión de la sentencia recurrida en casación, no nos referiremos a si tal punible es residual o no, o si se tipifica en este caso concreto, no obstante lo interesante que dicho tema hubiese resultado para la jurisprudencia nacional.

5. ELEMENTOS IMPORTANTES QUE LLAMAS LA ATENCIÓN EN EL PRESENTA CASD Y EVENTUAL NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN PARCIAL

Como mínimo resulta extraño la falta de importantes piezas procesales en el expediente remitido al Ministerio Público para su concepto, tales como la definición de situación jurídica de los procesados **Orlando Espinosa Beltran, Jose Fernando Castaño Lopez, Edgar Garcia Estupiñan y Dario José Brango Agames** la que debía obrar a folios 141 a 174 del cuaderno copia Nro. 17 la que no se halló en el expediente.

La totalidad del cuaderno 21 original o copia, contentivo entre otros de la resolución de acusación proferida en contra de **Orlando Espinosa Beltrán, José Fernando Castaño Lopez, Alejandro Jaramillo Giraldo, Edgar Garcia Estupiñan, Jorge Humberto Milanés Vega, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Angel Maria Padilla Petro, Sabarain Cruz Reina, Dario José Brango Agames**, por lo que en aras de contar con la providencia se recurrió a la Fiscalía quien remitió copia a la suscrita para su conocimiento, la que anexamos al presente documento.

La totalidad del cuaderno Nro. 28 cuyo contenido desconocemos. Al igual que la totalidad de los audios de la audiencia de juicio de los que igualmente hace reclamo el actor popular.



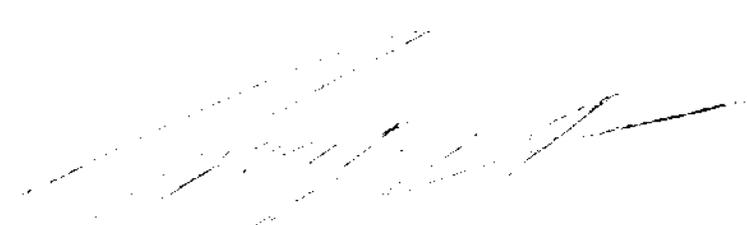
CASACIÓN 40.098
ORLANDO ESPINOSA BELTRAN y otros

Deprecamos a la Honorable Sala Penal de la Corte solicite la totalidad de la actuación al Juzgado Especializado de Antioquia que conoció de este proceso o al Tribunal del mismo Distrito Judicial. En caso de no estar disponibles las piezas procesales echadas de menos, disponer la reconstrucción parcial del expediente en aras de evitar eventuales nulidades, como quiera que de las mismas debe obrar copia en la fiscalía que adelanta aun investigaciones para otros indiciados en torno a estos mismos hechos.

6. PETICIÓN

En este orden de ideas, la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación solicita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia **CASAR PARCIALMENTE** la providencia impugnada para proceder a condenar a **Orlando Espinosa Beltran, José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayan Ortega, Ricardo Bastidas Candia, Angel Maria Padilla Petro y Sabaraín Cruz Reina**, por su responsabilidad como coautores en los punibles de Concierto para Delinquir Agravado en concurso con Homicidio en Persona Protegida.

Señores Magistrados,


ELDA PATRICIA CORREA GARCÉS
Procuradora Tercera Delegado para la Casación Penal

EPCG:CHML