

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA  
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA

Sentencia ordinaria No. 41  
Radicado: 2009-00015  
Procesado: Orlando Espinosa Beltrán y otros  
Delito: Homicidio en persona protegida y otros  
Ofendido: Luis Eduardo Guerra Guerra y otros

Medellín, agosto cuatro (4) de dos mil diez (2010)

A continuación se ocupa el Despacho en proferir la sentencia que ponga fin a la actuación que como **COAUTORES** por las conductas punibles de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, ACTOS DE BARBARIE y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**, se adelanta en contra de **ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, 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, DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ y EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN**, al no advertirse la presencia de nulidades que la invaliden.

**INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN**

**ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.197.331 de Bugalagrande – Valle, nació el 26 de mayo de 1964 en Bogotá D.C. Hijo de Pedro Pablo y Guillermina. Estado civil soltero, sin hijos. Grado de instrucción bachiller profesional en ciencias militares en el grado de Teniente Coronel del Ejército Nacional.

**JOSÉ FERNANDO CASTAÑO LÓPEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.495.194 de Armenia – Quindío, nació el 26 de abril de 1971 en Armenia – Quindío. Hijo de Francisco Javier y Consuelo. Estado civil casado con Gloria Duque, no tiene hijos. Grado de instrucción bachiller profesional en ciencias militares en el grado de Mayor del Ejército Nacional.

**HENRY AGUDELO CUASMAYÁN ORTEGA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.294.878 de Pasto – Nariño, nació el 2 de marzo de 1976 en Pasto – Nariño. Hijo de Miguel Ángel y Ema. Estado civil casado con Etna Nabelly Páez Rodríguez, tiene un hijo. Grado de instrucción bachiller y Suboficial del Ejército Nacional.

*Handwritten signature or initials*

**RICARDO BASTIDAS CANDIA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.088.697 de El Guamo – Tolima, nació el 6 de enero de 1980 en El Guamo – Tolima. Hijo de Luis Felipe y Alcira. Estado civil soltero, sin hijos. Grado de instrucción bachiller y Suboficial del Ejército Nacional.

**ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.940.498 de Cali – Valle. Nació el 5 de enero de 1982 en Cali – Valle. Hijo de Oscar y María Cecilia. Estado civil soltero, sin hijos. Grado de instrucción bachiller y oficial del Ejército Nacional.

**ÁNGEL MARÍA PADILLA PETRO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.749.407 de Montería – Córdoba. Nació el 20 de abril de 1976 en Cereté – Córdoba. Hijo de Ángel María y Claribel. Estado civil casado con Yeimi Arias Rodríguez, tiene dos hijos. Grado de instrucción bachiller y Suboficial del Ejército Nacional.

**JORGE HUMBERTO MILANÉS VEGA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.543.509 de Sincelejo – Sucre. Nació el 7 de septiembre de 1982. Hijo de Sacarías y Socorro. Estado civil casado con Nataly Lucuture, tiene una hija. Grado de instrucción bachiller y oficial del Ejército Nacional.

**SABARAIN CRUZ REINA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.923.566 de Riosucio – Caldas. Nació el 1º de marzo de 1978 en Riosucio – Caldas. Hijo de Sabarain y Nelly de Jesús. Estado civil soltero, sin hijos. Grado de instrucción bachiller y Suboficial del Ejército Nacional.

**DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.753.163 de Montería – Córdoba. Nació el 2 de marzo de 1976 en Montería – Córdoba. Hijo de Ángel y Liney. Estado civil casado con Gloria Yaneth Fandiño Martínez, tiene un hijo. Grado de instrucción bachiller y Suboficial del Ejército Nacional.

**EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.245.572 de Bogotá D.C. Nació el 5 de febrero de 1983 en Bogotá D.C. Hijo de Eccehomo y Dora. Estado civil soltero, sin hijos. Grado de instrucción bachiller y oficial del Ejército Nacional.

#### RELACIÓN FÁCTICA

Los hechos jurídicamente relevantes fueron narrados de la siguiente manera en la resolución de acusación:

*“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 DEYNER ANDRÉS 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 BOLÍVAR TUBERQUIA GRACIANO, su esposa SANDRA MILENA MUÑOZ POZO, sus hijos NATALIA de cinco años y SANTIAGO TUBERQUIA MUÑOZ de escasos dos años, junto con ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO alias "Cristo de Palo", en la vereda de La Resbalosa...".

#### LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Por los hechos ocurridos en el corregimiento de San José de Apartadó-Antioquia, zona rural, el veintiséis (26) de enero de dos mil nueve (2009), la Delegada de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario acusó a ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, 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, DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ y EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN, como coautores de las conductas descritas y sancionadas en el Código Penal, artículos 135 HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, 145 ACTOS DE BARBARIE, 340 y 342 CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

#### ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

En el desarrollo del foro público, los sujetos procesales presentaron la siguiente intervención final:

FISCAL: Pidió condena de acuerdo a la acusación para todos los procesados.

Aclaró que considera se presentaron actos de barbarie porque hubo personas que quedaron vivas después del contacto armado, dice que estaban los niños y el padre de ellos vivos pero no se les respetó su vida.

Dijo que hubo homicidio en persona protegida porque en los hechos murió personal civil, como son los siete ciudadanos además del miliciano de las FARC ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO alias CRISTO DE PALO.

Y según él se estructura el concierto para delinquir, toda vez que se demostró la participación de personal del Ejército con tropas de las Autodefensas en el recorrido desde Nueva Antioquia hasta el sitio de los hechos, de acuerdo a testimonios de los militares y paramilitares, como son UBER DARÍO YAÑEZ CAVADIAS, ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA, JOEL JOSÉ VARGAS FLÓREZ, ESAUT JOSÉ FERIA MARTÍNEZ.



Además dice que se deduce la existencia del concierto para delinquir, por la manifestación que hiciera el mismo CT GORDILLO acerca de las reuniones realizadas entre sus hombres y el grupo de paramilitares, el patrullaje conjunto y el haber acampado junto con las tropas del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ. Agrega que según UBER DARÍO no acamparon a distancia mayor y era perfectamente reconocible que unos eran del Ejército y otros de las AUC. Y el mismo UBER DARÍO explicó que las tropas del Ejército tienen otra presentación y armamento diferente a las AUC, que siempre han tenido armas AK47 mientras el Ejército cuenta con fusil Galil 5,56. Por lo anterior, concluye que se encuentra clara y evidente la participación de los militares durante varios días que compartieron con los paramilitares configurándose el concierto para delinquir.

Sostiene que la responsabilidad en los hechos es a título de autoría mediata respecto de los que no estuvieron en el sitio, como son el TC ESPINOSA y el MY CASTAÑO, y autoría directa de quienes estuvieron en el lugar de los hechos.

Dice que no se sustenta la responsabilidad de los procesados bajo la figura de la autoría mediata de Alemania, respecto a los aparatos organizados de poder, teniendo en cuenta que el Ejército Nacional es un organismo legalmente organizado, sino porque es creíble lo dicho por el CT GORDILLO, en el sentido que el TC ESPINOSA y el MY CASTAÑO lo hicieron ir hasta el Batallón para darle instrucciones de que tenía que pasar por el Cerro Castañeda donde había tropas de las AUC.

En cuanto a la responsabilidad penal de los restantes coprocesados indica que en el sector de Nueva Antioquia operaba antes el BLOQUE BANANERO en cabeza de HH, desmovilizado en noviembre de 2004, y de ahí la presentación de MELAZA dentro de este operativo con fuerzas del BCG33, quien era desmovilizado de ese bloque para la fecha de los hechos. Respecto a alias RATÓN y JONÁS dice que eran otros guías y quedó constancia en los libros del Batallón sobre su presencia.

Explica que A1 y B1 para el día 20 se separan para asegurar los dos objetivos, entonces siguieron acompañados por las tropas de la AUC hacia el Cañón de Mulatos y posteriormente a La Cooperativa, mientras que A2 y A3 se dirigieron hacia el Cerro Bogotá.

Continúa explicando que el señor BRANGO comandante de A2, dice que nunca vio personal al margen de la ley, y que mientras estuvo al mando el TT GARCÍA el orden era A3, A2, A1 y B1, mientras el CT GORDILLO dice que las coordinaciones estaban hechas desde el día 16 en horas de la mañana por BRANGO, MILANÉS, GARCÍA y CUASMAYÁN. Se sabe entonces que BRANGO era responsable de la coordinación del contacto de los militares con los paramilitares e hicieron esas coordinaciones el día 17 de febrero. Lo que dice se explica porque al haber llegado el CT GORDILLO en horas de la noche, tenía que estar todo coordinado, además aunque A2 y A3 tomaron otro rumbo, su participación es clara porque se encargaron de hacer dichas coordinaciones. Dice que miente el señor BRANGO cuando manifiesta que no se hicieron movimientos paralelos con las AUC y si afirma que tenía coordinación con el Batallón es porque tenía instrucciones precisas por el mando atrasado.



Asevera que no es normal el acompañamiento de las AUC, el mismo TT GARCÍA dice que en caso de contacto con los paramilitares se deben capturar y dar de baja, cosa que no existió, lo que es aún más reprochable cuando se trata de un teniente de varios años y que ha estado en el lugar de los hechos, puesto que podía reconocer que esas tropas que acampaban ahí con diferente fusil estaban ilegalmente armadas.

Expresa que B1 estaba comandado por el TT JARAMILLO y estaban los sargentos PADILLA PETRO y SABARAIN CRUZ REINA, y pertenecía a una compañía que era propiamente del CT GORDILLO, la cual fue enviada precisamente por la confianza que tenía este capitán con esas tropas para poder trabajar con miembros de las AUC.

Reitera que no hay razón para que digan los procesados que no conocían que estaban presentes los paramilitares, cuando la presentación y armamento son muy distintos. Afirma que el TT JARAMILLO falta a la verdad en muchas cosas y el hecho que se haya presentado ante alias OREJAS como el TT MILANÉS, pudo ser para que otras personas asumieran responsabilidades, ya que en la audiencia alias OREJAS hizo reconocimiento del TT JARAMILLO como el TT MILANÉS, que le fue presentado como quien trabajaba con el CT GORDILLO. Mientras que el CT GORDILLO dijo que siempre el TT JARAMILLO estuvo al lado y tenía funciones de reemplazante, aduciendo que tuvieron coordinaciones y trabajo conjunto AUC y miembros del Ejército, pese a que el procesado diga que no.

Respecto de PADILLA PETRO dice que le asiste responsabilidad porque era Comandante de escuadra de B1, que iba a apoyar a ANZOÁTEGUI porque le faltaba un pelotón. Alcanzó a manifestar que delante de B1 iban los paramilitares.

En cuanto a SABARAIN CRUZ REINA que también es de B1 y pertenecía a la segunda escuadra, dice que no conoció las tropas paramilitares, lo que no resulta aceptable dada su amplia experiencia como militar.

Sobre A1 y el TT MILANÉS VEGA, que estaba asistido por HENRY CUASMAYÁN y RICARDO BASTIDAS, dice que ANZOÁTEGUI estaba desde enero en la zona, que sí hubo paramilitares adelante con el comandante VEINTIUNO, detrás iba B1 y al final A1. Aceptó el armamento que llevaban. Dice que el 21 de febrero escuchó un combate y dos detonaciones y que los movimientos en todo el trayecto se hicieron de día. Refiere que el CT GORDILLO afirmó que en las coordinaciones también participó MILANÉS y éste ha aceptado la presencia de HÉROES DE TOLOVÁ, pese a la poca experiencia que tenía en la parte operacional.

En cuanto a CUASMAYÁN dice que tiene mucha experiencia operativa y era fácil para él conocer la participación en los hechos de tropas ajenas al Ejército Nacional. Similar consideración realizó sobre BASTIDAS, quien dice tenía suficiente experiencia para ello.

Alude al TC ESPINOSA, quien ha sostenido que no conoció sobre el desplazamiento de fuerzas armadas ilegales y que el uso de guías está

establecido y los comandantes de pelotón debían tener conocimiento sobre ellos. Afirmó la fiscalía que le correspondió al Ejército tener el control sobre el área, respetar la vida de los civiles al margen del conflicto y además el mismo ESPINOSA mandó que el CT GORDILLO se desplazara hasta la sede del Batallón cuando efectivamente no había necesidad, pues el Coronel GÓMEZ AMAYA hizo recordar que no se requería que el comandante de compañía fuera hasta el Batallón cuando las órdenes eran claras y precisas y se tenían que cumplir de acuerdo a la orden de operaciones de la Brigada. Concluye que si todo era tan claro no se requería que GORDILLO fuera hasta allá.

Sobre el MY CASTAÑO dice que no conoce la identidad de los guías, lo que deja un margen de duda y mentiras en su declaración, pues los transportó y los entregó. Argumenta el fiscal que era el S3 del Batallón, la persona que tenía a cargo recibir los reportes de comunicación de las tropas y saber dónde estaban ubicadas, recordando que el CT GORDILLO dijo que también recibió instrucciones del Mayor respecto a que tenía que pasar por un sitio donde estaban asentadas las tropas del Bloque Héroes de Tolová y que esas coordinaciones las hizo saber él por radio.

MINISTERIO PÚBLICO: Refiere que está demostrada la materialidad y responsabilidad en la conducta punible, por lo que solicita se condene a los procesados de acuerdo a los términos de la acusación.

Dice que los actos de barbarie quedan demostrados al haber sido desmembrados varios de los inmolados en sus miembros superiores e inferiores y uno de ellos su cabeza. Y asevera que el concierto para delinquir se estructura al haber estado concertados los procesados para la comisión de todo tipo de delitos con los paramilitares.

En cuanto a responsabilidad, afirma que se demostró que los procesados hacían parte de una operación militar a nivel de Brigada y además se cuenta con la declaración de los paramilitares, quienes indicaron la forma como ocurrieron los hechos y quiénes fueron autores directos de los mismos.

Aduce que la declaración que mayor claridad ha dado, ha sido la de alias KIKO, integrante del grupo HÉROES DE TOLOVÁ, quien admite haber participado en los hechos y señala qué otros miembros de las AUC participaron, y además hizo un croquis sobre los sitios en donde se encontraron con las fuerzas del Ejército entre el Cerro Castañeda y La Cooperativa, muy cerca de donde se presentaron los hechos; dijo cómo se hizo el desplazamiento conjunto con el Ejército; señaló que el contacto con los militares lo hacía ALEJO, quien mantenía información sobre la actuación del Ejército o hacía el enlace para pedir el guía que era alias RATÓN que había sido miembro del BLOQUE BANANERO.

Concluye que ha existido de tiempo atrás una permanente relación del grupo ilegal con personal del Ejército y en este último operativo no se presentó el encuentro por mera casualidad, sino que fue orquestado ese contacto tiempo antes y desde Nueva Antioquia.

Dice que alias PIRULO en ampliación de indagatoria relató los pormenores



de cómo se realizó el apoyo al personal del Ejército en el Cañón de Mulatos y del encuentro en el Cerro Castañeda entre HÉROES DE TOLOVÁ y las tropas, los caminos que recorrieron y la muerte de los civiles.

También refiere que el comandante VEINTIUNO u OREJAS admite haber patrullado con tropas del Batallón de Infantería Vélez (en adelante BIVEL), y dijo que en Nueva Antioquia se encontraba ALEJO, quien lo llamó indicándole que los primos querían hablar con él; además relató que se reunieron con BRANDO y el CT GORDILLO y los militares durmieron esa noche en el Cerro Castañeda, hablaron y acordaron que iban a salir juntos hacia arriba, habló con el Capitán MILANÉS y acordaron que los paramilitares irían adelante y ellos atrás, narrando la forma como se dio muerte a las personas civiles y afirmando que los comandantes, incluido GORDILLO, acordaron que tenían que dar muerte a los niños.

Refiere que ante la contundencia del vínculo existente entre militares y paramilitares, el CT GORDILLO en ampliación de indagatoria se ratifica bajo la gravedad del juramento del señalamiento que hace en contra de sus superiores y subalternos; expone que se reunió con el TT GARCÍA, quien le dijo que un día antes había ido el S3, le había llevado los guías, las órdenes y las cartas de situación, llegando los guías con personal de B1 a Nueva Antioquia; dice que se reunió el S3 con los comandantes de pelotón y les impartió órdenes y cuando él llegó se enteró que GARCÍA coordinó con BRANGO la subida a Castañeda con 11 hombres para hacer las coordinaciones con los paramilitares, pero como eso no le quedó claro le consultó al S3 y este le dijo que GARCÍA ya había coordinado con HÉROES DE TOLOVÁ. Continúa resaltando que GORDILLO relata las reuniones con los paramilitares y sobre los hechos dijo que el 21 de febrero escucharon unas explosiones, luego se enteraron que habían matado una gente y habían hecho unas fosas y cuando pasaron por la casa ya sabían eso y que la orden la había dado CUATRO CUATRO.

De otra parte indica que MILANÉS acepta que cuando llegaron al Cerro de La Hoz comenzaron a ver uniformados con armamento diferente al que llevaban ellos, se acercó a GORDILLO y este le dijo que si iba a trabajar o no, él le dijo que no le gustaba como estaban las cosas ni el personal que iba con él, pero aduce que no tenía otra opción que cumplir órdenes.

Argumenta que para ser autor o partícipe de un delito no es necesario ejecutar el verbo rector de manera directa, ya que existen formas de actuar que comprometen la responsabilidad de una persona como el caso de la coautoría impropia, que emerge cuando hay un dominio funcional del hecho, una división de trabajo, un aporte significativo y media un plan común.

Cita que la jurisprudencia internacional para la antigua Yugoslavia ha identificado tres variables de la empresa criminal conjunta: i) Los casos en que un grupo de personas comparten la intención de cometer un crimen de derecho internacional, los coautores pueden llevar distintos roles, no tienen que ser por el mismo motivo, la aportación puede consistir en cualquier ayuda y es suficiente una contribución en la fase de preparación. ii) Los casos de concertación, incluye los crímenes cometidos por grupos de militares o políticos dentro del sistema de



maltrato, se requiere que se pueda afirmar la existencia de un sistema para el maltrato de prisioneros, el autor debe participar activamente en la implementación de este sistema represivo, se requiere conciencia del sistema y que se actúe con la intención de apoyarlo. iii) Los supuestos en que uno de los autores comete un exceso que va más allá del plan común, al resto de los intervinientes se les imputa si son consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan, el interviniente debe haber aceptado de forma consciente el riesgo de la consecuencia, o por lo menos debe haber sido indiferente.

Indica que se ha dicho por los acusados que nunca se dieron cuenta de la presencia de las AUC, los únicos que los vieron fueron GORDILLO y MILANÉS, afirmación que no le merece ninguna credibilidad pues no es posible que toda una compañía hiciera presencia y solo dos personas se percataran de ello.

Frente a las manifestaciones de MILANÉS, dice que la obediencia debida ciega es rechazada jurídicamente, pues el subordinado debe abstenerse de acatar la orden cuando sea manifiestamente ilegal, al respecto cita el fallo de tutela T-363 de 1995, en el que la Corte Constitucional señala que el subordinado no está obligado a actuar contra su conciencia, pues las relaciones de mando y obediencia rechazan el abuso del poder y el desorden en las filas por igual.

Concluye que está claro que los militares que estaban en el lugar de los hechos deben ser condenados por los delitos por los que se les acusó, pues aunque quienes cometieron los crímenes fueron los paramilitares, se demostró con creces que este grupo siempre estuvo acompañado por miembros del BIVEL y son los mismos paramilitares quienes indican que contaban con el beneplácito del Ejército, habiéndose ratificado el propio CT GORDILLO bajo la gravedad del juramento en su participación con las Autodefensas y el desplazamiento conjunto, sin que el TT MILANÉS desconozca dicha situación. Y resalta que inclusive continuaron en su mancomunada marcha luego de la comisión de los homicidios, aunque todos los militares eran conscientes de su presencia y los podían distinguir por la vestimenta y armamento.

Dice que la responsabilidad no puede recaer únicamente en el CT GORDILLO sino también en sus superiores TC ESPINOSA y MY CASTAÑO, ya que el primero ha hecho señalamientos directos en contra de ESPINOSA al decir que recibió instrucciones directas en el Batallón, e igualmente dijo que CASTAÑO dio instrucciones a los comandantes de pelotón y les comunicó por medio radial y por celular lo ocurrido. Además, GORDILLO explicó que las coordinaciones ya estaban hechas cuando llegó, siendo claro, coherente, creíble, sin interés alguno en perjudicar a los acusados, pues no existe constancia que tuviera alguna clase de divergencia con ellos.

Señala que no es suficiente impugnación en contra de GORDILLO que sea autor de los hechos, pues la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no por esa sola situación se puede desestimar un testimonio, cita sentencia del 10 junio de 2009, radicado 21.749, M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Afirma que la actuación de los procesados queda inmersa en la figura de la *posición de garante*, refiriendo a una conducta omisiva impropia que tiene al

garante como sujeto activo cualificado, que se da en los casos en que a pesar de no haber causado el resultado se incumple el deber jurídico de impedirlo, mediante una omisión que puede ser dolosa (en los delitos de omisión impropia supone el conocimiento de la posición de garante y la situación típica e intención de omitir la acción debida) o culposa (la no toma imprudente o negligente de las medidas necesarias para que no se produzca la lesión del bien jurídico protegido).

Señala que el TC ESPINOSA y el MY CASTRO tenían conocimiento de la colaboración que los paramilitares iban a prestar al BIVEL, según lo manifestado por el CT GORDILLO y en consecuencia de ello fue que los acontecimientos les fueron imputados disciplinariamente por la Procuraduría, diciendo que: "El TC ESPINOSA impartió su aceptación y complacencia para la intervención paramilitar, lo que permite deducir que guardaba vínculos o nexos con ese grupo, que según PIRULO, MELAZA, KIKO tenían su dominio en la jurisdicción asignada al BIVEL".

Afirma que el superior jerárquico debe responder por crímenes de las tropas bajo su control cuando sabía, debía haber sabido o hizo caso omiso de la información que lo llevaba a conocer de los crímenes y a pesar de ello no tomó las medidas razonables necesarias para su prevención, de acuerdo al artículo 28 del Estatuto de Roma.

Y además, el Estado debe ser garante (competencia institucional) cuando se trata de deberes irrenunciables en un estado democrático de derecho, como la defensa de la vida de todos los habitantes, por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que recaiga en concreto sobre su ámbito de competencia el deber de proteger a las personas, de conformidad con la Corte Constitucional en sentencia SU-1184 de 2001.

ACTOR POPULAR: Afirma que los hechos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó se inscriben en una serie de actuaciones de carácter sistemático y masivo que permiten darles el carácter, conforme al Estatuto de Roma, de crímenes de lesa humanidad, dentro de una clara política de exterminio.

Cita que desde el año 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington otorgó a sus miembros medidas de protección, que en vista de su ineficacia motivaron que el 9 de octubre de 2000, por parte del Presidente de la Corte, se otorgaran medidas de carácter provisional de mayor entidad y que permiten señalar el nivel de incumplimiento de las autoridades públicas en la protección a sus habitantes. Además, el día 24 de noviembre de 2000 se emitió una segunda resolución en la cual la Corte insta al estado colombiano para que realice operativos efectivos a fin de reprimir la acción de paramilitares y se ordene a los agentes del estado que no colaboren con ellos. Y en resolución del 18 de junio de 2002 la Corte se refirió a una asociación criminal entre militares de la Brigada XVII y paramilitares. El día 17 de noviembre de 2004 en el marco de las medidas cautelares que venían funcionando desde el año 2000, la Corte indicó que se han denunciado graves actos de violencia paramilitar y el creciente control de esos grupos en la región que cuenta con la tolerancia del estado. Lo anterior, concluye, quiere decir que previo a los hechos investigados había cuatro resoluciones que ponían de presente un aparato organizado entre paramilitares y militares.



Continúa refiriendo que el 15 de marzo de 2005 se realizó una nueva audiencia de la Corte, convocada en enero de 2005, días antes de la masacre, donde se indica que LUIS EDUARDO GUERRA, una de las víctimas de los hechos del 21 de febrero, fue detenido por miembros de la Brigada XVII quienes lo acusaban de ser una persona sospechosa. Dice la Corte que el 1º de febrero el señor OTALIVAR TRIANA fue amenazado de muerte por un reconocido paramilitar que en diversas ocasiones ha cometido actos contra habitantes y patrullaba conjuntamente con miembros de la Brigada XVII. Estos hechos, según expresa, plantean la operatividad de esa Brigada con guías vestidos con prendas militares y portando armamento militar, luego ese no es un hecho nuevo, puesto que existían una serie de antecedentes que permiten inferir el funcionamiento de un aparato organizado entre militares y paramilitares del BLOQUE BANANERO y HÉROES DE TOLOVÁ con actuaciones subrepticias, clandestinas y anónimas.

Resalta que en la Sentencia T-327 de abril 15 de 2004, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, se dice que se actúa, entre otros, en nombre de LUIS EDUARDO GUERRA GUERRA, personas contra las que se dirige un plan de desprestigio para acabar con la comunidad a la que pertenecen, acusando a los líderes de varios crímenes para que la fiscalía los capture, y si no lo hace, enviando a los paramilitares para que los asesinen más rápidamente, amenazas que son provenientes de la Brigada XVII.

Luego afirma que se puede concluir que existía un contexto de amenazas previas en contra de una de las víctimas y a nivel general en contra de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

Señala que la Corte Constitucional resolvió que el Comandante de la Brigada XVII; o quien haga sus veces, responde por las actividades del personal bajo su mando y por las omisiones en que este incurra, es decir, se le reconoce la posición de garante respecto de los derechos de la Comunidad de Paz. Es decir que no se trata de un deber genérico de garantía, sino de la posición de garante en cabeza de los integrantes de la Brigada XVII, por decisión de la Corte Constitucional actuando como juez de tutela.

Resaltó que el accionar conjunto de militares y paramilitares fue previamente concertado, adujo que no fue un hecho fortuito o casual, sino un hecho deliberado donde servidores públicos decidieron distorsionar la función pública para poner las instituciones del estado al servicio de la criminalidad. Explica que se dice que fue previamente concertado, porque desde el año 2000 militares y paramilitares actuaban conjuntamente, habiendo declarado el MY GONZALO GÓMEZ, que entre el día 20 y 23 de febrero de 2005 no se reportó ningún problema en la entrega de abastecimientos a las tropas que se encontraban en el terreno, lo cual resulta importante porque en versión libre ante Procuraduría el TT MILANÉS señaló que antes que llegara el CT GORDILLO ellos reportaban las coordenadas como si ya hubiera empezado la operación, lo que hacía el TT JARAMILLO por orden del CT GORDILLO, reportándolas en puntos más atrás de donde realmente estaban, puntos a los que demoraban dos horas en llegar, luego hay que preguntarse si CASTAÑO y ESPINOSA tenían coordenadas erróneas cómo hicieron para que el abastecimiento llegara sin error y sin



equivocación, luego en el mando atrasado se tenía conocimiento de la ubicación real de las tropas en el terreno en un claro fraude procesal; además dice que el SG JOSÉ ALEJANDRO BALLÉN fue claro al explicar que para que existieran comunicaciones entre radio y radio se hacía necesario compartir las claves de acceso y seguridad, hecho que solo se podía hacer desde Bogotá, por lo que se cuestiona entonces cómo podían escuchar las comunicaciones entre sí sino era porque se compartieron previamente las claves y los códigos.

Agrega que se puede observar la figura del autor mediato por el dominio de la voluntad en los aparatos organizados de poder, pues es claro que a través de radios de los paramilitares se establecían comunicaciones entre dos unidades militares, lo que dijo MELAZA. Y aduce que estamos hablando de radios del BLOQUE BANANERO y HÉROES DE TOLOVÁ, por lo que no se trata de que el día 17 de febrero le dio a un oficial loco por llegar a Nueva Antioquia a establecer acuerdos con los paramilitares, sino que con anticipación los códigos fueron compartidos, suministrados y programados, hecho sumamente grave si se tiene en cuenta que dichas acciones solo pueden hacerse a nivel de la Brigada y del comando del Ejército, lo que lo lleva a concluir entonces que la responsabilidad inclusive no es solamente del TC ESPINOSA.

En relación con la concertación previa, dice que resulta oportuno citar lo manifestado por el CT GORDILLO, quien dijo que el SG BRANGO ya había hablado antes con los integrantes del Bloque y los reunió con sus comandantes, quienes les informaron que conocían el terreno, sabían de campamentos y saldrían con ellos, y que la operación ya se había coordinado desde antes y con los comandantes. Además cita que JOEL JOSÉ VARGAS y UBER DARÍO YÁÑEZ dijeron que existía una base permanente de los paramilitares en Nueva Antioquia y desde el mes de enero se encontraban los militares desarrollando operaciones allí, por eso según dice, la connivencia y complicidad viene a ser anterior. Ello aunado a que alias don BERNA en su versión ante justicia y paz señaló que esto había sido una acción previamente concertada.

Sostiene también que la acción de militares y paramilitares correspondió a un mismo designio criminal, porque entre el 17 y 23 de febrero de 2005 unidades del BIVEL, comandadas por los procesados, patrullaron y pernctaron de manera permanente con miembros de estructuras paramilitares. Dice que es claro, según lo relatado por el CT GORDILLO, que se trasladó hasta las instalaciones del BIVEL donde recibió instrucciones del TC ESPINOSA quien le indicaba su deber de coordinar con las AUC, además de la existencia de la orden a nivel de Brigada de llevar guías, que no son lo mismo que el soldado campesino, según indicó el MY GONZALO GÓMEZ aclarando que un guía no puede llevar armas de uso privativo de las fuerzas militares. Ante ello se pregunta por qué razón si era legítimo llevar guías con las tropas, dicha orden nunca se plasmó por escrito en las órdenes de operaciones.

En relación con el desplazamiento conjunto y el dormir juntos, dice que elocuentes son los testimonios del CT GORDILLO y el ST MILANÉS, habiendo dicho éste último que se enteró que eran paramilitares por comentarios que se hacían entre el CT GORDILLO y diferentes miembros de la tropa que tenía a cargo. Y también está el testimonio de EDISON GALINDO MARTÍNEZ, quien

indicó que estaban en un punto de Rodosalí y ahí llegaron los miembros del Ejército y estuvieron con ellos durante dos o tres días. O la declaración de FRANCISCO JAVIER GALINDO MARTÍNEZ, quien dice que pidieron guías y de ahí mandaron a PIRULO con una tropa. Y las declaraciones de HENRY DE JESÚS PALOMINO ÁLVAREZ, ROGER DARÍO MUÑOZ HERNÁNDEZ, UBER DARÍO YÁÑEZ CAVADIAS, entre otros, luego está claro que militares y paramilitares actuaron conjuntamente, a partir de clara prueba testimonial no refutada.

Por lo anterior, dijo considerar que es un imposible fáctico que los demás enjuiciados nunca vieran a los paramilitares patrullando con ellos. Además, cita que el TT MILANÉS dice que era el cierre o quien prestaba seguridad a nivel de las tropas en el último lugar, luego se pregunta por qué razón si él era el último que iba y pudo observar a los paramilitares, los que iban en el medio y adelante no los pudieron observar.

Aunado a lo anterior, refiere que DIEGO FERNANDO MURILLO dice que al hablar con PIRULO estos manifiestan que fue un hecho desafortunado, pero quien dio la orden de matar a los niños fue un miembro del Ejército. Y EDISON GALINDO dice que ellos se replegaron hacia atrás cuando el Ejército se tomó el lugar y no los dejó bajar. Mientras que ROGER HERNÁNDEZ dice que hubo otra discusión porque no se podían dejar vivas las personas porque embalaban al Ejército, el papá de los niños le dijo al Comandante del Ejército que lo iba a denunciar, entonces fue cuando mandaron a que los mataran.

Dice que MILANÉS explicó que el pelotón que iba bajo su mando escuchó las detonaciones, el CT GORDILLO le ordenó seguridad en la parte alta, y la tropa de él se quitó los equipos, los dejó donde iban y agilizaron el paso. Luego concluye que claramente iban a salir al encuentro de los paramilitares. Continúa diciendo que la tropa de B1 comentaba los hechos y los cuadros del CT GORDILLO se dirigían a él y le decían que lo que estaban haciendo estaba mal hecho. Así que sostiene que el conocimiento inmediato de lo sucedido fue de los diferentes cuadros del pelotón que participaron en los hechos, no fue solo del CT GORDILLO.

En relación con la ubicación de las tropas en el terreno, compactadas con los paramilitares, recuerda que JOEL JOSÉ VARGAS indicó que ello fue así inicialmente y luego el Ejército iba atrás. Luego concluye que claramente existió una empresa criminal donde el Ejército Nacional garantizaba la seguridad y el libre ingreso de los paramilitares a fin que pudieran desarrollar su acción criminal, así que la capacidad de mentir al decir que no vieron a los paramilitares, se refleja en las declaraciones de JOEL JOSÉ VARGAS.

Agrega que inclusive con posterioridad a los hechos se adoptaron medidas tendientes a su ocultamiento y encubrimiento, mientras el día 23 de febrero de 2005 la Comunidad de Paz públicamente denunció que la masacre donde había sido asesinado uno de sus mayores líderes, había sido la obra conjunta de militares, con paramilitares, inmediatamente el Ministerio de defensa, la Presidencia y Vicepresidencia elaboraron un INSITOP donde señalaban que las tropas se encontraban a 3 y 7 días de donde habían ocurrido los hechos, que



tenían como base las coordenadas que el TT JARAMILLO venía impartiendo de manera alterada por instrucciones del CT GORDILLO, con el propósito de garantizar la impunidad y encubrir a los victimarios. Además, resalta como grave el hecho de la compra y manipulación de testigos, como lo puso de presente un declarante en la audiencia pública y que miembros del Ejército recibieron dinero de comandantes paramilitares como HH para pagarles a testigos que declararon que la masacre había sido ejecutada por las FARC, como el caso del señor APOLINAR GUERRA GEORGE, quien inicialmente señaló que LUIS EDUARDO GUERRA estaba pensando en desertar de la Comunidad de Paz, pero al ser objeto de ampliación con claridad señaló cómo recibió tiquetes aéreos para viajar a Bogotá, se le dio vivienda durante 6 meses y el Coronel DUQUE le ofreció prebendas para efectos que desviara las investigaciones.

Se condele que se trató del asesinato cruel, despiadado y bárbaro de personas que no portaban ningún tipo de armamento, siendo para él un claro acto de barbarie que se degüellen niños y se descuarticen adultos para causarles la muerte, lo que en su concepto constituye una afrenta contra la conciencia ética de la humanidad y son crímenes que por sus características rompen los mínimos de civilidad.

Solicitó se tenga en cuenta el tema de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de febrero de 2010, radicado 32.805, única instancia, donde precisó que los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes como autores mediatos, a sus coordinadores, como a los directos ejecutores o subordinados, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve a la impunidad.

Agrega que aunque podría pensarse que se viola la congruencia, al ser llamados a juicio como coautores y pidiendo que se condenen por autoría mediata, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no es así, porque no se agrava la situación del procesado en cuanto apareja la misma consecuencia punitiva.

Recuerda que la Corte ha indicado que se requieren tres presupuestos para plantear que los responsables de concierto para delinquir responden por crímenes de lesa humanidad: que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad -lo que es reconocido respecto de paramilitares-, que sus integrantes sean voluntarios -no existe una sola constancia donde hayan planteado que estaban obligados y denunciaron al CT GORDILLO por las órdenes impartidas- y que la mayoría de los miembros de la organización debieron ser conscientes de la naturaleza criminal de esta.

Cita también el caso de las masacres en contra de Alberto Fujimori en el Perú, donde se dice que no es necesario que exista una disposición expresa en la cual se ordene el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato, pues es claro que no va a aparecer una orden ilícita en el marco de una orden de operaciones, pero el jefe puede confiar en su ejecución por el autor directo que resulta fungible.



Menciona que el TT MILANÉS dijo que las bajas son las muertes de personas al margen de la ley en combate, y GORDILLO le reclamó si era que no iba a trabajar, agrega que le resultaba casi imposible oponerse porque no sabía quién más estaba involucrado en eso. Luego el mismo MILANÉS tenía dudas de cuáles eran los hombres de atrás que estaban dirigiendo esa acción criminal, en sus palabras, qué otra persona de un grado mayor que GORDILLO podía estar involucrado. Entonces, él mismo, en su concepto, deja en claro que existía un aparato organizado de poder y que el hombre de atrás estaba determinando a sus ejecutores en el terreno. Pero sobre esa base la doctrina citada ha dicho que son responsables todos los niveles de mando.

Dice que es claro el poder de mando de los procesados y también el segundo elemento que es la desvinculación del ordenamiento jurídico por parte del BIVEL. Sostiene que los procesados ayudaron facilitando el avance y la ejecución de los hechos por parte de los paramilitares, colaboración promovida desde el comando del BIVEL. Entonces, concluye que el autor mediato se hace responsable de lo que facilitó, promovió y determinó, agregando que resulta claro que se consintió que esos crímenes se cometieran con el propósito de librar una derrota sufrida días atrás por miembros del Ejército Nacional, y pidiendo que se de aplicación a la ley 744 de 2002, que incorpora el Estatuto de Roma a la legislación colombiana y en especial el artículo 28 que habla de la responsabilidad de mando.

En conclusión, solicita se emita sentencia de condena en contra de los procesados en los términos en que fueron acusados por la Fiscalía General de la Nación.

EL VOCERO DEL PROCESADO JORGE MILANÉS: Solicita se declare inocente al procesado, puesto que actuaba en una operación de Brigada, con unos objetivos específicos, era su primera operación y apenas llevaba un año en servicio.

Dice que ha sido enfático el procesado en señalar que delante de ellos iban miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ y por orden del CT GORDILLO él se desplazaba atrás, expresando que desconocía las intenciones y objetivos de los paramilitares, aclarando que su desplazamiento se hizo de manera separada con los paramilitares y sin mezclarse con ellos, situación que tampoco le consta se haya presentado respecto de otros pelotones, pues en todo caso desde el Cerro de La Hoz no volvió a ver a los miembros de las Autodefensas, agregando que desconoce si con GORDILLO se hizo coordinación o acuerdo de alguna naturaleza y que no se dio cuenta de los hechos, puesto que su pelotón A1 ningún contacto tuvo con civiles y mantenía una distancia de 30 minutos con el otro pelotón, tratándose de un terreno quebrado, boscoso y de poca visibilidad, habiendo recibido la orden del CT GORDILLO cuando se escucharon las explosiones de que se asegurara la parte alta.

Dice que la parte acusadora ha querido exponer que la doctrina de la orden superior no exime de responsabilidad al procesado, pero es que aquí no hay obediencia debida porque el ST MILANÉS no recibió la orden de cometer ningún delito, sino solamente de desplazarse atrás con su unidad y resguardar la retaguardia del eje de avance.

Además dice que es entendible que el ST MILANÉS no denunciara a tiempo esa irregularidad, por lo que solicita que la judicatura analice las razones expuestas por el procesado para no haber denunciado lo ocurrido, que de acuerdo al vocero solamente configura el punible de omisión de denuncia.

Señala que es absurdo pretender que los militares y paramilitares pernoctaban juntos, porque se desconoce la extensión en hectáreas del cerro, luego no se puede concluir que durmieron unos encima de otros, por lo tanto, estando demostrado por perito traído a la audiencia que era sumamente boscoso el cerro por donde se estaban desplazando los militares, resulta claro que a más de cinco metros no se podía divisar y mucho menos en la oscuridad.

Afirma que no era necesaria la presencia militar para que el grupo de paramilitares bien dotado pudiera asesinar a los adultos y los niños. Reitera que no resulta determinante ni elemento eficiente la presencia de los militares para el resultado. Ese resultado se podía producir por exclusivo ejercicio paramilitar.

Y manifiesta que en el proceso no se ha señalado con precisión cuál es la acusación: si es haber patrullado con los paramilitares, haber omitido denunciarlos, o haber asesinado a las personas.

Reclama que los autores materiales y directos del asesinato no fueron traídos a este juicio y que el único oficial reconocido por haber participado en ese acto como tal, se fue por sentencia anticipada, de manera que han traído a los procesados para tratar de encubrir la incapacidad probatoria respecto de la causalidad de la acción militar respecto de los homicidios.

Llama la atención en que el resultado mismo fue extraño para todos y fue un resultado circunstancial como lo narran todos, porque para los militares era desconocido que los paramilitares iban a matar a los niños y a sus padres. Es más, ni los mismos paramilitares lo sabían. Además dice que está documentado que el bloque que históricamente hacía presencia en la zona se había desmovilizado y el territorio lo ocupaban miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ que desconocían la zona, y por eso es que estos hechos resultan ocasionales, ningún paramilitar quiere asumir responsabilidad y paradójicamente descargan su responsabilidad en personas que están todas muertas, como lo hace el comandante del bloque quien dice que en ese momento se retiró a otro sitio.

De manera que infiere que estos hechos nunca se concertaron antes, ni entre los mismos paramilitares, como consta en sus versiones, siendo esa la razón por la que llaman a consultar a sus jefes en el momento mismo en que se ejecutó el asesinato de los niños. Esta simple razón, según su concepto, echa por tierra la pretensión de construir un acuerdo criminal previo entre el grupo paramilitar y el BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ para que estos ultimaran a los niños y sus parientes.

Señala que para que una persona pueda ser considerada responsable de un delito se exige su voluntad incondicional de realizarlo, según ha dicho la Corte



Suprema de Justicia, en casación del 22 mayo de 2003 dentro del radicado 17.457. Y sostiene que aquí no se puede afirmar que los militares unieron su voluntad para realizar el asesinato de los niños y sus padres, eso nunca se demostró en el proceso, habiendo sido demostrado lo contrario, todos los testigos permiten concluir que nunca se acordó ese asesinato.

Agrega que hay autores mediatos y determinadores plenamente establecidos en el proceso, que de ninguna manera vinculan a los militares con los procesados, puesto que simplemente se hizo desplazamiento por el terreno durante unos días, lo que no significa que todos los miembros militares los hayan visto, menos que hayan pernoctado juntos, o que se concertaran para asesinar. En estos temas, aduce, no se pueden hacer conjeturas como lo manda la doctrina del dominio del hecho.

Argumenta que al adoptar un concepto subjetivo de autor, la doctrina de los tribunales internacionales ha señalado que la persona debe compartir el deseo de que se consumen los delitos pactados, es decir, la existencia de un *dolus specialis*. Además, si la acusación es como determinadores, debió demostrarse la autoría intelectual para el asesinato y eso nunca se hizo. Resalta que el principio constitucional de responsabilidad penal por el hecho propio, señala que cada autor responde por lo que quiso y lo que hizo, y es claro que los militares desconocían que el asesinato ocurriría y nunca lo quisieron. Asevera que en derecho no es dable responder penalmente por acciones de las que se desconoce su ocurrencia y por tanto salen de la esfera o ámbito volitivo del sujeto, lo que se denomina principio de culpabilidad, según el cual se responde por el propio aporte al hecho y no por la ejecución ajena.

Argumenta que no hay prueba que demuestre que el TT MILANÉS estuvo en el sitio donde se asesinaron a los niños y sus padres, ni que se concertó con ese fin. Y es que dice hay que separar, que se hayan apoyado los militares para el desplazamiento en paramilitares por razón de la inseguridad de la zona, como lo señala el mismo CT GORDILLO, acción que configuraría un tipo penal distinto a los deducidos, porque los paramilitares iban adelante y a tanta distancia que el comandante de los paramilitares dijo que el combate duró 20 a 25 minutos y solo 5 minutos después llegaron los militares al sitio, lo que implica que los miembros del Ejército no tenían el codominio funcional del hecho (no podían desistir del hecho), luego no se puede tratar de la misma manera a quienes ejecutaron materialmente el hecho y a los militares.

Sostiene que una cosa es el patrullaje conjunto y otra el asesinato de los civiles, pues reitera que la presencia militar en la zona no era necesaria, eficiente o determinante para que ocurriera lo segundo, porque tanto guerrilla como paramilitares han cometido cientos de delitos en la zona sin necesidad de hacerse acompañar del Ejército.

Dice que el hecho de que el Comandante de una compañía admita haber patrullado con los paramilitares, sin conocimiento de algunos de los miembros y oposición de otros, no permite deducir responsabilidad en contra de ellos a título de concierto para delinquir. Se cuestiona cuál era el supuesto acuerdo entre militares y paramilitares, se pregunta si sería garantizar el acceso de los



paramilitares a La Resbalosa como se ha querido, para concluir que no, porque las Autodefensas de tiempo antes estaban en la zona. Y resalta que el concierto agravado tiene unos fines específicos que no fueron demostrados por la fiscalía.

Agrega que está probado en el proceso que LUIS EDUARDO GUERRA quería evadirse de la zona y tenía conversaciones con el Coronel DUQUE para ello, luego no es lógico pretender deducir participación de los militares en el asesinato de una persona que dentro de pocos días iba a ofrecer valiosa información de los nexos de la Comunidad de Paz con la guerrilla.

Resalta los hechos acaecidos donde se dio de baja a MACHO RUCIO, donde el Ejército en ningún momento atentó contra su familia, episodio que según él permite valorar el comportamiento de los militares en medio del combate, pues la compañera de MACHO RUCIO declaró la forma como ocurrieron los hechos y dejó en claro la militancia de su compañero, así como el respeto por ella y sus hijos por parte de los militares, que no se la pasan ejecutando a cuanto civil se les antoja y ni siquiera ingresan arbitrariamente a las casas. De allí solicita que se replantee la presunción acomodada de la acusación y los prejuicios en ella existentes.

Manifiesta que de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia en la coautoría se requiere de voluntad incondicional más contribución efectiva, por lo que el codominio del hecho es sumamente importante para poder ajustar responsabilidades en este proceso, y ningún militar o paramilitar ha manifestado que hubieran concertado con el TT MILANÉS la comisión de algún delito, por lo que solicita se de aplicación entonces al principio de presunción de inocencia. Dice que condenarlo por la muerte de esos civiles iría en contravía de la realidad procesal, pues nada indica que haya existido una connivencia que lo convierta en otro de los autores de la conducta.

Dice que si se reconoce la existencia de un conflicto armado, el DIH no prohíbe actuar con otros grupos milicianos contra grupos insurgentes, como tampoco prohíbe aliarse con otros grupos de insurgentes para atacar al estado, puesto que a la luz de los convenios internacionales tanto es parte la guerrilla como los paramilitares, lo que quiere decir que si el combatir unidos contra el Ejército no es infracción al DIH, el haber recibido apoyo del Ejército por parte de los paramilitares en su desplazamiento tampoco es ilícito. Entonces, ese acompañamiento militar a las tropas de las AUC confesado por GORDILLO y MILANÉS no es ninguna infracción a la luz del DIH, lo que es totalmente distinto a las acciones cometidas por los paramilitares sin convenio con los militares.

Refiere que se pretende hacer garantes a los militares sobre la Comunidad de Paz de manera inconstitucional, pues de acuerdo a las reales condiciones del terreno es necesario hacer prevalecer la realidad sobre la teoría. Afirma que ser garantes es un deber constitucional para todos, no solamente para los miembros del Ejército, pero teniendo en cuenta la situación de la zona topográfica y de seguridad, resulta necesario inferir que lo teórico se atropella con la realidad. Pues aducir ello implicaría concluir que todo el mundo es culpable salvo el delincuente.

Sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el comportamiento

*AMB*

del TT MILANÉS y el resultado. Es más, dice que la fiscalía no lo ubica como autor material, determinante o cómplice, pues se limita a hablar de la coautoría impropia para intentar en juicio, a través de testimonios interesados de los paramilitares, lograr un fallo condenatorio.

Cita decisión del 06 abril 1995, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, sobre la coautoría, indicando que MILANÉS fue llamado a juicio por el asesinato de los civiles en un crimen que por su alevosidad permitió que la fiscalía dedujera en la acusación actos de barbarie, pero MILANÉS no conocía los trayectos del eje de avance previamente, ni era el comandante de las unidades, pues lo era el CT GORDILLO. Y no obstante, a falta de pruebas, se recurre a una acusación abstracta por parte de la fiscalía y además se realizan cuestionarios sugestivos a los testigos tratando que estos acomoden en sus respuestas la participación del TT MILANÉS, aunque libremente no lo señalan.

Afirma que el Tribunal de Yugoslavia ha establecido que no es suficiente el solo acuerdo criminal común para deducir responsabilidad, sino que todos los miembros actúen con el deseo de materializar los delitos, se basa en un criterio subjetivo, un deseo compartido de sus integrantes de que se realicen los delitos incluidos en el plan criminal común. En consecuencia serán autores los que deciden sobre la comisión de delito. Pero ese elemento de decidir nunca gravitó alrededor del TT MILANÉS, nunca tuvo la capacidad de decidir si el delito sería cometido o no, con lo cual se descarta doctrinariamente su coautoría.

Afirma que es falaz la versión del paramilitar UBER YÁÑEZ CAVADÍAS que involucra a MILANÉS. Se queja que sistemáticamente el fiscal le hacía repetir al postulado el nombre del TT MILANÉS forzando su respuesta, además el fiscal le pide que describa al ST MILANÉS, a quien primero se refiere como el CT MILANÉS y lo describe de forma diferente a sus verdaderos rasgos morfológicos. Concluye que quedó en evidencia el afán del fiscal de que este testigo describiera al procesado a la fuerza, sin conocerlo, ofreciendo una descripción contraria a la realidad, lo que permite extraer que en realidad el ST MILANÉS no se encontraba en el lugar de los hechos donde se produjo el asesinato.

Dice que el comandante VEINTIUNO en toda su exposición señala a los paramilitares como autores materiales de los hechos, diciendo que no supo finalmente quién los ejecutó, lo que lo haría ver muy débil ante sus subordinados. Resalta la forma como narra que estaba ubicada la casa y los datos que ofrece el declarante sobre cómo ocurrieron los hechos, señalando que solamente estaban los comandantes en ese sitio, nombrando que el CT GORDILLO estaba en el lugar y se tomó la decisión de acabar con todo el mundo porque si los niños crecían se iban a tomar represalias. Pero nunca nombra a ningún otro militar ni al ST MILANÉS de manera espontánea, pues dice además que en el patio de la casa no había nadie diferente del CT GORDILLO porque las tropas estaban regadas. Y aunque en las postrimerías de su declaración por la insistencia del fiscal afirma que MILANÉS también decidió matar a los niños, esta afirmación no es dable de crédito. Y es que el Comandante VEINTIUNO reconoció a otra persona como el TT MILANÉS, lo que a su juicio demuestra que nunca estuvo en el lugar.

Además, indica que ninguno otro de los otros paramilitares menciona al ST



MILANÉS. Sobre la declaración de PIRULO recalca que en la audiencia de juzgamiento dijo no reconocer a ninguno de los procesados, fue enfático en afirmar que en el ataque a la casa no estaba el Ejército, específicamente dijo no reconocer al TT MILANÉS. Ello por cuanto dice el procesado no estuvo en el lugar de los hechos. Además afirma que el testigo dijo que revueltos los militares y paramilitares no marcharon, por el contrario, iban por partes, en clara coincidencia con otros deponentes en el proceso.

Sobre los tipos penales refuta que en ninguna parte del proceso se establece objetivamente que los occisos eran personas protegidas, ya que no se probó que los mayores fueran civiles, o que no participaran en hostilidades o habían dejado de participar en ellas, por el contrario, expresa que los reinsertados declararon que eran milicianos de las FARC y no se probó que depusieran las armas antes de morir, habiendo declarado el comandante desmovilizado SAMIR acusándolos a ellos y a esa comunidad de participar directamente en el conflicto armado.

Añade que el artículo 135 del C.P. nos coloca en una disyuntiva político jurídica, requiriendo que se concuerde con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, para lo cual se debe inquirir cuál es el funcionario estatal que tiene la competencia para declarar la existencia de un conflicto armado en Colombia. Se cuestiona si cuando se hacen operaciones militares contra organizaciones irregulares se está en desarrollo de un conflicto armado y afirma que el reconocimiento de un conflicto armado conlleva el reconocimiento automático como autor político a grupos armados genocidas, siendo conforme al artículo 189 de la Constitución Nacional el Presidente, como Jefe de Estado, quien ha dicho que en Colombia no hay conflicto armado sino una amenaza terrorista.

Por lo tanto, reclama a la judicatura dé reconocimiento a la autoridad del Jefe de Estado en ese tema, en que tiene competencia exclusiva, pues lo contrario aduce que sería tanto como un golpe de Estado. Además dice que resultaría muy delicado deducir la existencia de un conflicto armado sólo para agravar la situación de los procesados, pues ello conllevaría concederle estatus político a diversas organizaciones delincuenciales.

Cita que el Comité Interinstitucional de Antioquia, al que pertenece la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, ha publicado obras donde efectúa un glosario mínimo, y en la definición de conflicto armado exige "*que los grupos enfrentados estén bajo una autoridad identificada y responsable y sean claramente diferenciados de la población civil*". Dice que sostener que la guerrilla es una autoridad identificada raya en lo absurdo, y decir que es responsable es ilógico, dadas sus acciones criminales. Además dice que no hay quien pueda sostener que las guerrillas no realizan muchas de sus acciones encubiertas como civiles.

Concluye que el concepto de conflicto armado en el contexto armado se asemeja a una guerra civil. De ahí que no se puede concluir que Colombia se encuentra en una guerra civil, pues en general los grupos guerrilleros no cuentan con el apoyo popular. Tampoco se puede pretender que hay guerra civil por un control parcial del territorio por las FARC, porque no se puede confundir la

216

capacidad delincencial con un control del territorio, lo que están es escondidos en el territorio, nunca lo controlan.

Así que, según expone, los artículos 135 y 145 no pueden ser aplicados a los procesados, pues no se dan los elementos que configuran esos tipos penales, cuyo cumplimiento está supeditado a que se reconozca la existencia de un conflicto armado por parte del Jefe de Estado como lo señala la Constitución Nacional.

Pide que en tratándose de militares no se presuma la culpabilidad como se pretende y, por lo tanto, solicita la absolución del procesado que representa.

EL DEFENSOR DEL PROCESADO JORGE MILANÉS: Pide absolución de su procurado porque no se demostró el codominio del hecho y el acuerdo común, elementos indispensables para predicar en su contra la coautoría.

Llama la atención sobre la valoración de la prueba testimonial, indicando que la acusación contra el procesado se basa en la declaración de cuatro paramilitares y un miembro del Ejército, solicitando se sopesen no solamente el contenido de las declaraciones sino además la actitud de los declarantes a nivel procesal y dentro de la práctica de la prueba.

Dice que el procesado no desplegó dolosamente ninguna acción que permitiera la causación del resultado final, mismo que se pudo causar con o sin la presencia del Ejército en el área.

Manifiesta que están claras las funciones de los miembros de una unidad militar de acuerdo al rango que ocupan, por lo que MILANÉS desde su posición de subalterno realizó todo lo que a su alcance estuvo para que su superior no realizara las acciones cuyo propio riesgo reconoce, ello sin poner en riesgo su propia integridad.

Resalta la organización jerárquica de la fuerza militar, por lo que dice no es dable que un comandante de compañía obedezca a un comandante de pelotón. De ahí que le resulta mendaz en su declaración el CT GORDILLO.

Indica que si se acepta que MILANÉS superó los riesgos permitidos, ello no lo hizo de manera voluntaria, sino amparado en una causal eximente de responsabilidad que era la insuperable coacción ajena, no por obediencia debida, porque las órdenes que le impartió el CT GORDILLO no eran abiertamente ilegales, pus solo le indicó que cubriera la retaguardia.

Argumenta que en su momento, al resolver situación jurídica, pareciera que se le atribuía una omisión en el cumplimiento de sus deberes de denunciar ante una autoridad superior o una autoridad jurisdiccional los hechos, referidos a una interacción con los paramilitares, que fue lo único que vio, pues nunca vio la causación de las muertes. Pero dice que al imputar un delito por omisión, debe diferenciarse la omisión propia e impropia, los primeros que no requieren un resultado concreto y los segundos si; los primeros requieren ausencia de acción ordenada, capacidad de acción y conocimiento de la posibilidad cierta que se



podía producir el resultado del tipo objetivo y, si el autor desconoce la posibilidad, la conducta es atípica.

Afirma que MILANÉS se opuso a participar en la acción ilegal de su superior manifestando su descontento y limitándose a cumplir la orden de ir a la retaguardia. Y nadie está obligado a lo imposible porque el derecho no puede exigir acciones heroicas y descomunales, pues la posibilidad de cumplir la acción tiene como presupuesto que ello no implique un riesgo para su propia integridad. Aduce que en el caso de MILANÉS, muy seguramente su acción no habría implicado impedir el resultado causado, máxime cuando llevaba una distancia de media hora al sitio de los hechos. Añade que se requiere una probabilidad de impedir el resultado rayada en la certeza, y para MILANÉS ello era imposible, más aún cuando los hechos en que murieron tres ciudadanos se hizo completamente en silencio, siendo ultimados los civiles con armas blancas por parte de los paramilitares, por lo que se cuestiona entonces como podía el TT MILANÉS haber impedido ese hecho.

Además, indica que el TT MILANÉS tenía escasa experiencia en la milicia y por ello le resultaba imposible impedir lo ocurrido, precisamente por la jerarquía que tenía dentro del escalafón de oficiales del Ejército Nacional.

En cuanto al régimen de competencias propias de la fuerza pública, dice que se debe señalar que los artículos 217 y 218 de la Constitución Nacional definen la misión constitucional de la fuerza pública en el contexto real, donde se debe diferenciar la defensa nacional de la seguridad nacional, la primera para los militares y la segunda para los policiales, diferenciando la competencia institucional. Entonces, es necesario establecer si se trata de una posición de garante bajo roles exclusivos de los militares o compartidos con otras autoridades.

Afirma que no todas las relaciones causales permiten deducir válidamente criterios de imputación, pues el TT MILANÉS no ostenta esa figura de garante por estar en un lugar, sino que esa posición de garante está primeramente en el jefe de mayor jerarquía que para el caso era el CT GORDILLO. Asevera que al TT MILANÉS habrá que reclamarle su posición de garante respecto de lo que estaba bajo su ámbito de control y dependiendo de las órdenes que su superior le impartiera.

Dice que si este estrado judicial resolvió que no hallaba fundamentos para condenar por actos de barbarie al comandante VEINTIUNO en su sentencia anticipada, tampoco sería aplicable a los militares esa condena por esa acusación, máxime cuando esa ayuda que se les enrostra nunca se presentó.

Destaca la transparencia procesal con que dice ha actuado su representado, quien concurrió voluntariamente ante la justicia, señalando que el TT MILANÉS no habló en la primera instancia en que se presentó porque era un delegado fiscal quien estaba recibiendo la diligencia y además porque estaba buscando mecanismos de protección a su integridad. Recuerda que el TT MILANÉS siempre habló de hombres armados ilegales, precisamente porque tenía temor de trasladar la verdad al proceso, y es que en la misma ciudad de su residencia estaban PIRULO y COBRA. Sostiene que precisamente gracias a la

intervención de MILANÉS es que el CT GORDILLO resuelve dar su versión de los hechos, la cual señala fue ausente de verdad.

Resalta que está probado que se concertaron y estuvieron juntos en el área fuerzas militares y paramilitares, pero lo que no resulta probado es que esas coordinaciones se hubieran hecho con la aquiescencia de todos los participantes en el hecho. No es que se diga que el CT GORDILLO fuera omnipotente y omnipresente, sino que por su jerarquía sí podía concertarse con las Autodefensas y luego transmitir órdenes claras a las unidades bajo su mando.

Se pregunta si había mandos detrás del CT GORDILLO y una coordinación anterior, por qué cuando ALEJO informa a VEINTIUNO que un militar quería hablar con él, éste envió a BRANDO JOSÉ para que averiguara qué querían.

Sostiene que al momento en que MILANÉS ingresa al área de operaciones, a los únicos compañeros que conocía era a los de su compañía. El no conocía al CT GORDILLO, luego no entiende cómo puede decir el CT GORDILLO que coordinó con MILANÉS, o cómo puede decir el comandante OREJAS que GORDILLO se lo presentó como su hombre de confianza, pues no puede existir confianza creada en un solo día, además dice, tendría más lógica que fuera JARAMILLO y no MILANÉS quien estaba con GORDILLO, pues era de su compañía y también es paisa. Así que, aunque el TT MILANÉS tenía a su cargo un pelotón armado y equipado con el cual oponer resistencia, lo cierto es que el CT GORDILLO estaba acompañado de una contraguerrilla con la que MILANÉS no había tenido contacto y no sabía si esa contraguerrilla también quería oponerse a su superior, lo que implicaba riesgo para él.

Así mismo añade que adoptar ese curso de acción para un militar con escasa experiencia resulta aberrante, porque es confrontar un superior jerárquico, desborda los límites de la abstención a la obediencia debida a la orden ilegítima, conlleva un ataque a un superior lo que es impensable para un oficial del Ejército y que fuera de la ética militar comportaba una alta probabilidad que él y los hombres bajo su cargo, su unidad de combate A1, terminaran muertos o gravemente heridos.

Además se pregunta como hubiera sido el proceder de las Autodefensas si en ese momento MILANÉS hubiera adoptado una acción positiva para tratar de detener a su superior.

Sobre la obediencia debida reitera que nunca GORDILLO le impartió a MILANÉS una orden ilegítima. Afirma que la teoría del Ministerio Público aplica para GORDILLO, quien dice que el TC ESPINOSA le impartió la orden de que actuara con AUC, lo que es ilegítimo, en lugar de cubrir la retaguardia que fue lo ordenado por GORDILLO a MILANÉS.

Afirma que todas estas situaciones confluyeron a que en ningún momento su poderdante tuviera dominio funcional del hecho, su voluntad no hizo concurso con la producción del resultado, no contaba con el mando y fuerza suficiente para oponerse a lo que podía venir sin riesgo a sus hombres y a su propio ser. Y se cuestiona si era posible que MILANÉS entregara la dotación y se retirara por el



mismo eje de avance en una zona de alta influencia guerrillera.

Aduce que la coautoría no puede ser aplicada porque no corresponde con la actuación de su procurado, pues en la teoría del dominio del hecho la coautoría requiere tres criterios que deben concurrir: dominio del hecho repartido en varios sujetos, contribución material suficiente o aporte objetivo y plan común o acuerdo previo. Si no concurre alguno es obligado acudir a estudiar la responsabilidad penal en la participación estricta en los márgenes de la inducción o la complicidad.

Dice que en una unidad militar precisamente por la jerarquía de mando no hay acuerdos o concertos o consultas, allí es la voluntad del comandante que se transfiere al subordinado a través de una orden con la esperanza de una obediencia debida si es clara, precisa, concreta y legal.

Ofrece una definición del cómplice indicando que es aquél que presta una ayuda al autor para que pueda realizar el injusto penal, y dice que en ese orden de ideas MILANÉS no puede ser ni siquiera cómplice porque nunca prestó su voluntad para la ocurrencia de los acontecimientos, la cual se encontraba coartada por una coacción insuperable.

Igualmente refiere que sale de bulto que ni los mismos paramilitares habían concertado esas muertes. Dice que no es cierto que hubiera una organizada distribución de funciones en que los militares prestaban seguridad a los paramilitares, pues el testimonio de KIKO fue dado al traste por PIRULO y VEINTIUNO, cuando dejaron claro que nunca estuvieron intercalados y que ellos lo único que concertaron fue el entrar a la zona. Dice que todo indica que el CT GORDILLO simplemente iba a pedir permiso para pasar con sus tropas por un sitio y al llegar allí los paramilitares le dijeron que tenían una operación hacia el mismo lugar y por tanto se irían con ellos.

Sostiene que no hubo en ningún momento un mando unificado y organizado sobre ambos. Nunca se llevó a cabo una unión de los militares y los paramilitares. Luego aduce que si KIKO no era Comandante y nunca estuvo en reuniones le resultaba imposible saber todos esos detalles que pretendió verter en sus versiones.

De acuerdo a la prueba recaudada dice que todo indica que el CT GORDILLO fue el que preacordó con ellos, pues llegó preguntando que por qué no lo habían esperado a la fiesta, pensando incluso que se trataba de un combate contra la guerrilla, agrega además que incluso para los mismos paramilitares eso fue un descalabro operacional, porque no pretendían matar civiles sino guerrilla.

Sostiene que la omisión de denuncia se enmarca dentro de un contexto normativo típico completamente diferente al de aquel que hizo todo lo necesario para que el delito ocurriera. Argumenta que su prohijado no tenía posición de garante por ser integrante del Ejército Nacional, dicha posición sólo le correspondía al comandante del área, quien realmente tenía el control sobre toda la tropa y a quien los demás le debían obediencia.

Resalta que para que se estructure la responsabilidad penal es necesaria la

voluntad dirigida de manera consciente hacia la causación del resultado, lo cual afirma que no estaba presente en el TT MILANÉS, era ausente del factor subjetivo porque había factores endógenos y exógenos que limitaban su posibilidad de opción.

Reclama que la exigibilidad de otra conducta es un componente básico de la culpabilidad, se requiere que al sujeto le sea exigible otro comportamiento. Y en el caso del TT MILANÉS estaba su superior dándole una orden, además de la presencia paramilitar y la inminente presencia guerrillera lo que le imposibilitó adoptar otro comportamiento.

Pide que se analice la forma como llegaron los testigos de cargo GORDILLO, KIKO, MELAZA, OREJAS y PIRULO al proceso, pues UBER DARÍO desde el principio dijo todo lo que tenía que decir, no como en el caso de PIRULO que en el principio negó inclusive haber pertenecido a las AUC, siendo lo único espontáneo en relación con los hechos la transcripción de la interceptación a su celular, además en algún momento prestó la voluntad para ser comprado por el mismo capitán GORDILLO. O cuando KIKO menciona una serie de factores que resultan mendaces, de acuerdo a la versión de PIRULO y OREJAS, quienes son claros en manifestar que nunca patrullaron intercalados, que si estaba presente en el sitio el CT GORDILLO al momento de dar muerte a los niños. Además de que GORDILLO al acogerse a sentencia anticipada confirma la versión de KIKO, lo que le resulta extraño.

Reitera la solicitud de absolución de su prohijado porque según aduce no están probados los elementos de ese concierto de voluntades, no aparece la participación de otros militares diferentes al CT GORDILLO en un planeamiento de una operación conjunta, y por ende es insostenible la posición de coautoría en su contra, no hubo participación ni por acción ni por omisión y estaba sometido a una coacción insuperable que le impedía otra conducta.

LA DEFENSORA DE LOS PROCESADOS HENRY AGUDELO Y RICARDO BASTIDAS: Solicita la absolución de sus procurados argumentando que no se demostró el concierto para delinquir agravado de éstos con miembros de las Autodefensas para cometer los delitos de homicidio en persona protegida y actos de barbarie.

Dice que CUASMAYÁN era reemplazante de MILANÉS y comandante de la tercera escuadra y BASTIDAS era comandante de la segunda escuadra, así que se encontraban encargados de cerrar en la retaguardia del último pelotón en las últimas escuadras.

Explica que la investigación tuvo origen en denuncias realizadas por la ciudadanía en que se atribuía responsabilidad inicialmente a la Brigada XI y posteriormente a la Brigada XVII señalando al BCG33 como directo responsable. Se indagaron 69 miembros del BCG33 y se estableció la ausencia de responsabilidad individual de ese personal. Y es hasta el cuaderno 16 que se comienza a tratar la responsabilidad del BIVEL. Que la vinculación de sus procurados se hizo mediante indagatoria y orden de captura transcurridos 3 años y 1 mes de iniciada la investigación y sin que aún se precluyera la investigación a



Lutaima, mediante resolución del 13 de marzo de 2008. Sus defendidos se presentaron voluntariamente y fueron imputados por homicidio en persona protegida y terrorismo a título de coautores (C/13). Posteriormente se les resolvió situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento y disponiendo la suspensión del cargo. En ampliación de indagatoria se les imputó concierto para delinquir agravado y se modifica los actos de terrorismo por actos de barbarie (C/21). Y se acusaron como coautores de los delitos señalados en los artículos 135, 145, 340 y 342 del C.P. Igualmente cita la providencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Antioquia, que refiere: *"En el caso las decisiones mediante las que se definió la situación jurídica y se calificó el sumario se encuentran en firme y si la juez de conocimiento estima que algún medio no puede ser tenido en cuenta al dictar sentencia así lo hará saber en su determinación"*. Solicita que sólo a partir del cuaderno número 13 se tengan en cuenta las pruebas porque sólo a partir de allí los procesados tuvieron oportunidad de conocerlas y contradecirlas.

Señala que ni AURORA GUERRA, JESÚS COLORADO, LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ, OSCAR GERARDO OMAÑA o ROBERTO ELÍAS MONROY de manera alguna ubicaron a los procesados en los hechos investigados.

Retoma la declaración del CT GORDILLO y refiere que en su primera versión ante el Juzgado de Instrucción Criminal afirmó no tener conocimiento directo de los hechos, en su segunda declaración ante la FGN se muestra totalmente ajeno a los hechos investigados, dice desconocer el nombre del personal que patrulló con él, manifiesta que iba a mandar después una lista con los nombres y de los oficiales sólo recuerda a ALEJANDRO JARAMILLO, JORGE MILANÉS, GARCÍA y BRANGO. Luego es clarísimo para la defensa la falta de memoria del CT GORDILLO, pero cinco años después recobra su memoria al detalle frente a la información que le hacía falta, todo gracias a la lectura que hace del expediente y los apuntes que toma. Continúa diciendo que existe una tercera versión de indagatoria ante la FGN y GORDILLO decide guardar silencio y no hablar hasta obtener copia del proceso. Finalmente, en ampliación de indagatoria aporta información, una vez lee el proceso y toma nota en su agenda de todas las afirmaciones que hace, nunca expone de forma espontánea y afirma que contaba con dos oficiales, doce suboficiales y ciento veinte soldados más o menos, no refiere los nombres de sus procurados, no sabe ni siquiera el nombre de los suboficiales con los que supuestamente se reunió, pero tenía claro el nombre de los patrulleros que conformaban el grupo HÉROES DE TOLOVÁ. Luego en su quinta versión, que corresponde a la segunda ampliación de indagatoria, llega a su memoria de manera prodigiosa todo lo ocurrido, afirma que llega al área de operaciones y se entera que otras personas estaban dispuestos a coordinar la subida al Cerro Castañeda con 11 soldados, pero no refiere qué personal era, ni bajo qué circunstancias de tiempo y lugar, en ningún momento se refiere a CUASMAYÁN y BASTIDAS.

Afirma la defensora que el CT GORDILLO lleva y trae a las reuniones a todos los militares dependiendo de quién lo esté interrogando; pretende que se crea que en un área de operaciones reunió a más de 150 soldados y les dio instrucciones que iban a patrullar con los paramilitares y adquirirían con ellos determinados compromisos.

Ella, dice la defensora resulta increíble, pues el mismo KIKO afirmó que cuando algunos se dieron cuenta de la presencia paramilitar se sentían mal e inclusive cargaron sus fusiles, de donde concluye que el único que se concertó fue GORDILLO. Además se cuestiona cómo es que hubo un choque entre GORDILLO y MILANÉS si supuestamente ya todo estaba previsto y organizado.

Dice que GORDILLO afirma que después de separados los cuatro pelotones un grupo de HÉROES DE TOLOVÁ se fue con ellos, lo que resulta contradictorio, y contrapone los días al punto que para lo ocurrido el día 20 de febrero no tiene como dar explicación coherente. Continúa explicando que GORDILLO dice que A1 llevaba mortero pero no lo disparó, lo que concuerda con el comandante VEINTIUNO que acepta que dio la orden de disparar el mortero y PIRULO que encontró a la señora con vida le disparó en la cabeza. Además agrega que el mismo GORDILLO admite que su versión la da para obtener beneficios por colaboración. Y dice GORDILLO que todo se coordinó empezando a organizar el defecto que presentaba en las anteriores declaraciones, por lo que empieza a hablar de tres reuniones, una en Nueva Antioquia, otra en el Cerro de La Hoz y otra en el Cerro Castañeda, donde se encontraban los comandantes.

Cuestiona que GORDILLO al ser interrogado se muestra voluble e irascible y no acepta ningún interrogatorio acerca de su propia responsabilidad. Además resalta que GORDILLO coincide con OREJAS en la distancia que llevaban los paramilitares de los militares, por lo que concluye que entre un pelotón y otro había al menos 30 minutos, luego sus procurados estarían a 1 hora de los hechos. Y recalca que en su séptima versión, que corresponde a la sentencia anticipada, acepta únicamente el concierto para delinquir y aclara que ni él ni su personal participaron en los hechos investigados. Aunque luego vino una segunda diligencia de sentencia anticipada donde a título de coautor acepta los tres delitos, donde interviene el abogado defensor diciendo que se acepta la responsabilidad a título de coautoría impropia por todos los delitos, pero esa no fue la imputación que hizo la fiscalía.

Cita que luego declara nuevamente el CT GORDILLO y repite el nombre de todo el personal, no solamente de A1 y B1 sino que en la avidez por obtener un beneficio involucra a A2 y A3, a pesar que sabía que tenían otro eje de avance. Involucra al TC ESPINOSA, al MY CASTAÑO y al General FANDIÑO.

En audiencia de juzgamiento afirma que no fue llevado a la planeación de la Brigada, que era lo lógico para no llegar sin saber nada el día 17, a lo que dice la defensora no es cierto porque una operación de Brigada la planea la Brigada. Añade que la Brigada es una unidad operativa menor con un estado mayor, porque la unidad mayor es la división, y bajo su cargo el comandante tiene varios Batallones, que a su vez tiene un comandante cada uno con su plana mayor, luego sería improcedente que al CT GORDILLO se le hiciera partícipe de una operación de Brigada.

Refiere que la orden de operaciones emitida por la Brigada es legal, en ningún momento se dijo que los soldados tenían que cohonestar con paramilitares, por eso el que uno de los elementos que haya ejecutado esa orden de



operaciones en el área lo haya hecho de manera ilegal es una cosa muy diferente. Asevera que el cómo se ejecutaba la orden era de resorte y responsabilidad del CT GORDILLO, que tenía en ese momento el don de mando, que no pertenecía ni a los militares que estaban en el puesto de mando atrasado, porque existen jerarquías y organizaciones previamente determinadas. Dice que el mismo coronel GONZALO GÓMEZ AMAYA explicó la forma de planeación de una orden de operaciones en la vista pública. Cita que la misión táctica en la cuarta hoja contiene un capítulo "del mando y de las comunicaciones" donde se encarga el CT GORDILLO y, entonces, dice contradictoriamente el CT GORDILLO que no le enteraron de la misión pero a renglón seguido aclara todos los detalles sobre la misma.

Sostiene que fue GORDILLO quien tomó al margen de la ley las órdenes, siendo entonces responsable de ellas, porque no necesitaba hablar al respecto con CUASMAYÁN y GARCÍA, a quienes siempre mantuvo al margen de lo que pensaba y hacía irse a la parte de atrás a la retaguardia con el TT MILANÉS. El CT GORDILLO era el único responsable en el área para alcanzar los objetivos. Y tanto CUASMAYÁN como GARCÍA obedecían órdenes de su superior el TT MILANÉS, quien a su vez obedecía al CT GORDILLO.

Refiere que en las páginas 1 y 4 de la misión táctica FERROZ se aclara que se ejecutaba la operación de Brigada por cinco Batallones y el único pelotón que tuvo algún problema y coonestó con los paramilitares fue el de GORDILLO, pues afirma que A2 y A3 no tienen ningún problema de responsabilidad, ya que ello no se puede soportar siquiera documentalmente.

Dice que no le causa suspicacia que el B1 participara con ANZOÁTEGUI simplemente porque era el único personal disponible. Además el oficial que mayor grado sustentaba en el área era el CT GORDILLO. Este era el encargado de comunicaciones y tenía al "chispas" detrás de él.

Sostiene que en los reportes que el CT GORDILLO hizo por radio al comando del Batallón jamás manifestó solicitar permiso para tener contacto con paramilitares y mucho menos que se iba a desplazar con ellos, tampoco pidió permiso para disponer de los civiles.

Dice que resulta increíble pensar que una persona que hace parte de una institución legal, con responsabilidades constitucionales, con los medios, la experiencia, la capacidad bélica, la capacidad de repliegue en el terreno y de prever muchas situaciones, no haya hecho nada y haya permitido y auspiciado que se dieran estos hechos como lo hizo el CT GORDILLO. Y resaltó que el coronel GONZALO GÓMEZ AMAYA señaló que a GORDILLO se le estaba adelantando además un procedimiento por la pérdida de un material bélico.

Sostiene que GORDILLO ofreció de forma vengativa y retaliativa una repartición de responsabilidades en un grupo de oficiales que ni siquiera conocía, para obtener beneficios con la justicia, incriminando personal subordinado e inocente que no tuvo participación en sus decisiones. Así que argumenta que si el CT GORDILLO fue capaz de asesinar a civiles inocentes y a unos niños, por qué no utilizaría mentiras para lograr la vinculación de sus subalternos al proceso.

Además, se presentaba como Mayor ante los paramilitares, ostentando un grado que no tenía. Y dice el comandante VEINTIUNO que le presentó a otros oficiales con otros nombres.

Dice que le causa curiosidad que GORDILLO no presentara a CUASMAYÁN y BASTIDAS en la diligencia en que se acogió a sentencia anticipada como responsables de los hechos, pues buscando beneficios ante la fiscalía si GORDILLO hubiera tenido algo que entregar respecto a sus clientes lo habría puesto de presente. Afirma que no lo hizo porque nada diferente sabía y a veces incurrir en delaciones sin fundamento le resta credibilidad.

Compara las declaraciones de OREJAS y GORDILLO. Dice que GORDILLO aduce que no estuvo en la primera reunión, pero OREJAS sostiene que ahí sí estaba GORDILLO. Alega que en ningún momento se estableció que sus procurados participaran en esa reunión. GORDILLO dice que el objetivo era hacer unas coordinaciones para que los militares pasaran por ese sector porque era un paso obligado, mientras VEINTIUNO dice que ellos ya habían programado hacer un registro de esa zona.

Sobre la segunda reunión, que para GORDILLO era una reunión y para el grueso de los militares era un simple encuentro con los paramilitares, lo que los tomó por sorpresa y es consecuente con la reacción que tuvieron, el comandante VEINTIUNO afirma que fue en el Cerro Castañeda y en horas de la mañana entre el 17 y 19 de febrero, y dice GORDILLO que estaban los comandantes de pelotón y algunos cuadros, mientras el comandante VEINTIUNO dice que estaban GORDILLO, CUATRO CUATRO, FUDRA y RONCO. Respecto a CUASMAYÁN y BASTIDAS dijo el CT GORDILLO que el cabo BASTIDAS no estaba en la reunión pero todos los integrantes se encontraban en el Cerro Castañeda donde estaban los paramilitares, no aportó ideas porque era comandante de escuadra; aclara que eso fue en la primera reunión, dice que en ningún momento le dijo a ellos dos que se quedaran en la reunión y lo hicieron por voluntad propia. Concluye la defensa es contradictoria la versión de GORDILLO, no se sabe si en últimas sus procurados participaron o no en una reunión. Recalca que el encuentro con los paramilitares fue un hecho que se presentó a los demás militares y no una cosa prevista, solamente GORDILLO había planeado eso con los paramilitares.

Se cuestiona qué responsabilidad pueden tener los empleados de la casa frente a lo que hace el dueño de ésta.

Menciona que desafortunadamente en el segundo sector de Miguelayo se les unen aún más paramilitares armados y uniformados, quienes se reunieron nuevamente con GORDILLO. En este punto dice que sus procurados tampoco departieron amigablemente con los paramilitares.

Refiere que existe la declaración de la señora MIRIAM TUBERQUIA que carece de credibilidad, teniendo en cuenta que cerca de su casa existían campamentos de la guerrilla y es la madre de alias GURRE miembro de las FARC, por lo que sus dichos deben ser analizados frente a la sana crítica. Menciona imposible que el día 22 de febrero de 2005 se desplazara hasta su inmueble un soldado indeterminado para llorarle y contarle los pormenores de los



hechos, cuando el mismo MELAZA ha aceptado que fue él quien habló con ella y sobre los hechos en que se dio de baja a MACHO RUCIO.

Argumenta que no se puede estigmatizar al Ejército Nacional y plantar teorías como si se tratara de un grupo al margen de la ley, porque el hecho que una persona actúe al margen de la ley no permite concluir que todos son delincuentes.

Indica que hay un manual del Ejército que permite tener guías u orientadores de terreno uniformados, que les señalan a los militares por dónde caminar, delatan dónde están las caletas o las personas ilegalmente armadas. Uno de ellos fue MELAZA, y dice que eso no indica que hubiera cooperación entre el BLOQUE BANANERO y los HÉROES DE TOLOVÁ porque simplemente se trataba de un desmovilizado del primer bloque nombrado, que no participó directamente en los hechos, sólo dio cuenta de una comunicación de OMAÑA con GORDILLO.

Respecto a PIRULO dice que señaló que había distancia entre las AUC y los miembros del Ejército. No reconoció a ninguno de sus clientes en la audiencia pública. Afirmó que militares y paramilitares jamás estuvieron revueltos.

Respecto a KIKO refiere que tiene múltiples contradicciones y llegó al proceso con una queja ante la Procuraduría contra las Águilas Negras porque decía que habían querido atentar contra él y su familia y para que le devolvieran un dinero que suponía estaba perdido. Era un escolta del comandante CARE PALO. Afirmó que el Ejército atacó y hostigó cuando se sabe que la granada la arrojó HÉROES DE TOLOVÁ. Asegura que no estuvo presente pero conoce todos los detalles. No cuenta de manera concreta cómo murieron los niños porque entra en llanto y no dice más. Afirmó la defensora que no se les permitió en fiscalía la contradicción de sus declaraciones pues nunca se les notificó la diligencia.

Aduce la togada que los hechos de La Resbalosa y Mulatos Medio son completamente diferentes, y se sabe concretamente quién participa en ellos. Dice que alias CRISTO DE PALO quien estaba en la fosa No. 2 falleció en enfrentamiento con el BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ y fue hallado uniformado. Mientras las tres personas de La Resbalosa fallecieron por degollamiento. SANDRA MILENA muere a consecuencia de la granada que es arrojada en la cocina y el disparo en la cabeza que le dio PIRULO según narró alias VEINTIUNO. Un último hecho es la muerte de los niños y su padre.

Arguye que en la resolución de acusación no se analizó el compromiso de sus representados a la luz de las pruebas recaudadas. En parte alguna se señala cuál es el medio de prueba que determinó la vinculación de sus poderdantes a los hechos. La fiscalía pretende que sus dos procurados respondan en igualdad de condiciones con GORDILLO, así no exista prueba que demuestre su responsabilidad, pues no estaban obligados a superar lo imposible ni lo que per se demuestra una fuerza mayor.

Refiere que el CT GORDILLO ubica al TT MILANÉS participando en las decisiones con las autodefensas, pero aunque en principio no involucra a sus

prohijados, termina involucrándolos a todos, mientras todos los miembros de las AUC afirmaron a unisono no conocer a sus poderdantes. Luego no entiende como se deduce concierto para delinquir a sus procurados si nunca se reunieron o participaron en la toma de decisiones.

Afirma que el codominio funcional del hecho brilla por su ausencia. No se probó el conocimiento y voluntad de sus procurados. No hubo acuerdo para matar los civiles porque ni siquiera los paramilitares sabían que estaban ahí. Cita providencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado 22.327 del 9 de marzo de 2006, M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Dice que es imposible que si sus representados hacían parte de la empresa criminal ninguno de los paramilitares los recuerde y no les asigne funciones concretas. Si bien los hechos se ejecutaron por una pluralidad de sujetos, no es menos cierto que sus prohijados solamente se encuentran acusados por el CT GORDILLO ya condenado a 20 años de prisión. Agrega que sus prohijados no tenían deberes de seguridad y tráfico en el lugar a diferencia del CT GORDILLO, eran subalternos y nunca recibieron orden de matar a nadie ni de cohonestar con nadie, se vieron inmersos en esa situación irregular. Alega que no se pueden incluir de manera indistinta los rangos inferiores en la teoría del aparato organizado de poder como lo pretende el actor popular.

Sobre la posición de garante dice que esta figura ha sido restringida expresamente por la ley, frente al concierto para delinquir no opera. Y no sería viable endilgarle a sus prohijados la posición de garante frente a los civiles, primero porque no conocían lo que en la mente de los paramilitares se gestaba, porque no estuvieron en ninguna reunión y no tenían funcionalmente los medios humanos o logísticos para actuar, no tenían capacidad de actuar con fuentes de control del riesgo. Si se habla de una omisión impropia la acción de salvamento se debe desprender de un deber jurídico, pero un cabo primero y un sargento no tenían forma certera de actuar para prevenir. Llama la atención del despacho que lo que debe penalizarse es la omisión que sus representados hubieran hecho en beneficio de grupos armados al margen de la ley, lo que dice brilla por su ausencia probatoria en este proceso.

EL PROCESADO SABARAIN CRUZ REINA: Se refirió a la forma como está conformada su familia. Dice que sus padres y hermanos le han inculcado siempre buenos valores, perteneciendo ocho miembros de su familia a la Policía y el Ejército y sin haber tenido nunca ningún problema legal.

Afirma que nunca vio nada anormal en las órdenes que le dieron durante toda la operación FÉNIX, el TT JARAMILLO en ningún momento le dió órdenes ilógicas. La distancia entre B1 y A1 era de 20 a 30 minutos que es lo que siempre se ha dicho. La distancia hombre a hombre de B1 era de varios metros. Refiere que el terreno era selvático, así que se dificultaba la visibilidad y de noche no se veía nada.

Argumenta que si los mismos paramilitares dicen que iban en la parte de adelante a unos 30 ó 40 minutos e iban hablando con el CT GORDILLO, no sabe entonces cómo se cuestiona la fiscalía por qué nunca los vio. Reitera que en



desarrollo de la operación nunca vio personal civil o armado al margen de la ley. Y en el desplazamiento que se hizo a Cerro Castañeda iban primero las tres contraguerrillas de ANZOÁTEGUI y de último iba B1, que llegó entre 5 y 6 de la tarde, luego se entiende que MILANÉS viera los paramilitares y él no.

Refuta que sí hubo problemas para abastecimiento el cual se hizo el día 24, aunque de acuerdo a lo declarado por el MY GÓMEZ se debía abastecer cada diez días, correspondiendo el día 20, pero en esa ocasión solo se abasteció hasta cuatro días después.

Sobre las comunicaciones, dice que un radio PSR730 no se puede comunicar con otro radio diferente, se debe tener la misma frecuencia y la misma llave, mediante una programación que se hace en Bogotá.

Manifiesta que no sabe por qué se dice que B1 era de confianza del CT GORDILLO, pues en su caso nunca había trabajado con él. Afirma que en el Batallón decidieron que B1 fuera agregado a esa operación, esa orden no la podía dar el CT GORDILLO ni ninguno de los comandantes de pelotón o de escuadra.

EL PROCESADO ÁNGEL MARÍA PADILLA: Dice que proviene de una familia humilde, pero con valores y principios donde siempre se le dio buen ejemplo a todos los hijos. Afirma que nunca ha tenido antecedentes judiciales no obstante lleva aproximadamente 14 años en la vida militar. Sostiene que el único error que cometió fue pertenecer a una unidad militar en cumplimiento de una misión táctica, habiendo sido vinculado al proceso injustamente.

Relata que ingresó al BIVEL en abril de 2003, trasladado de la Escuela de Infantería de haber hecho curso de ascenso, fue asignado a un pelotón de soldados campesinos que tenía como jurisdicción Acandí - Chocó, luego lo trasladaron a la repetidora del BIVEL, donde estuvo con otra compañía la D, nuevamente lo asignaron a una unidad móvil de un pelotón de regulares de la misma compañía D. Para finales de septiembre de 2004 decidieron que fuera orgánico de la unidad B1. Afirma que los integrantes del pelotón B1 eran soldados profesionales que provenían de diferentes regiones del país y no conocían muy bien la jurisdicción. Dice que el pelotón B1 siempre realizaba misiones tácticas de manera separada con las restantes unidades de la compañía BOLÍVAR y en esa época de los hechos estaba a disposición del comando del Batallón.

Indica su desacuerdo con la afirmación según la cual se seleccionó el pelotón B1 porque era de confianza del CT GORDILLO, cuando ni siquiera él podía determinar qué contraguerrilla quería que apoyara a la ANZOÁTEGUI, pues generalmente esas decisiones las toma el Comandante del Batallón o el S3. Sostiene que la razón lógica por la que se eligió a B1 es porque era la unidad que se encontraba más cerca.

Explica que en Nueva Antioquia las órdenes que siempre recibió por parte del comandante de contraguerrilla como reemplazante era estar pendiente del material de intendencia y la seguridad del personal. También le indicó que la misión era llegar a La Cooperativa. Afirma que cada uno tiene su correspondiente misión y no se puede suponer que todos tienen la misma responsabilidad.

Hace énfasis en el orden de marcha de las escuadras, indicando que la persona que se presentó a juicio como experta en topografía no explicó con claridad la situación del terreno para tener una apreciación exacta de la visibilidad y topografía del mismo. Dice que era el comandante de la última escuadra y estaba en la parte de atrás, su misión era garantizar que ninguno de los soldados de la contraguerrilla se extraviara, garantizar el orden de marcha e informar las novedades de los soldados, estar pendiente del material de guerra e intendencia, dentro de muchas funciones más. Cree que el TT JARAMILLO iba adelante y seguía el SS CRUZ. Cuando salieron de Nueva Antioquia, sabe que salieron tres contraguerrillas en la parte de adelante y esas dos escuadras también iban adelante. Dice que la distancia prudencial siempre se aplica porque hace parte de la seguridad de las mismas unidades.

Argumenta que se le acusa porque tenía que ver a los grupos ilegales, pero si hay un orden de marcha donde llevaba aproximadamente 2 a 3 kilómetros de distancia desde el primer hombre, aunado a la condición del terreno donde es una trocha con una vegetación espesa y selvática, le resultaba imposible ver lo mismo que la persona que estaba adelante o en el medio. Sostiene que incluso a veces se pierde el contacto visual que hay con la persona que va adelante y solo se orientan por el rastro, agrega que nunca se puede salir del eje de avance por más curiosidad de ver lo que pasa a su alrededor e incluso para hacer una verificación requiere autorización del comandante de la compañía.

Recalca que no puede pensar la parte acusadora que los cuatro pelotones estaban en un mismo sitio porque la compañía por seguridad abarca un perímetro extenso. Señala que desde que salieron de Nueva Antioquia B1 estuvo al menos durante tres días en la parte de atrás del eje de avance. Considera que se mezclan varias cosas en la acusación, porque se requiere tener una idea clara del sitio en que iba cada contraguerrilla, el momento en que se dividieron y la ubicación de cada soldado exactamente.

Argumenta que si el mismo PIRULO que estuvo en el lugar de los hechos dice que no tomó la decisión, ni alcanzó a ver cómo se causaron los asesinatos, cómo se puede pretender que ellos que iban atrás alcanzaran a evitar lo que estaba ocurriendo y que se hizo silenciosamente. Y agrega que no se puede comparar las organizaciones legales con las ilegales. Advera que los mismos paramilitares aceptan que iban delante de las tropas y a una distancia considerable que aproximadamente calcula en 700 u 800 metros, distancia a la cual dice si se le suma la distancia de la misma tropa que iba adelante, impedía que él pudiera ver lo que ocurría.

Reclama porqué se sorprenden las personas que no conocen la vida militar con la reacción que tuvo la unidad cuando escuchó los disparos, cuando era normal que se ordenara a A1 que garantizara la seguridad en la parte alta, por lo que dice no puede pretender el ente acusador que B1 avanzó hacia las personas con quienes tenían coordinaciones o se pretendía garantizar la seguridad a los paramilitares, pues simplemente se buscaba que B1 pudiera reaccionar.

Sostiene que él sí dejó el equipo y avanzó hasta determinado punto, pero



no avanzó mucho, no se retiró más de 50 ó 60 metros, simplemente perdieron el contacto visual con A1, recuerda que él iba en la parte de atrás de B1, solamente se tomó posición de seguridad y sobre un eje de avance se extendieron todos. Afirma que el TT JARAMILLO le ordenó que no avanzara, que se quedara en ese sector y que el personal de la parte de adelante iba a hacer un registro. Luego sostiene que simplemente estaba cumpliendo órdenes que fueron claras y lógicas. Manifiesta que no conocía la jurisdicción, por eso no se podía representar lo que había a su alrededor en el momento en que se escucharon los disparos, por ello no podía evitar algo que desconocía.

EL DEFENSOR DE PADILLA PETRO Y CRUZ REINA: Dice que este juicio no tiene solamente un carácter jurídico sino ante todo político. Reclama se falle favorablemente a los procesados esta causa. Y manifiesta que sobre la materialidad de la conducta ella se encuentra debidamente probada por la fiscalía.

De otra parte, afirma que todos los sujetos integrantes de la guerrilla y las autodefensas, hoy en día o son agricultores o son humildes campesinos, ello a raíz de que algunos procedimientos del Ejército han sido cuestionados y se les ha llamado "falsos positivos". Pero dice que esa defensa bien podría tildar de "falsos positivos" algunas providencias judiciales donde se ha llamado a responder a miembros militares inocentes.

Tomando como base el análisis probatorio que se efectúa en la resolución de acusación, en primer lugar, se cuestiona cuándo estuvo presente JESÚS ABAD COLORADO LÓPEZ en el lugar de los hechos, aclarando que estuvo con posterioridad a estos y no en el momento en que ocurrieron.

Tacha a la señora MIRIAM TUBERQUIA, pues no se explica cómo pudieron comunicarle a las 2 de la tarde que a LUIS EDUARDO lo habían matado, pues a esa misma hora aproximadamente apenas estaban ocurriendo los hechos, por lo que dice se sorprende de la rapidez con que corren las noticias en esa área rural.

Menciona que MELAZA habla de unas conversaciones entre CUATRO CUATRO y PIRULO, y refiere que se tomaron unos números para hablar con los "papás" que iban con uno y otro, pero en general se refiere a las conversaciones de los paramilitares, no hace referencia a ninguna conversación sostenida entre los Capitanes GORDILLO y OMAÑA. Resalta que MELAZA es testigo de oídas, pues dice que por comentarios que le hicieron sus compañeros de los HÉROES DE TOLOVÁ ellos eran los responsables de los hechos e iban con la compañía del CT GORDILLO, que los paramilitares se fueron adelante y llegaron a una casa donde encontraron a unos guerrilleros.

Señala frente a la acusación no se individualiza, ni se especifica, ni se deja en claro cuál es la responsabilidad o el actuar de cada uno de los militares enjuiciados, cuál fue la orden, el concurso, el acuerdo de voluntades, o la distribución de funciones que debían cumplir, ni concreta específicamente los hechos en los cuales se soporta la acusación, por el contrario, se discurre de manera general para llegar al acápite de la importancia de las declaraciones que da a MELAZA, KIKO, PIRULO y OREJAS, todos miembros de las Autodefensas porque estuvieron en el lugar de los hechos, pero desecha a priori y de manera

216

simplista el testimonio de los militares que también estuvieron en el lugar de los hechos.

Reclama de la judicatura le de credibilidad a la versión de sus procurados, solicitando se ponderen frente a la credibilidad que puedan merecer los miembros de las Autodefensas, de acuerdo a la ciencia del dicho y el posible beneficio personal que obtienen por el solo hecho de haberse sometido a la ley de Justicia y Paz.

Se aqueja de la ausencia de inspección judicial y las cualidades del perito que se presentó en juicio, manifestando que se requiere conocer la zona aunque éste al menos admitió que los árboles eran inmensamente grandes.

Dice que alias OREJAS explica que BRANDO JOSÉ era quien recibía las órdenes, seguían CUATRO CUATRO, RONCO y JL, después iban los comandantes de escuadra. Señala que patrullar es diferente a hacer un desplazamiento o una infiltración. Recuerda que el comandante OREJAS expresa que se trataba de hacer una operación de control, no de ataque, y hasta donde alcanzaron a saber el Ejército venía detrás. E indica que KIKO también mencionó que hubo un momento en que las tropas del Ejército se separaron de las Autodefensas. Que mientras ellos cayeron al Cañón de Mulatos las tropas del Ejército estaban más arriba hacia La Resbalosa y de ahí no volvieron a saber más de ellos.

Sostiene que las tropas del Ejército sí estuvieron en Cerro Castañeda y permanecieron ahí pero en partes diferentes, los militares en un cerro y los paramilitares en otro cerro. Aclara que el Cerro Castañeda es el cerro dominante y el más grande, y los otros dos cerros donde estuvieron los militares y los paramilitares son unos montículos de ese mismo cerro grande.

Dice que OREJAS sobre la muerte de las personas halladas cerca al río Mulatos, manifestó que eso fue en el patrullaje, que CUATRO CUATRO dio la orden de matarlos pero él no vio donde los mataron. Luego reclama cómo es posible que se le exija a los militares haber visto si ni siquiera lo hizo OREJAS que estaba en el sitio de los hechos, mientras los militares no estaban allí. Recuerda que OREJAS admitió en su declaración que él fue quien ordenó que dispararan la granada contra la vivienda y dice sobre los miembros del Ejército que sólo recuerda el CT GORDILLO, que era el capitán encargado, pero a los otros no los distingue.

Agrega que KIKO también indicó con similitudes hacia OREJAS la forma cómo ocurrieron los hechos, pero afirma que los niños se reportaron a los superiores comandantes de las AUC, los cuales tomaron la decisión de ejecutarlos. Luego no fueron siquiera los comandantes que se encontraban presentes en el sitio de los hechos los que impartieron la orden. Refiere que el mismo KIKO acepta que iban camuflados, por eso sostiene que ni PADILLA ni CRUZ podían diferenciar a las 7 de la noche un camuflado que era similar al de ellos. Resalta que KIKO afirma que en el momento en que ocurrieron los hechos no estaba presente personal del Ejército, ni siquiera dice que estuviera el CT GORDILLO, dice que no puede decir si participaron o no porque no los vio ahí.



Sostiene que de acuerdo a ese relato, el Ejército escuchó los disparos solo hasta una hora y media después que se había separado de los paramilitares.

Señala además, que KIKO refirió sobre el encuentro con los militares que ellos los miraron con desconfianza y él le bajó el seguro al fusil, los comandantes hablaron con un hombre del Ejército que no sabe quién sería, los paramilitares quedaron hacia un lado y los del Ejército estaban ahí con su equipo de compañía y su armamento, dice que se quedaron discutiendo unos minutos porque el comandante del Ejército quería que ellos fueran adelante y los comandantes paramilitares al fin y al cabo aceptaron. Dice el abogado que en este punto aunque es falso que KIKO diga que iban revueltos con los militares ello resulta intrascendente porque por lo general el testigo agrega algo propio a su declaración.

Sobre PIRULO indica, este afirmó que los primeros hombres llegaron a Castañeda como a las 6 de la tarde y los últimos a las 7 u 8 de la noche, donde dice que aparece la controversia al indicio de mentira que expone la fiscalía en la acusación respecto a los procesados, pues B1 fue la última tropa en llegar ya de noche, y es que dice considerar que es natural que el ser humano no perciba determinadas situaciones porque no todos miramos con el mismo interés algo que otro pueda ver. Hace un símil indicando que aún en un concierto en horas de la noche y en un espacio abierto y con alumbrado público, es muy factible que los asistentes solo perciban al cantante y no a quienes los rodean, por eso resulta muy difícil lo que exige la fiscalía a los procesados, en el sentido que observaran a los paramilitares, lo que le resta valor a ese indicio de mentira que estructura la parte acusadora.

Reitera que los militares no pueden andar amontonados, que reciben orientaciones para que se desplacen de manera separada, por lo que en área rural es difícil tener visibilidad más allá de los tres metros. Agrega que si como han dicho los mismos miembros de las Autodefensas los desplazamientos se iniciaban a las 5 ó 6 de la mañana, adelante iban ellos y el terreno era escarpado, un grupo del Ejército de más de 100 hombres no podía percibir quién se desplazaba delante.

Dice PIRULO que el BIVEL amaneció junto con ellos y CUATRO CUATRO se reunió, cree que era con el Mayor o con los soldados, se reunieron por aparte. Recalca que PIRULO no sabe decir con quién se reunió su comandante y eso que estaba en el lugar de los hechos, así que concluye que mucho menos podían saberlo unos militares que no estaban en el mismo sitio sino en el costado posterior del Cerro Castañeda como lo explicó alias OREJAS. De acuerdo a la declaración de PIRULO, ese primer día solo se encontraron con 15 hombres de las Autodefensas y no con 50, quien continúa narrando que iban recogiendo a los demás miembros de las AUC teniendo en cuenta que iban adelante, luego concluye que no podían los miembros del Ejército, que iban a 20 minutos hacia la parte de atrás, saber quién o quiénes estaban marchando con ellos.

Dice que los testigos han mencionado indistintamente que GORDILLO se reunió y pidió que lo comunicaran con los comandantes paramilitares porque necesitaban pasar por esa zona. Argumenta que si los paramilitares se

encontraban en trámite de desmovilización debía dárseles una mínima garantía o seguridad y quizá eso fue lo que pensó GORDILLO, que debía comunicar que iban a pasar por esa zona para que no fueran a ser atacados, indicándoles que su voluntad no era violar los acuerdos que había hecho la Presidencia de la República con ellos. Luego no se estaban uniendo los militares con las AUC para ir a delinquir. Afirma que no se ha demostrado en el proceso qué fue lo que realmente GORDILLO habló, coordinó o pactó con las AUC.

Sostiene que si fuera cierto lo dicho por KIKO, que se desplazaban intercalados, resultaba inseguro, porque los demás paramilitares podían pensar que sus compañeros habían sido capturados y generar un ataque, mientras si se movilizaban de manera separada y compacta no corrían riesgos. Resalta que de todas formas KIKO en su plano o croquis señala que en un punto se separó el Ejército de ellos y siguió hacia arriba rumbo a La Cooperativa e igualmente dibuja los grupos en que se dividieron los paramilitares y el punto donde se quedó él prestando seguridad.

Reitera que la atribución de cargos de la fiscalía solo aparece de forma conjunta, infiriendo el indicio de móvil sustentado en que estaban en la zona para atacar a su enemigo, pero es que el móvil que tenían era simplemente cumplir una orden de operaciones.

Además advierte que la presencia paramilitar en la zona no estaba prohibida, estaba permitida y patrocinada por el estado, como una zona de distensión para la desmovilización, así que aunque las Autodefensas eran su enemigo de siempre, éstos se estaban entregando en ese momento, por eso se les avisó que el Ejército iba a pasar por la zona. Frente al indicio de presencia en el sector de acuerdo a los mapas, se cuestiona el defensor cuándo el Ejército ha negado su presencia, nunca han dicho los militares que no estuvieran involucrados en la operación. Agrega además, que PADILLA y CRUZ por su libre albedrío no estaban en ese sitio, eso obedecía al cumplimiento de un deber legal que era darle desarrollo a la orden de operaciones emitida por sus comandantes.

Y el indicio de capacidad derivado del poder bélico del Ejército Nacional, refuta el defensor que es completamente lógico que los militares tengan ese poder bélico, lo que tampoco obedece a una decisión personal de PADILLA y CRUZ, pues como militares el estado los dota para poder combatir a la delincuencia. Además resalta que con todo ese poder bélico que tienen, el Ejército no disparó un solo cartucho contra las personas que fueron atacadas por parte de las Autodefensas. Se remite a resolución de la Fiscalía 24 Delegada de Bogotá, del día 26 de enero de 2009, donde se dice que no hay prueba que indique que algún soldado disparó sus armas el día 21 de febrero contra las víctimas, señala no fue su querer final ni su intención inicial causar esas muertes, y no se puede olvidar que la responsabilidad penal es individual, teniendo que estar establecida respecto de cada acusado al igual que su actuación. Lamentablemente dice, la resolución de acusación adolece de argumentación.

Agrega que el Ejército no está diciendo mentiras y es digno de credibilidad, cuestiona cómo puede darse en los estrados judiciales mayor credibilidad al delincuente que a la persona instituida para combatir la delincuencia solamente



porque es la situación del momento, y ello aunque esas personas solamente busquen prerrogativas del gobierno.

Concluye diciendo que si PADILLA y CRUZ ignoraban con quienes marchaban y no tienen conocimiento de lo ocurrido, no tienen ninguna responsabilidad. Se cuestiona cómo puede alguien oponerse a algo que no conoce, que no sabe que está ocurriendo. Dice que PADILLA y CRUZ nunca dieron ningún consentimiento ni unilateral ni bilateral porque no conocían. Y aunque actuaron en un desplazamiento conjunto, este fue hasta el día 21 en la mañana, horas antes que ocurrieran los hechos en La Resbalosa. Afirma que las muertes del día 21 no obedecieron a ningún concierto anterior.

Anota que en el proceso no se ha allegado prueba que el estado colombiano haya reconocido un conflicto armado para poder tipificar la conducta de los artículos 135 y 145 del C.P. Y dice acogerse a la decisión de este despacho judicial, proferida dentro del proceso 2008-0081 procesado UBER DARÍO YÁÑEZ CAVADIAS, citando pronunciamiento de segunda instancia del Tribunal Superior de Antioquia, donde se indica que el acto de descuartizamiento de cadáveres o exposición de estos para que se los coman los animales de carroña no constituye per se el delito de actos de barbarie, que es un delito que busca preservar la vida e integridad personal.

Refiere que el Ministerio Público y el actor popular adujeron que los militares tenían posición de garante, pero para esos efectos dicha condición solamente la tiene quien es comandante u oficial de mayor rango en el área y esa área es todo el territorio nacional, por lo cual cabría incluso al Ministerio de la Defensa y el Congreso de la República.

Concluye solicitando que se absuelva a sus procurados de los delitos por los que fueron acusados.

EL PROCESADO JOSÉ FERNANDO CASTAÑO: Se refiere a la conformación de su familia y dice que fue criado con principios y valores, además de la instrucción recibida en la escuela militar y cursos de ascenso.

Dice que su función como S3 era asesorar al comandante sobre instrucción y entrenamiento, desarrollaba y mantenía la organización básica de las tropas, vigilando los sistemas de reemplazo y la dotación de las patrullas, en cuanto operaciones recomendaba el planeamiento y ejecución de operaciones, realizaba las órdenes de operaciones a nivel de Batallón y hacía seguimiento de las mismas de acuerdo a la información de los comandantes de las patrullas en el área de operaciones. Dice que no tenía mando de tropa y las decisiones se adoptaban por orden del Comandante del Batallón.

Señala que el CT GORDILLO ha declarado que la misión táctica FERROZ, adelantada por el BIVEL, fue coordinada con paramilitares del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ y que él como S3 del Batallón tenía conocimiento de esas coordinaciones. Dice que esas afirmaciones son falsas, increíbles y faltas de lógica, pues de acuerdo al manual de plana mayor una orden de operaciones da a las unidades subordinadas la información necesaria para desarrollar la operación,

lo que permite desarrollar un esquema de maniobra para efectuar la misión impuesta, es un documento legal donde se refleja la misión que tiene que cumplir cada unidad. Agrega que la MT FERROZ se desprendió con exactitud de la OP FENIX. Y argumenta que lo único que hizo, y que dentro de sus funciones como S3 le correspondía realizar, fue bajar el documento de nivel. Sostiene que la MT FERROZ fue el documento que se le dio a conocer al CT GORDILLO, además que se documentaron los programas radiales que se hacían con él, todo lo que reportaba quedaba escrito en los libros y se le daban las instrucciones de acuerdo a esos reportes, o sea que la misión estaba siendo controlada.

Deja en claro que se reunió con los cuatro comandantes de pelotón y no con nadie en particular, les entregó la MT FERROZ, donde se encontraba la orden clara, precisa y concisa que debían cumplir las patrullas y los ejes de avance que la Brigada había dispuesto para los pelotones. Añade que una vez entregó la misión se devolvió al Batallón, llegando a la 1:30 de la mañana, la misión era muy clara y se puede verificar que los parámetros de cumplimiento estaban reflejados en ella, diciendo literalmente que se garantizaría la integridad física de los campesinos que habitaban en la región, respetando DH y DIH, por lo anterior, el CT GORDILLO como comandante tenía obligación de informar verazmente el desarrollo de la misión que le fue entregada por el TC ESPINOSA en el Batallón. Agrega que su presencia en Nueva Antioquia obedece al cumplimiento de la ejecución impuesta en la MT FERROZ, en donde se dice que el S3 dispondría lo necesario, además que no era la primera vez que se desplazaba al área a entregar directamente una orden de operaciones como lo ratifica en declaración el TC GÓMEZ. Además dice que en el manual de régimen interno tiene como una de sus funciones verificar visitas periódicas a las unidades.

Señala que a pesar que se impartieron estas órdenes, el CT GORDILLO no las cumplió. Dice que debido a la experiencia del oficial, de 12 a 13 años de antigüedad en el Ejército, era él la persona disponible más idónea para llevar el mando de la tropa. Cita que en la declaración del CT GORDILLO, cuando se le interrogó cómo se enteró de la muerte de varios civiles, respondió que primero por las explosiones y segundo por radio dos metros, pero acota que ese radio dos metros era el que llevaban los paramilitares y quedó demostrado con la declaración del SG BALLÉN que nunca es compatible con un radio militar 730 como lo quiso hacer entender el actor popular. Añade que es obvio que para el día 21 de febrero el CT GORDILLO ya tenía conocimiento de lo ocurrido, sin embargo, le reportó al puesto de mando atrasado que simplemente escuchó unos disparos, luego se le da la orden que verificara lo ocurrido y como a la hora reporta sin novedad, cuando se le pregunta si el hostigamiento era directamente con la tropa él reporta que no, que se escucharon unas explosiones, pero no reporta nada más. Luego concluye que es claro que el CT GORDILLO ocultó lo que había ocurrido realmente, sin que pudiera el Comandante del Batallón o él como S3 tomar alguna acción respecto de esa situación.

Sostiene que la orden que recibió de la Brigada era que le iban a entregar dos guías, que servirían de orientadores a la tropa, pero no los entrevistó, los mandó a recoger con dos vehículos que estaban en la Brigada y los envió directamente a la patrulla de B1, aprovechando su movimiento desde el sitio La Trampa hasta Nueva Antioquia donde se iniciaba la operación. Afirma que en



ningún momento tuvo contacto con los guías. Agrega que normalmente el BIVEL usaba soldados campesinos, según lo confirmó el Coronel GÓMEZ cuando afirmó que para esa época esa figura ya existía y eran los orientadores en el terreno porque conocían. Dice además que no se ha probado en el proceso que esos dos guías fueran miembros activos o desmovilizados de algún grupo armado ilegalmente, pues PIRULO atestiguó que el día que iba con la tropa no pertenecía al grupo HÉROES DE TOLOVÁ.

Agrega que el mismo PIRULO admite que las coordenadas reportadas al Batallón eran falsas, por lo que puede decir que él como S3 estaba siendo engañado por el CT GORDILLO, y sin duda también fue engañado en los reportes que daba acerca del desarrollo de la misión, tanto así que nunca le reportó la presencia de personal de HÉROES DE TOLOVÁ en el área.

Niega la existencia de la llamada por celular que dice GORDILLO que le hizo, porque no había señal en el sector y ello nunca quedó demostrado en el proceso, además las misiones se hacen a través del radio 730 que tiene seguridad de voz y cuando el CT GORDILLO llegó el día 17 de febrero al área de operaciones nunca se reportó personalmente, el reporte lo hizo el ST JARAMILLO a las 20:00 horas, como quedó confirmado. Dice que simplemente no era posible hablar directamente con el CT GORDILLO, porque solamente existía la repetidora de Cerro Azul, que permitía que hubiera comunicación entre el Batallón y las patrullas, según declaró BALLÉN.

Precisa que cuando el CT GORDILLO dice que se le dieron instrucciones, ellas eran de acuerdo a lo indicado en la misión, no como supuestamente dice respecto a coordinaciones con paramilitares. Afirma que ninguno de los paramilitares lo nombra a él como partícipe en la coordinación, y si esta hubiera existido lo normal era que se hubiera hecho con la cabeza, no con un simple patrullero, pero ninguno de los miembros de las Autodefensas lo involucra en una situación tal porque ello nunca existió. Agrega que la jurisdicción donde se desarrolló la misión era del Batallón BEJARANO y no del VÉLEZ, por lo tanto, la inteligencia de la zona le correspondía a ese otro Batallón.

El CT GORDILLO dice en la audiencia pública que cuando llegó a la zona, ya GARCÍA y BRANGO habían planeado las coordinaciones con los paramilitares, pero no tiene claro quién le ordenó a GARCÍA y BRANGO que hicieran eso, contradiciéndose con declaraciones que anteriormente había dado donde da entender que la orden provino de él. Señala que el CT GORDILLO dice que habló con él para el día 17 de febrero antes de salir a Nueva Antioquia y eso consta en el libro de minuta de guardia, lo que no puede ser porque en ese libro no se inscriben reuniones. Y no tenía tiempo de reunirse con él porque de 5 a 7 de la mañana tenía diversas ocupaciones en el Batallón. Además sostiene que se evidencian los inventos del CT GORDILLO, ya que si supuestamente había hablado con él antes de salir de Nueva Antioquia, entonces no se entiende para qué llamarlo nuevamente para hablar de lo mismo.

Anota que el CT GORDILLO salió temprano del Batallón y solo llegó a las 20:00 horas a la zona, se cuestiona entonces qué hizo en todo ese lapso de tiempo, pues desde el Batallón hasta Nueva Antioquia hay de 4 a 5 horas, lo que

276

confirma el Coronel GÓMEZ y el reporte del libro de minuta de guardia donde está la constancia de su propio traslado el día 16 de febrero. Agrega que el CT GORDILLO dijo que nunca antes había realizado operaciones en el área, pero miente, ya que en noviembre de 2004 estuvo en Nueva Antioquia y Playa Larga desarrollando la misión táctica NEUTRÓN, por lo tanto ya conocía la zona. Concluye que fue GORDILLO quien el mismo día que llegó hizo las coordinaciones, y eso lo confirmó OREJAS en su declaración al indicar que en Nueva Antioquia ALEJO era el enlace y el Ejército le dijo que iban a hacer una operación en La Resbalosa y necesitaban hablar con ellos, lo que se coordinó, envió a BRANDO quien se encontró con el CT GORDILLO y allí acordaron la operación para el 17 de febrero de 2005, después de esa reunión BRANDO fue al cerro y le informó que lo que requerían era cruzar por ahí, al día siguiente llegaron las tropas con GORDILLO. Luego para él, alias OREJAS confirma que las coordinaciones para subir al Cerro Aldana las hizo el mismo CT GORDILLO el día que llegó al área.

Agrega que lo anterior lo ratifica PIRULO en audiencia pública, donde afirma que cuando llegó al cerro estaba el Mayor del Ejército, un señor alto y con la cara toda dañada, y se reunieron con él varios miembros de las Autodefensas. Dice además que en el momento de esa reunión no había ningún otro militar con ellos. Considera que es claro que PIRULO se refiere al CT GORDILLO, dada la descripción física que realiza y además porque como civil desconoce de grados militares.

En declaración de OREJAS afirma que nunca antes se había reunido con personal del Ejército y nunca después lo hizo, así que confirma que nunca existió una supuesta coordinación con anterioridad por parte de él. Refiere que en Justicia y Paz OREJAS dice que en esos mismos días y de casualidad, no porque se estuviera planeando nada con el Ejército, pues ni siquiera sabían que iba por ahí, los comandantes paramilitares estaban planeando un patrullaje, entonces el CT GORDILLO les dijo que si querían podían ir juntos, lo que aceptó, agregando que se coordinó ahí en ese momento y sin nada previsto, que iban a salir el día siguiente en la mañana. Por ello considera que reconoce el comandante OREJAS que nada se había coordinado con anterioridad como lo quiere hacer ver el CT GORDILLO, sino que todo lo hizo él cuando llegó al área de operaciones.

Además resalta que cuando se le pregunta a OREJAS si los superiores de los militares sabían que la operación la estaban haciendo con ellos, el contesta que solo sabía que reportaban que todo estaba normal, y cree que no sabían, porque se entendió directamente con el CT GORDILLO, que ellos hicieron el reporte pero en ningún momento mencionaron que iban con las Autodefensas. Lo mismo que afirma el ST MILANÉS cuando dice que dentro de las comunicaciones nadie reportó al Batallón o a la Brigada la presencia de los paramilitares. Lo anterior dice se corrobora por MELAZA quien indica que cuando llegaron a Nueva Antioquia la compañía del CT GORDILLO ya no estaba allí, si ellos se encontraron en el monte con los paramilitares no sabe, pero HÉROES DE TOLOVÁ le comentaron que había sido así, que allá se encontraron con GORDILLO. Infiere que con ello se fortalece la teoría que fue el CT GORDILLO quien realizó las coordinaciones con los paramilitares.



Reitera que todos los controles se realizan con las informaciones que aportan los comandantes por radio, por tanto las decisiones del Comandante del Batallón y el S3 se encuentran sujetas a las afirmaciones que el CT GORDILLO les daba en los reportes radiales. Lo cual confirmó el TC GÓMEZ en su declaración indicando que a veces las tropas le echan mentiras a uno, pero confían porque no pueden ir a verificar si es cierto que están en esas coordenadas.

Añade que como se prueba en el fl. 174 C/5, el abastecimiento se realizó el día 27 de febrero, además la MT FERROZ en apoyo y servicios para el combate dice que el abastecimiento sólo se haría hasta el día 28 de febrero, luego es errado lo afirmado por el actor popular que hubo abastecimientos anteriores por lo que el comando del Batallón conocía las coordenadas reales.

Concluye afirmando que el comando del Batallón ni supo, ni consintió, ni autorizó la presencia de las Autodefensas en la operación.

EL PROCESADO ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN: Menciona que ha sido una persona cumplidora de sus deberes y se aqueja que uno de los indicios que dedujo en su contra la fiscalía fue el de capacidad dado su poder bélico y se les pretenda juzgar sin tener en cuenta el reglamento que los rige en una misión táctica. Refiere que el manual de planeamiento para la conducción de pequeñas unidades reza que todo comandante, a cualquier nivel, tiene que prever y coordinar cada uno de los aspectos tácticos y administrativos necesarios para el desarrollo de la misión. Y refuta que es ligera la afirmación según la cual los militares tenían un contubernio con los paramilitares, así como decir que los radios que usaba el Ejército de Colombia los tenían los bandidos y la misma Brigada los había programado, pues es MELAZA quien dice en su testimonio que lo que estaban usando eran radios dos metros.

Explica que el nivel de conducción táctica es el que se realiza a nivel comando de Brigada y de Batallón, con su estado y plana mayor, para facilitar el curso de acción por parte del comandante. Afirma que es normal que un comandante de división vaya a su unidad subalterna a inspeccionar lo que considere necesario. Y el CT GORDILLO no estaba dentro de los niveles de planeamiento, solo tenía la madurez para la conducción de una compañía de infantería compuesta por cuatro pelotones, se encontraba en el nivel de ejecución.

Arguye que del porcentaje de ejecución por parte de los batallones que participaron en la operación de Brigada, se puede deducir la responsabilidad de cada uno de ellos. Explica que solamente le correspondía difundir la orden de operaciones FÉNIX y asegura que la misión táctica FERROZ tenía en sí misma todos los requerimientos básicos de información, indicando además que se debía garantizar la vida de los campesinos y el respeto a los DH y DIH. Todas las órdenes en ella contenidas eran de obligatorio cumplimiento. Entonces, la misión que tenía el CT GORDILLO era una de las más sencillas del Ejército, que consistía en infiltrarse en el área y posicionarse en dos cerros, no requería un entrenamiento especial para esa clase de operación.

Rebate que le correspondía de primera mano orientar al CT GORDILLO,

MB

porque era una operación importante donde estaba comprometida toda la Brigada, por eso se le explicó en qué consistía la parte de esa operación que debía ejecutar. Agrega que hizo entrega por escrito de ese documento al CT GORDILLO y se trataba de una orden legítima. Además se hacía el seguimiento diario a esa misión por los reportes radiales, mediante un oficial de comunicaciones que realiza la transcripción literal de todo, puesto que en el Ejército Nacional ningún pelotón o compañía puede estar a su libre albedrío, siempre se hace el respectivo seguimiento hasta su culminación. Luego dice considerar que no se puede desconocer lo que está escrito, sobre poniendo lo dicho por el CT GORDILLO.

Dice aceptar que se reunió con el CT GORDILLO dándole una ante orden, él mismo le dio la orden que se desplazara de Capurganá hasta el Batallón en San Pedro de Urabá, allí se le expide la MT FERROZ, mas no es verdad que allí se le hubiera dado una orden o tan siquiera una insinuación de patrullar con paramilitares. Explica que así como el General FANDIÑO le ordenó desplazarse a Carepa para recibir la orden de la Brigada, era su responsabilidad dar de primera mano la información al CT GORDILLO, en quien depositaba la misión táctica.

Analiza que la única persona que lo nombra a él en el proceso es el CT GORDILLO, quien anuncia irse a sentencia anticipada, acogerse a beneficios legales, pero no el deseo de aclarar los hechos. Argumenta que lo único que hace es realizar acusaciones falsas para obtener beneficios y no soporta sus dichos con pruebas. Dice que el CT GORDILLO toma un suceso verídico y lo tergiversa, diciendo que el MY CASTAÑO hizo una reunión con el TT GARCÍA indicándole que coordinara con los paramilitares, lo que no podía si quiera saber, puesto que no tiene el don de la ubicuidad y en ese supuesto momento se encontraba en el Batallón Vélez. Además dice el CT GORDILLO que la orden se le dio también en el programa radial, pero no es cierto porque no hay otra interpretación distinta a las instrucciones que se dieron y a lo consignado en la misión táctica.

Dice que le llama la atención la forma sesgada como se analizó el testimonio del CT GORDILLO frente a su testimonio en la resolución de acusación, pues su versión de los hechos dice se ignoró completamente. Argumenta que si se hubieran sometido los testimonios suyos y el del CT GORDILLO a la luz de la sana crítica, partiendo del postulado de la buena fe, habría de concluirse que éste parcialmente faltó a la verdad en lo dicho, pero por el contrario, la fiscalía tomó como ciertas dos versiones encontradas entre sí. Se remite a las dos intervenciones del CT GORDILLO, que toma como soporte de la acusación el ente fiscal, indicando que da por cierto que el CT GORDILLO se desplazó directamente al área de operaciones donde recibió las instrucciones. Pero es que posteriormente en su indagatoria él mismo comprobó que el CT GORDILLO no llegó directamente de Capurganá al área de operaciones sino al Batallón Vélez, luego no se puede dar crédito a ello.

Advera que obviamente se le habló que hiciera las coordinaciones, pero es claro que la orden consistía en que coordinara con sus unidades no con los paramilitares, lo que por ninguna parte ni siquiera se le sugirió. Sostiene que si el CT GORDILLO estuvo antes en esa zona y no denunció la presencia de los paramilitares, era porque consentía y estaba de acuerdo con ellos. Manifiesta que no existe la prueba que él se reunió con los paramilitares para planear la



operación o que en algún momento consintió que ellos fueran a masacrar a esos niños.

Recalca lo manifestado por la Procuraduría que "al parecer" el TC ESPINOSA conocía de los tratos con los paramilitares y en consecuencia los actos cometidos en contra de las personas le son imputables a título disciplinario. Dice entonces que o está acreditado o al parecer se sabe, pero no ambas cosas, lo que genera una contradicción lógica.

Afirma que la operación militar no estaba bajo su responsabilidad. En el punto mando y comunicaciones de la Brigada se indica que el mando operacional lo tenía el TC NESTOR DUQUE LÓPEZ y el mando táctico el MY JOSÉ ACOSTA CELY. Entonces no podía cambiar la orden, era un canal de comunicación entre el CT GORDILLO y la Brigada, sólo podía direccionarlo.

Sostiene que no puede afirmarse con falta de pruebas que él mantenía nexos con miembros paramilitares, cuando ni siquiera los paramilitares que declararon lo han nombrado a él dentro del proceso. Señala que la jurisdicción donde se desarrolló la operación era del Batallón BEJARANO y no del VÉLEZ, luego no pueden decirle a él que convivía con los paramilitares, pues fue la Brigada quien orientó la orden de operaciones, desconocía lo que había en esa zona. Resalta que es el mismo PIRULO quien confirma que fue el CT GORDILLO quien lo buscó y solicitó que lo acompañara a la operación militar. Se cuestiona cómo concluye la fiscalía que resulta extraño que los que estaban en el puesto de mando atrásado no se dieron cuenta de la presencia paramilitar, cuando el CT GORDILLO nunca se los informó.

Finalmente se refiere a las reglas de valoración del testimonio único, que en su caso dice es el del CT GORDILLO, porque no hay otra prueba en absoluto que lo acuse, donde indica que debe tener estas características excepcionales para fundamentar una sentencia, siendo coherente y no contradictorio y confuso, teniendo precaución sobre sus posibles intereses. Además dice que se debe considerar que cuando se oponen la versión del testigo único y el acusado, siempre se debe tener en cuenta que a este último lo ampara la presunción de inocencia.

Manifiesta que le resulta extraño que el CT GORDILLO no recuerde pormenores del momento en que se le dio la supuesta orden ilegal, lo que permite concluir que ello en realidad no ocurrió. Agrega que de las demás pruebas se infiere, al contrario, que es el CT GORDILLO y solo él quien se concertó con los paramilitares. Y es que sospechoso resulta la familiaridad que muestra el CT GORDILLO con los miembros del grupo paramilitar, indicando a todos por su alias, cuando ni siquiera a sus propios compañeros los recordaba.

Señala que conforme a la ley para condenar no debe quedar un solo vestigio de duda y tiene que existir total certeza, por lo que concluye solicitando que se declare su absolución y se compulsen copias al CT GORDILLO por el delito de falso testimonio, pues en sus dichos solo busca recibir los beneficios que la ley ofrece.

EL DEFENSOR DE ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN Y JOSÉ FERNANDO CASTAÑO: Solicita la absolución de sus procurados e indica que las indagatorias de estos fueron claras, expresando todo lo que sabían respecto a lo investigado. Dice que en la acusación se mezclaron situaciones de manera indebida y se acusó a sus prohijados sobre tres tipos penales, bajo el grado de participación de la coautoría, sin definir de qué clase.

Señala que los hechos se dice acaecieron al parecer el día 21 de febrero, porque esas son las afirmaciones que hacen los miembros de las Autodefensas buscando prebendas legales, a quienes les ha dado plena credibilidad la Fiscalía y, en cambio, las versiones que han rendido los militares, que son libres de cualquier ganancia, no han sido tenidas en cuenta.

Critica el recuento histórico de la Comunidad de Paz que hizo el actor popular, aseverando que todos saben que está permeada por los grupos armados que operan en esa zona, además que cuando se citó a los directivos que acusaron tanto a la fiscalía para tratar de esclarecer los hechos, no se pudo escuchar su declaración, habiendo dejado el fiscal la correspondiente anotación en el sentido de la falta de colaboración de la comunidad y sus líderes, indicando además que sólo se pudo establecer que BEYANIRA AREIZA pertenecía a esa comunidad. Por lo anterior concluye, que jamás se probó que fuera un atentado en contra de la Comunidad de Paz.

Afirma que las órdenes de operaciones fueron legales y expedidas por las autoridades competentes y así mismo la misión táctica FEROS, la cual se desarrolló en jurisdicción de la Brigada pero nunca en jurisdicción de ese Batallón, por lo tanto dice no se entiende en qué momento hicieron las conexiones con los paramilitares las tropas del BIVEL si nunca estuvieron en el sector. Afirma que el único que hizo esa clase de conexiones fue el CT GORDILLO. Y hace un recuento de la forma como se expide la misión táctica con base en la orden de operaciones FÉNIX y la orden fragmentaria FOCA.

Insiste que al CT GORDILLO se le dieron unas órdenes precisas respecto de la misión táctica FEROS, que no llevaba el esfuerzo principal de la orden de operaciones de la Brigada, y simplemente se tenía que desplazar a dos cerros y esperar órdenes. Recuerda que en el sitio de operaciones se requería quien tuviera la suficiente instrucción y preparación para manejar la tropa y refiere se seleccionó al CT GORDILLO porque entre otras cosas ya había estado realizando movimientos con anterioridad en la zona, además era comandante de la compañía BOLÍVAR y uno de sus pelotones participaría en la misión, y porque el comandante de la compañía ANZOÁTEGUI era un Teniente que se encontraba haciendo curso de ascenso a Capitán, luego el único disponible era el CT GORDILLO.

Recalca se debe tener en cuenta que el CT GORDILLO estaba lejos del Batallón y no tenía ningún contacto personal con sus procurados, por lo tanto, no tenían ningún acuerdo. Refiere que sus prohijados han sido claros en exponer las contradicciones de las declaraciones del CT GORDILLO. Cita que inicialmente aquel nunca refirió todo lo que ha dicho ahora en el proceso, valiéndose de falsedades, según fue explicado por sus procurados. Menciona que la fiscalía



llamó a ampliar indagatoria al CT GORDILLO sencillamente porque no era coherente, además le permitió leer las otras indagatorias que se habían practicado en el proceso, y en vez de solicitarle una respuesta a por qué se había olvidado de ese momento tan importante donde le dieron la orden de trabajar con Autodefensas habiendo debido rechazarla, le permitió que argumentara que ahora si se acordaba de una información que tenía a mano, por lo que le resultaba fácil organizar su versión, solicitando él mismo al finalizar que se le tuviera en cuenta para obtener beneficios por colaboración, luego es claro que solamente buscaba beneficios.

Además, resalta que el CT GORDILLO se demorara el día 17 más de doce horas en llegar hasta Nueva Antioquia, lo que contrasta con el dicho de SALGADO DAVID que dijo que la primera reunión había sido con BRANGO el día 17 y en horas de la mañana. Y se cuestiona si todo estaba coordinado, que lógica tenía que GORDILLO reportara por radio que había un combate y eso lo escucharan todas las unidades. Dice que de acuerdo a lo informado por MILANÉS el encargado de reportar las coordenadas era el TT JARAMILLO por orden del CT GORDILLO y eran falsas. Luego ya el CT GORDILLO estaba manipulando lo ocurrido, ya había tenido la reunión y no le convenía informar la situación como era. Dice que se debe observar que ante el descontento de MILANÉS el CT GORDILLO le dio la orden de ir a la retaguardia, lo que quiere decir que ya había hecho todos los acuerdos porque conocía a la tropa con anterioridad. Aduce que se puede encontrar que el CT GORDILLO no puede concordar todos los datos, porque era el único responsable de todo lo que estaba pasando allá, como se dijo en la orden de operaciones debía ir adelante, tal como lo hizo llevando consigo a B1 que era su pelotón.

Indica que jamás en las comunicaciones se ha detectado que se reportara algo irregular. Jamás se dieron instrucciones de funcionamiento en connivencia con grupos armados ilegales. Se demostró que la orden de operaciones y la misión táctica eran legales y los lineamientos que se dieron se cumplieron por el BIVEL, escogiendo las tropas considerando que eran las que podían cumplir la misión con el mayor profesionalismo. Argumenta que aunque la fiscalía y el Ministerio Público no consideraran necesario que el CT GORDILLO se trasladara al Batallón a recibir instrucciones del TC ESPINOSA, para concluir que se presenta algo oscuro, al respecto aclara que cuando el Ejército planea una orden de operaciones a nivel Brigada esta es de gran importancia y por tanto no se puede publicitar, esa orden es secreta y a quienes la van a aplicar se aplica el principio de la compartimentación, de acuerdo al cual cada uno sabía la parte que le correspondía realizar, y el TC ESPINOSA debía comunicarla personalmente a quien tenía responsabilidad de su cumplimiento, e igualmente era obligación del MY CASTAÑO ir hasta el sitio donde iba a empezar la misión táctica para darles las instrucciones propias para el desarrollo de la misma, a fin que los códigos, claves o contraseñas no se filtraran.

Sobre los delitos que se le imputan a sus defendidos, dice que se debe recordar que la fiscalía en su intervención dijo que sería bajo la figura de coautoría mediata para aquellos que no habían estado en la zona, pero había hablado con el Fiscal General y le dijo que con estructuras de poder no se podía y por eso era una coautoría. Pero es que para hablar de coautoría se deben cumplir unos

requisitos especiales que son el acuerdo común y el dominio funcional del hecho. Argumenta que sus procurados no tenían ningún dominio del hecho, no asumieron ninguna tarea parcial que fuera esencial, por demás se cuestiona si será que 50 paramilitares necesitan que lleguen 120 hombres del Ejército para ir a matar a 8 personas.

Igualmente dice que en providencia dictada en el radicado 19.213, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la Corte Suprema de Justicia ha establecido tres requisitos para ser coautor, que son el acuerdo común, la división funcional del trabajo criminal y la importancia de los aportes. Al respecto se cuestiona cuál acuerdo común hubo en los hechos, si el CT GORDILLO estaba en Capurganá y pasó al Batallón a recibir la orden de operaciones, sin que esté probado que allí se le dijo que actuara con los paramilitares. Además dice se requiere la finalidad de cometer plurales delitos indeterminados o los específicos de que trata el inciso 2° del art. 340 del C.P., donde la adecuación típica se traslada a concierto para delinquir. O sea que hay coautoría o hay concierto para delinquir. Y señala que los aportes deben ser materiales, no espirituales, ni subjetivos y deben ser fundamentales para la ejecución del hecho, luego reitera su cuestionamiento si era necesaria la presencia de los militares para cometer los hechos. Agrega que, aún aceptando que ese aporte fuera esencial, era del CT GORDILLO y no de sus procurados que estaban planeando una orden de operaciones impartida por la Brigada.

Argumenta que si bien es cierto los hechos violentos fueron cometidos por una pluralidad de sujetos, sus prohijados solo están involucrados con la declaración de cargo del CT GORDILLO condenado a 20 años de prisión, previa confesión de sentencia anticipada, luego solo se puede concluir que los oficiales no hicieron parte de la organización que perpetró los hechos. Jamás se concertaron, estuvieron en el mismo sitio o dividieron el trabajo.

Frente a la teoría del actor popular sobre las estructuras de poder, dice que el BIVEL era una unidad fungible en esa operación, entonces no se puede presentar la teoría citada, porque requiere unas cualidades especiales y es que el autor de atrás se aproveche de la persona como instrumento para realizar acciones ilegales y aquí no se observa que las órdenes de operaciones sean ilegales. Recalca que el CT GORDILLO a pesar de los controles que hacía el Batallón nunca informó nada ni al Batallón ni a la Brigada. Critica la atribución de la posición de garante a sus representados pues de acuerdo a la norma la persona debe tener la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya atribuido una determinada fuente de riesgo, la cual en este caso no estaba en cabeza de sus prohijados y sí existía estaba en cabeza del CT GORDILLO, que era quien manejaba la tropa en el área de operaciones. Finalmente menciona que el concierto para delinquir se encuentra inmerso en los delitos contra la seguridad pública, quedando excluido por expresa disposición legal de la figura de la posición de garante.

Dice que no hay prueba que sus procurados hayan pactado con las Autodefensas la comisión de delitos entre el 15 y 26 de febrero de 2005, luego resulta inoficioso analizar si tenían intención de causar algún daño cuando no se ha participado en el hecho que lo origina, elemento subjetivo que hace parte del



juicio de tipicidad. En conclusión, que las únicas pruebas que existen en contra de sus procurados han sido rebatidas, por lo tanto, no se cumplen los lineamientos del art. 232 del C.P.P. para proferir fallo de condena.

Afirma que de acuerdo con el principio de congruencia la decisión judicial está ligada a la resolución de acusación la cual adolece de varios vicios de constitucionalidad y de legalidad, mientras que las deducciones se basaron en la subjetividad del ente acusador.

EL PROCESADO ALEJANDRO JARAMILLO: Relata que tan pronto terminó sus estudios de bachillerato prestó el servicio militar obligatorio con complacencia, es hijo de un oficial reservista e ingresó al curso de oficiales en enero de 2001 y para marzo de 2004 se presentó al BIVEL en un sector que desconocía completamente. A mediados de 2004 fue asignado a la compañía BOLÍVAR, recibiendo el tercer pelotón que se encontraba en el Darién choacoano, en un lugar a más de un día de distancia de donde ocurrieron los hechos. A mediados de enero de 2005 estuvo en el Batallón por orden del TC ESPINOSA por dos días y retornó al sitio, luego para el 1º de febrero de 2005 estaba nuevamente en el BIVEL, en San Pedro de Urabá, donde se le ordenó recibir a B1 que era un pelotón que no se mantenía con los otros tres de la compañía. Después lo enviaron, a mediados de mes, a hacer parte de un apoyo a la compañía ANZOÁTEGUI, que llevaba algún tiempo en el sector de Nueva Antioquia y por tanto conocía el terreno. Se declara como no responsable de lo ocurrido aunque lamenta profundamente los hechos.

Afirma que para el momento en que recibió funciones y se introdujo en el cumplimiento de la operación FÉNIX no conocía cómo había sido planeada y quiénes lo habían hecho. Su orden era simplemente ir a engrosar el personal de ANZOÁTEGUI porque tratándose de una operación de Brigada se requería una compañía completa. Al llegar hizo presentación ante el TT GARCÍA que era comandante de la compañía ANZOÁTEGUI, a quien hasta ese momento no conocía; al llegar a Nueva Antioquia solo conocía al TT MILANÉS, quien fue quien lo recibió y llevó a donde el TT GARCÍA. Recuerda que el TT GARCÍA en ningún momento le pidió que le formara la gente para recibir parte de su pelotón, por el contrario, nunca le manifestó ninguna orden expresa porque presume que hasta ese momento no la conocía porque en el transcurso del día arribaría a ese sector el MY CASTAÑO, pero si le dice que tenga especial cuidado y alerte a su gente porque tiene en desarrollo un registro hacia la parte alta, señalándole hacia uno de los cerros cuya ubicación desconoce.

Menciona que en el grado de ST y estando en el primer año del mismo, en ningún manual es tenido en cuenta un oficial subalterno para la toma de decisiones en desarrollo de una operación, y más cuando no es la persona más idónea en ese momento por desconocer el terreno y el área de operaciones.

Dice que luego llega el CT GORDILLO a su pelotón y es hasta ese momento que hace el último reporte de radio como comandante de B1, siendo él mismo quien indica al Batallón que ha hecho presencia el CT GORDILLO, quien fue la persona que le dio los parámetros de la operación. Pues explica que ni siquiera él sabía qué era lo que se iba a hacer. Afirma que desde el día anterior el

MY CASTAÑO le entregó la orden a TT GARCÍA y a los demás se dieron instrucciones generales, entre ellas que el Capitán estaba dirigiéndose hacia el área de operaciones, sin que se le dieran más detalles. Asegura que cuando llegó el CT GORDILLO le entregó el radio de comunicación y le dio parte del personal (25 hombres) y le puso a disposición su persona y los dos suboficiales, él dijo que iba a estar al mando de su pelotón y que se encargara de los demás con los suboficiales. A partir de ese momento pierde toda conexión con su Batallón.

Afirma que tanto GORDILLO como los paramilitares han hablado de tres reuniones, y se debe tener en cuenta que su eje de avance fue el último pues iban A3, A2, A1 y por último B1 (que prácticamente tenía solo 2 escuadras). Llegó el primer día a horas de la noche después de las 7 al sector donde debía pernoctar, solo se limitaba a los datos que le pasaba el CT GORDILLO, que era el que tenía el posicionador, y se encontró con la sorpresa que no iba a alcanzar a subir ese cerro, porque el TT GARCÍA le había ordenado que hiciera un desplazamiento corto pero lo hiciera, ya no se veía nada, llegó solo hasta media falda, no conocía a los soldados que marchaban con las otras unidades.

Dice que no es cierta la afirmación de que B1 era el pelotón de confianza del CT GORDILLO, porque ese pelotón llegó al Batallón a mediados de 2004, no antes, y todo el tiempo al provenir de la ESPRO que son soldados con mejor capacitación, por su disciplina y grado de entrenamiento, lo usó el Coronel para realizar operaciones cerca del Batallón y bajo su mando directo, por eso nunca estuvo bajo la dirección de GORDILLO antes.

Dice que es falso que él pasara una serie de coordenadas falsas, pues desde el 17 de febrero a las 20:00 horas no poseía el radio de comunicaciones ni tenía el posicionador, pues los entregó al CT GORDILLO. Así que se cuestiona como puede él como reemplazante dar las coordenadas en lugar del comandante de pelotón.

Reitera que como Subteniente no tenía opción alguna de opinar o modificar algo de la operación, además fue formado para obedecer en la escuela militar, pues desobedecer cualquier orden en el contexto de la justicia penal militar no es otra cosa que un delito. Afirma que en ningún momento desobedeció las órdenes del CT GORDILLO, cuando le indicó cuál era el eje de avance, cuáles sus responsabilidades y que debía verificar a su gente.

Finalmente dice que la tropa con la que desarrolló la operación FÉNIX fue completamente disciplinada, y en el marco de la guerra irregular que estamos viviendo ni siquiera en el Batallón se forma toda en un mismo sitio, por lo que en desarrollo de la operación nunca tuvo la oportunidad de ver en el área reunidos a los cuatro pelotones, lo máximo que pudo ver y eso que desplazándose de una escuadra a otra fue una escuadra reunida. Dice que no había las condiciones de terreno y el espacio como para tener esa situación y si bien es cierto que todos los pelotones estaban enmarcados dentro de un mismo eje de avance cada uno manejó su ruta, e incluso para B1 y A1 se desprendieron dos ejes de avance hacia el mismo objetivo, esto obligándolo a él, al venir de último, a tomar el camino por el que las demás personas conocedoras del terreno y que llevan los posicionadores le iban mostrando.



Dice que lo único que hizo fue ser una pieza de un engranaje que otros planearon, que nunca se concertó para ejecutar un acto a sabiendas que era ilegal.

EI DEFENSOR DE ALEJANDRO JARAMILLO: Alega la inocencia de su procurado, indicando que no poseía dominio del injusto y en atención a que la simple causalidad no significa la imputación jurídica del resultado. Afirma que el TT JARAMILLO se sujetó a un actuar legal a través del desarrollo de la operación FÉNIX porque para esa época era un oficial de grado Subteniente con tan solo 1 año de antigüedad en la fuerza y, de acuerdo a los manuales y códigos de disciplina y orden militar, para ese grado de Subteniente la función natural era la de reemplazante de pelotón, siendo orgánico de la compañía BOLÍVAR del BIVEL adscrito a la Brigada XVII del Ejército Nacional.

Agrega que como reemplazante de pelotón debía eventualmente sustituir al Comandante de pelotón durante sus ausencias y si éste se encontraba dentro de la unidad su función era ser su reemplazante y comandante de la segunda escuadra. Sus labores eran realizar la debida instrucción militar a sus subalternos, vigilar su conducta, estar atento a las formalidades propias de la disciplina castrense. Cita al respecto el art. 294 sección e) del manual de régimen interno, aportado como prueba al proceso.

Continúa expresando que, para el mes de febrero de 2005, el comando de la Brigada XVII planeó una gran operación militar que implicaba la participación de todos sus batallones, realizando una tarea previamente señalada en la orden de operaciones con el fin de combatir grupos armados ilegales en la zona general del Cañón de Mulatos. Empero indica, se presentó una situación especial por la cual el pelotón BOLÍVAR I fue anexado a la compañía ANZOÁTEGUI. Lo que quiere decir que sólo unos días antes del inicio de la operación se le dio la orden a B1 de anexarse a la A, llegando a Nueva Antioquia la noche anterior del inicio del desplazamiento. La orden que se dio a la ANZOÁTEGUI era básicamente desplazarse para consolidar dos cerros: el Cerro Bogotá y el Cerro Cooperativa.

Dice que cumpliendo con las órdenes que le fueron impartidas, el procesado JARAMILLO GIRALDO inició su recorrido, inicialmente llegó al sitio de partida del desplazamiento, zona del corregimiento de Nueva Antioquia, encontrándose a la retaguardia en la línea de avance en relación con los demás pelotones, lo cual está plenamente probado en el expediente, así como la posición de su procurado dentro de ese recorrido, que fue en la segunda escuadra de B1, porque a la cabeza de dicho pelotón estuvo el CT GORDILLO que era adicionalmente el comandante de la compañía.

Afirma que entonces es claro que su cliente estaba imposibilitado para tener el mando de dicho pelotón, al haber un oficial de rango superior, y por ende, quien manejaba las órdenes y disponía lo que se debía hacer en el área era el CT GORDILLO, además que manejaba el radio para las comunicaciones.

Agrega que como fue un desplazamiento de algunos días, el patrullaje del ST JARAMILLO se limitó a obedecer todas las órdenes y funciones que le fueron

impartidas, como lo fue avanzar por el terreno junto con sus hombres, detener la marcha cuando se requería, inclusive también está demostrado que se le ordenó en un momento crucial de los hechos investigados efectuar un registro perimétrico al momento de escuchar unas explosiones y tomar posición y seguridad del Cerro La Cooperativa una vez se llegó a este. Dice que el registro consistió en verificar un radio no muy extenso, precisamente por los problemas de seguridad que se estaban presentando en el Cañón de Mulatos.

Concluye que el acusado era un oficial de rango menor, el más bajo de todos los grados dentro de los oficiales del Ejército, además que tenía corta experiencia dentro de la trayectoria militar, y finalmente sus funciones se limitaron a cumplir dentro del mandato legal las órdenes impuestas por sus superiores dentro de la disciplina propia de la institución castrense. En consecuencia, siempre se sujetó a los mandatos legales y las órdenes de sus superiores.

Manifestó que JARAMILLO GIRALDO no hizo parte de una empresa criminal, porque para la época de los hechos había llegado recientemente como oficial del pelotón B1 y llevaba un tiempo muy corto dentro de la estructura del BIVEL, resalta además que a parte de que no llevaba mucho tiempo en la zona, nunca había operado en la zona general del Cañón de Mulatos, había permanecido en el pacífico chocoano, solamente 1 mes antes había sido trasladado de B3 a B1, conocía otra zona diferente dentro de la jurisdicción del BIVEL y que no era cercana a la jurisdicción de San José de Apartadó. Además, el pelotón B1 estaba destinado a misiones particulares y permanecía a disposición del Batallón, no permanecía con su compañía BOLÍVAR y B2, B3 y B4 estaba prestándole seguridad a un reality y allá era donde estaba el CT GORDILLO. Recalcó que JARAMILLO no se encontraba con GORDILLO.

Entonces sostiene que B1 entra a participar de la misión, no por capricho o intención de JARAMILLO, ni por deseo del Comandante de Batallón, sino por necesidad del servicio y decisión de la Brigada. Por tanto, su defendido llegó al lugar donde se desencadenaron los hechos solo por razones del azar, puesto que a él no le correspondía patrullar la zona y su misión se circunscribió al cumplimiento de las órdenes de sus superiores.

Dice que JARAMILLO GIRALDO no conocía el territorio, no conocía la población que habitaba la región, no conocía a los mismos miembros del Batallón, escasamente conocía algunos de sus superiores y a sus subalternos, y si no conocía nada de ello menos iba a conocer grupos armados ilegales o a establecer en tan corto tiempo una relación estrecha con delincuentes como para convenir con ellos realizar desplazamientos conjuntos, máxime si se tiene en cuenta que el sector de Mulatos era nuevo para él ya que nunca lo había recorrido en su vida.

De otra parte, dice que las condiciones geográficas del territorio como lo indicaron todos los testigos, eran abiertamente adversas para los militares, era una región llena de diversos accidentes geográficos, una zona evidentemente selvática, que presentaba pronunciados ascensos y descensos, donde existían árboles frondosos, y en general un área de difícil acceso y visibilidad para cualquier humano.



Además, refiere que en los desplazamientos se guardaban las distancias mínimas de seguridad, pues no iban caminando o de paseo, además que no es cierto que pernoctaran todos revueltos porque resultaba materialmente imposible, pues no se puede pretender que en una cordillera pernoctaran más de 100 hombres en el mismo sitio. Le resulta inimaginable que en un sector con presencia de subversión o con situaciones tan difíciles, que días antes se había presentado una emboscada a otro grupo militar, se pudiera pernoctar en grupo.

Afirma que resulta inadmisibles el argumento según el cual, para poder actuar con la connivencia paramilitar se dispuso poner a disposición del CT GORDILLO un pelotón de su entera confianza, dice que se trata de una acusación temeraria porque B1 no se encontraba siquiera a disposición del CT GORDILLO antes del inicio de la operación FÉNIX, y JARAMILLO estaba recientemente llegado a ese pelotón el cual se encontraba realizando misiones tácticas en otra área diferente.

Refuta que menos aún es cierto que su defendido tuvo contacto con los ilegales haciéndose pasar por el ST MILANÉS, no existe prueba como para concluir esa afirmación porque en juicio estuvo presente alias comandante VEINTIUNO y mencionó que no estaba seguro si alguno de los procesados estuvo en los hechos, dijo que podía ser o no ser, pero sí estaba seguro que GORDILLO sí estaba y presentó a otro militar por su apellido. Entonces argumenta que, al haber indicado el testigo que no estaba seguro, no se puede concluir que haya hecho un reconocimiento del procesado.

Plantea que las múltiples versiones de los paramilitares rendidas en el proceso no demuestran más que serias contradicciones entre ellos mismos, al no poderse poner de acuerdo frente a la situación de los militares. Resalta que unos dicen que sí estaban los militares, otros dicen que no estaban, otros dicen que estaban en un cerro, otros dicen que estaban revueltos, luego no son coherentes y lo único cierto es que todos concluyen en no poder establecer la situación de los militares, en lo único que están de acuerdo es que el CT GORDILLO sí era la persona íntimamente ligada a ellos o que por lo menos sostenía conversaciones con ellos.

Explica que JARAMILLO no poseía el dominio del injusto, citando que la Corte Suprema de Justicia tiene línea jurisprudencial en que indica que el dominio del injusto es la forma más precisa para determinar la autoría, donde debe considerarse como elemento característico no solo el control sobre el hecho, es decir, lo puramente objetivo o la descripción típica de la conducta, sino que se debe tener el control total sobre la conducta punible, es decir, el factor subjetivo. En consecuencia, se requiere conocimiento, voluntad y dominio funcional del hecho, en tanto que el comportamiento propio sea fundamental para acelerar, frenar o desviar el curso causal o el riesgo para el bien jurídico que se pretende tutelar.

Afirma que el dominio del injusto en este caso particular lo detenta un aparato organizado de poder y no una persona, porque la conducta de JARAMILLO GIRALDO giraba en torno a una obligación de obediencia para con su institución, jerárquicamente organizada y donde se cumplen plenamente las

formalidades, siendo quien está en el vértice del poder quien definitivamente tiene el dominio del injusto.

En consecuencia, sostiene que la parte acusadora es contradictoria, porque solicita la condena de todos los procesados, unos por autores mediatos y otros por autores directos, pero sin contemplar la estructura organizada de poder, cuando para que se pueda hablar de autoría mediata se requiere la existencia de esa estructura. Dice que observa gran dificultad de la parte acusadora para tratar de determinar por qué unos son autores mediatos y otros autores directos. Y, al contrario, la fiscalía no se ocupó de determinar el rol o función de cada procesado para establecer porqué unos y otros poseían esa forma de participación. Indica que el aparato organizado de poder es el que realmente tiene todos los elementos para predicar el dominio del injusto, que en este caso sería el Ejército como una estructura jerárquica, que mediante la obligación de obediencia actúa de manera particular generando o no riesgo para el bien jurídico. Aunque dice que en este caso concreto todos los que participaron en la operación FÉNIX sólo obedecieron órdenes que salieron de una operación de Brigada.

Expresa que es falso que solamente el BIVEL partió de Nueva Antioquia, luego no se puede manifestar válidamente que ese Batallón tenía todo concertado con las Autodefensas, porque el BCG33 también salió de Nueva Antioquia. Al respecto cita la orden fragmentaria de operaciones FOCA. Resalta que el Batallón BEJARANO además participó con varias compañías. Luego dice que no es posible que solo la compañía del BIVEL haya estado concertada en su integridad, en su totalidad, con los ilegales. Además agrega que en la orden de operaciones existían unas recomendaciones a las unidades tácticas, dentro de las que se indica que se deben desplazar los hombres considerando que las FARC son expertos en el uso de minas, por lo que debían considerar en el patrullaje que alrededor de ellos podía haber alguna.

Reitera que quienes patrullaban en la operación FÉNIX no poseían voluntad propia, ésta pertenecía al mando y sólo las decisiones de éste eran las que potencializarían el mayor o menor riesgo al bien jurídico. La voluntad, conocimiento y dominio del hecho lo tenía el vértice de la estructura. Luego jurídicamente hablando la posición de garante no era de los procesados sino de quien daba las órdenes. Dice que el Batallón no tenía posición de garante, estaban cumpliendo órdenes de la Brigada, no tenían voluntad ni dominio del hecho.

Precisa que para que haya autoría mediata el hombre de atrás debe tener dominio del injusto y el hombre de adelante, que según la fiscalía son quienes con su conducta omisiva permitieron que se perpetrara el hecho, en la teoría de la autoría mediata debe ser instrumentalizado para materializar la ejecución del hecho y obra bajo una causal eximente de responsabilidad. Cita sentencia proferida en el radicado 29.418 de fecha 02 de febrero de 2009. Además dice que el hombre de adelante en la teoría de la estructura organizada de poder es un sujeto fungible. Aduce que en el caso concreto aunque los militares estuvieran o no, el resultado se iba a dar, porque el dominio del injusto lo tenía era el superior.

Concluye que para demostrar responsabilidad penal de su procurado se



debe demostrar su aporte funcional al hecho (acción) o su conducta omisiva frente al deber de protección (omisión). Y sostiene que a JARAMILLO no le era exigible otra conducta por la ponderación de su derecho frente a los derechos del otro. Explica que encontrándose en una situación tan extrema, el instinto elemental de supervivencia humano lo autorizaba a ponderar el peligro de su vida frente al de otros, en ese caso generalmente la regla de experiencia dice que uno trata de salvarse a sí mismo, pues su propia vida también es un derecho irrenunciable. Agrega que su procurado pudo tomar la decisión de proteger su propia vida al hacer la ponderación antedicha, porque no tenía forma de saber si había otras personas en convivencia con los paramilitares, además él no poseía radio de comunicaciones, se encontraba en una zona de difícil acceso y de ser cierta la presencia de las Autodefensas no podía saber cuáles de sus compañeros estaban de acuerdo con ellos, por tanto, estaba en una posición de desventaja y por su auto conservación era viable que tomara la decisión de protegerse. Luego a él no le cabe el juicio de reproche.

Cita el principio de culpabilidad según el cual la conducta para ser punible requiere que sea típica, antijurídica y culpable, situación que se aplica igualmente al caso de la posición de garante, pero dice que la conducta de JARAMILLO no fue omisiva y en todo caso no le era exigible otra actuación por la ponderación de los intereses en juego. Finalmente, refiriendo que se requiere conforme a la ley certeza para condenar, solicita la absolución de su representado.

#### EL DEFENSOR DE DARÍO BRANGO Y EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN:

Solicita la absolución de sus prohijados. Dice que la sensatez que deben tener los intervinientes dentro de un proceso penal, permite admitir como hecho probado los macabros acontecimientos ocurridos el día 21 de febrero de 2005, donde ocho personas fueron asesinadas vilmente por miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ de las Autodefensas. Y que en desarrollo de esos acontecimientos ejecutados materialmente por paramilitares, lamentablemente había miembros del Ejército Nacional, puesto que es un hecho probado que allí se encontraba el CT GORDILLO y está demostrado que incluso habría tomado parte en la decisión final de quitarle la vida a algunos menores de edad. Pero agrega, algunos testigos dicen que en el área había más militares, sin concretar cuáles, pues aunque se puede deducir que eran militares bajo el mando del CT GORDILLO, no se logra establecer sus nombres y grados.

Dice que también está demostrado que el CT GORDILLO coordinó un movimiento conjunto entre las tropas bajo su mando y los ilegales de las Autodefensas. Habiéndose hecho referencia en el proceso a por lo menos tres reuniones, donde los paramilitares desmovilizados que han admitido responsabilidad han sido abiertos en declarar, con ciertas divergencias en sus testimonios, que el CT GORDILLO sí realizó esas coordinaciones.

También dice está demostrado que el CT GORDILLO ostentaba la posición de comandante de una compañía conformada por cuatro pelotones A1, A2, A3 y B1. Está probado que B1 fue agregado para completar la TOE necesaria para el desarrollo de la operación apenas un día antes del inicio de la misma y que los pelotones de ANZOÁTEGUI permanecían en Nueva Antioquia aproximadamente desde un mes antes, no en el casco urbano sino en el sector de Nueva Antioquia.

Dice que está probado que el pelotón A1 estaba al mando del ST MILANÉS, que A2 estaba al mando de SG BRANGO y A3 al mando de ST GARCÍA. Y que para el momento en que se inició la operación el ST GARCÍA en atención a la ausencia del comandante natural de la unidad y en su condición de reemplazante de comandante de compañía ejercía como comandante de la compañía ANZOÁTEGUI, cargo del que fue relevado para el desarrollo de la operación, por orden del comando de Batallón, por parte del CT GORDILLO.

Aclara que el juicio ha consistido en dilucidar la responsabilidad de los comandantes de los pelotones A2 y A3, haciendo notar que no se encuentran acusados los suboficiales de esos dos pelotones. Hace referencia a la resolución emitida por la fiscalía el 09 de abril de 2008, en donde resolvió la situación jurídica de BRANGO y GARCÍA, así como los otros cuadros o suboficiales que formaban parte de A2 y A3, en la cual se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en su contra, al considerar que se encontraba probado que el eje de avance solamente fue el mismo durante los días 17 y 18 de febrero de 2005 para los cuatro pelotones, pues las coordenadas consignadas en los INSITOP de los días 19 a 22 colocan a B1 y A1 en ejes de avance diferentes de A2 y A3 cuando se dirigen hacia la parte baja del río Mulatos, mientras A2 y A3 avanzan hacia la loma en la parte limítrofe de los departamentos de Córdoba y Antioquia, retomando el mismo eje de avance solamente hasta el 23 de febrero de 2005, afirmación que se soporta en el plano que elaboró la policía judicial con base en los INSITOP y la declaración de JORGE LUIS SALGADO DAVID alias KIKO. Agrega que por ello, no todos los militares tuvieron oportunidad de interactuar con las AUC.

Y continúa manifestando que aceptando de plano, las que tilda como increíbles afirmaciones del CT GORDILLO, resolvió la fiscalía revocar esa decisión el 19 de agosto de 2008, pues la única cita que busca comprometer la responsabilidad de sus defendidos en las coordinaciones con las Autodefensas es la hecha en ampliación de indagatoria por el CT GORDILLO, luego que se escuchara en el proceso la versión coherente y clara del TT MILANÉS.

Señala que no es correcta la afirmación de la fiscalía cuando dice que son GARCÍA y BRANGO las personas que coordinaron previamente con las Autodefensas un movimiento de tropas de carácter conjunto, ello por cuanto la afirmación del CT GORDILLO en ese sentido carece de veracidad y no constituye más que un mecanismo malintencionado para tratar de obtener beneficios de reducción punitiva por una aparente colaboración eficaz con la justicia (*En este punto la Fiscalía presenta una objeción y dice que a GORDILLO se le negaron beneficios desde junio del año pasado*).

Añade que las declaraciones del CT GORDILLO fueron desvirtuadas por los comandantes de las Autodefensas quienes nunca han mencionado la participación de sus defendidos, y por el contrario, han señalado a unísono e inequívocamente la participación del CT GORDILLO y el TT MILANÉS, quien después resultó ser el TT JARAMILLO en las coordinaciones con las Autodefensas.

Cita que alias PIRULO señaló que CUATRO CUATRO iba con el BIVEL y en el Cerro Castañeda se reunieron apenas unos comandantes, del Ejército no



recuerda cuántos estaban, pero agrega que no asistió a ninguna reunión, no estaban revueltos y no patrullaron uno a uno.

Por su parte alias OREJAS señaló que del BIVEL no conoce a ninguno, lo único fue que estuvo con el CT GORDILLO en esa operación, nunca más; dice que del empalme que hubo con el Ejército, en el Cerro Castañeda permanecían unos 20 hombres, los militares subieron ahí pero permanecían en dos cerros diferentes y las comunicaciones eran con frecuencias que tenían entre el señor GORDILLO y los comandantes de las AUC; y en la audiencia de juzgamiento dice que a la operación fueron con un grupo de militares y con la única persona con que se entrevistó fue con el CT GORDILLO, no sabe si ya se habían hecho coordinaciones, no sabe si DON BERNA tenía manejo con el Ejército, estableció que las comunicaciones las hacía vía radial CUATRO CUATRO, pero lo que sí le consta es que cuando llegaron a Nueva Antioquia se reportaron y eso fue como el 16 más o menos; y aunque dice inicialmente que se trataba de los cuatro pelotones del BIVEL bajo el mando de GORDILLO, finalmente concreta que esa afirmación sólo se debe a lo que el mismo CT GORDILLO le había manifestado, es más dice que en la zona estaban los que se reunieron y el resto de personal estaba retirado.

Señala que alias KIKO en queja ante la Procuraduría indicó que habían sido los paramilitares los que ultimaron los ocho moradores de San José y que había militares en la zona, pero en su señalamiento refiere a tropas de la Brigada XVII sin concretar a ningún militar de manera específica. El mismo alias KIKO en la versión ante Justicia y Paz refiere que la operación la coordinó FERNANDO alias PICO el día 15 de enero, que salió con CUATRO CUATRO a reclamar la plata del bloque y en Nueva Antioquia se reunieron con unos militares donde estaba también alias RATÓN que pertenecía al bloque, era escolta de FUDRA 6 y luego se bajó a patrullero y era el guía cuando los militares pedían algún escolta. Además dice que había otros con mando en el Ejército, pero no recuerda su nombre o grado, sólo sabe que eran mandos porque tenían unas insignias. Dice que otro guía que estaba era alias MELAZA, que ya estaba desmovilizado.

Manifiesta que está claro que los únicos que podían aclararle al proceso cómo fueron en realidad las coordinaciones no son otros que PICO y CUATRO CUATRO, pero estos dos sujetos no se encuentran vivos.

Luego concluye que constituye arriesgado llegar a concluir que uno u otro militar participó en las coordinaciones que necesariamente tuvieron que existir. Y lo cierto es que la afirmación del CT GORDILLO, según la cual participaron BRANGO y GARCÍA, no se encuentra respaldada por ninguna otra prueba.

Llama la atención en que el CT GORDILLO se presentara en el Batallón el día 16 de febrero y sólo llegara a tomar su puesto en Nueva Antioquia casi 24 horas después, el día 17 en horas de la noche, para cuando es conocido que entre uno y otro lugar apenas existen dos días de distancia, reclama que nunca se aclaró qué actividades fueron las que desplegó GORDILLO durante ese día y por ello cabe la posibilidad que se encontrara realizando esas coordinaciones que pretende radicar en cabeza de sus procurados.

*Alb*

Dice que alias MELAZA indicó que CUATRO CUATRO era el Comandante del grupo que se juntó con el CT GORDILLO, agrega que OMAÑA estaba hablando con GORDILLO, que eran cursos y del diálogo puede concluir que CUATRO CUATRO se encontraba con GORDILLO, y agrega que escuchó al otro día que los paramilitares comentaban que habían matado un guerrillero, también dice que escuchó que GORDILLO habló con DARÍO y se quejó de lo ocurrido. Concluye que estas manifestaciones permiten inferir que GORDILLO había tomado contacto de tiempo atrás con miembros de las Autodefensas.

Además dice que existen otras evidencias en el proceso que así lo demuestran, aunque GORDILLO haya negado en su declaración que conocía previamente la zona de Nueva Antioquia, pero el S3 en su intervención de manera enfática afirmó que de acuerdo con los INSITOP del Batallón, GORDILLO sí había estado en la zona. Y es que GORDILLO indicó además con suficiencia los alias de los miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, incluso algunas mujeres, mientras que a sus propios subalternos dudó en reconocerlos.

Agrega que el señor ESAUT FERIA MARTÍNEZ señaló que sí tenía la chapa de ALEJO, pero no podía hacer coordinaciones porque no era comandante, afirmación que dice el togado resulta importante porque GORDILLO dice que GARCÍA y BRANGO hicieron las coordinaciones con ALEJO, circunstancia que éste negó. Además alias ALEJO dice que en el Cerro Bogotá había una base de las Autodefensas a cargo de BRANDO JOSÉ, CUATRO CUATRO, RONCO, CARE PALO y FERNANDO PICO que pertenecían al mismo BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, sin embargo, aclaró que se trataba de un filo donde en diversos puntos se ubicaban ellos. De lo anterior, concluye que no resulta sospechoso que allí no se haya detectado a las Autodefensas, porque además en esa ocasión estos comandantes se movieron o estaban en el sector de La Resbalosa con el personal de las Autodefensas que perpetró los hechos, es decir que en el Cerro Bogotá que era el objetivo final de A2 y A3, no era verificable la presencia del enemigo.

Afirma que los señalamientos de GORDILLO no son solamente en contra de sus representados, sino también en contra del TC ESPINOSA y el MY CASTAÑO, versión que analizada de manera conjunta con la de los paramilitares permite establecer que está apenas medianamente acercada a la realidad, porque omite señalar que él tuvo la reunión con los comandantes paramilitares.

Concluye que no es posible darle credibilidad absoluta a una persona cuando esta falta a la verdad abiertamente, dadas las inconsistencias entre sus dichos y frente a los de los testigos miembros de las Autodefensas, que lo desmienten diciendo que fue únicamente con él con quien hicieron todas las coordinaciones.

Asevera que resulta ilógico que un oficial del Ejército con el grado de Capitán, comandante de una compañía, le cumpla órdenes a un Subteniente. Pues el principio de jerarquía que rige el Ejército Nacional determina que nunca un subalterno le puede dar órdenes a un superior. Argumenta que sus representados solamente podían responder por los actos ejecutados por el personal bajo su mando. Y en relación con el cumplimiento de la misión táctica FERROZ no tenían



mando, carecían de autoridad y estaban en obligación de cumplir las órdenes legales que les impartiera el CT GORDILLO. Además dice que no hay prueba que el CT GORDILLO les haya impartido una orden ilegal, por el contrario siempre los mantuvo al margen de las actividades que él cumplió y por esa razón siempre la fiscalía mantuvo al margen del proceso a los miembros de los pelotones A2 y A3.

Refiere que GORDILLO dice que las coordinaciones de BRANGO y GARCÍA ocurrieron en una reunión que se hizo en Nueva Antioquia antes de la operación, o sea antes del 17 de febrero, pero es enfático en manifestar que él no estuvo en esa reunión. Sin embargo, alias OREJAS confirma el sitio de esa primera reunión y dice que se hizo con GORDILLO, aunque no confirma la fecha, manifestando que las coordinaciones se hicieron fue con GORDILLO. Referente a la segunda reunión cita que sucede algo similar, en cuanto OREJAS y GORDILLO coinciden con el día y el lugar, el 18 de febrero en Cerro Castañeda, pero mientras GORDILLO dice que en la reunión estaban los comandantes de pelotón y algunos cuadros, alias OREJAS dice que estaban GORDILLO, CUATRO CUATRO, FUDRA y RONCO. Pero lo cierto es que para alias OREJAS o VEINTIUNO es claro que a quien conoce es al CT GORDILLO.

Afirma que sus defendidos no sabían de los hechos y no podían enterarse porque se desplazaban por ejes de avance diferentes y si bien pernoctaron en un sitio cercano a un asentamiento paramilitar no necesariamente podían avizorarlos. Sostiene que los reglamentos militares incluso en labores de entrenamiento indican que el campamento no necesariamente se realiza en un solo lugar. Por ello no se puede afirmar que todos sin excepción hayan tenido que verificar que había miembros de las Autodefensas. Refiere que esos cerros no eran zonas abiertas, contrariamente eran sectores con vegetación tupida, agreste, con altibajos, era un área grande la que se puede denominar Cerro Castañeda o Cerro Bogotá o Miguelayo o La Resbalosa, no cuantificable en metros sino en kilómetros, por la misma razón no existe necesariamente la posibilidad que todos los pelotones necesariamente hayan tenido que verificar la existencia de los paramilitares.

Aduce que la experiencia indica que este tipo de planeamientos no se hace de manera pública, no podían los paramilitares correr el riesgo que alguno de los militares se opusiera a esta circunstancia, en consecuencia no es creíble que la coordinación se haya hecho con todos los oficiales de la compañía.

Sostiene que el único que tenía deberes de garantía con sus hombres y la población civil era el CT GORDILO, dado su cargo, puesto que era el único que tenía la posibilidad de controlar la situación y dominar el hecho. Dice que el art. 91 de la C.N. determina que la responsabilidad es del superior que da la orden. Argumenta que de esta norma se derivan los ámbitos de competencia para poder determinar la imputación objetiva, de esta manera la posición de garante no la pueden asumir todos los militares de manera indefinida, sino que se asigna de acuerdo al rol que cada uno cumple en el servicio.

Considera posible aplicar la teoría de la confianza legítima en los subalternos, cuando es el comandante el que de manera autónoma transgrede los límites de la legalidad y asume riesgos no permitidos, pero sin comunicárselos,

haciendo aparecer todo como legal. El subalterno tiene la posibilidad de confiar que sus superiores actúan reglamentariamente. Afirma que ello ocurrió con sus defendidos, pues sus desplazamientos no tenían visos de ilegalidad sino que estaban enmarcados dentro de una orden legítima.

Explica que ROXIN habla de varias formas de dominio del hecho, dominio material en la autoría directa, dominio de la voluntad en la autoría mediata y dominio funcional en la coautoría, siendo esta última forma de participación la que se atribuye a sus defendidos.

Empero considera que encontrándose desvirtuada la declaración del CT GORDILLO resulta válido aceptar las exculpaciones ofrecidas por sus defendidos en sus indagatorias, que son las mismas que ofrecieron sus subalternos y a las que la fiscalía les dio crédito.

Afirma que sus defendidos no estaban ligados finalísticamente al hecho y no tenían posibilidad de definir si se cometía o no el delito. Dice que no se dan los tres elementos de la coautoría, pues GARCÍA y BRANGO desconocían el acuerdo común entre GORDILLO y las Autodefensas, e incluso hoy desconocen si entre GORDILLO y estos hubo un acuerdo para asesinar las personas, pues aquel solamente acepta que hubo un acuerdo para patrullar de manera conjunta; no hubo repartición de trabajo porque sus defendidos cumplieron solamente la función de patrullar en un eje de avance diferente al de A1 y B1, por disposición incluso del comando de la Brigada; en ese contexto considera que no se puede concluir que hicieron un aporte al hecho.

#### CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Desde ya se advierte que este Despacho Judicial no tendrá en cuenta para tomar la decisión que en derecho corresponda, la prueba que a continuación se relaciona, toda vez que fue aportada al expediente de manera unilateral y extemporánea por la fiscalía dentro de la fase de juicio, sin que mediara por parte de la judicatura una decisión de incorporación al proceso, es decir, no reúne el requisito de legalidad respecto de su correcta y oportuna aducción al proceso: Oficio No. 185 UDH-DIH de 24 de diciembre de 2009 remite copia de los video CLIPS de las versiones de DIEGO FERNANDO MURILLO ÁLVAREZ los días 7 y 8 de mayo de 2008 y 23 de junio de 2009 ante la Unidad de Justicia y Paz.

El relato histórico de que da cuenta esta actuación, encuentra soporte en las pruebas de carácter documental y testifical que comporta la encuesta, de las cuales se infiere con certeza la ocurrencia de la muerte violenta el 21 de febrero de 2005 de: *LUIS EDUARDO GUERRA GUERRA, su compañera BEYANIRA AREIZA y su hijo menor DEYNER ANDRÉS GUERRA TUBERQUIA en la vereda de Mulatos Alto; así mismo, de ALFONSO BOLÍVAR TUBERQUIA GRACIANO, su esposa SANDRA MILENA MUÑOZ POZO, sus hijos NATALIA de cinco años y SANTIAGO TUBERQUIA MUÑOZ de escasos dos años, junto con ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO alias "Cristo de Palo", en la vereda de La Resbalosa.*



El día viernes 25 de febrero de 2005, se realiza diligencia de inspección y registro por un delegado de la Fiscalía Especializada UNDH y DIH en la finca La Corraleja, vereda La Resbalosa, encontrando en una de las habitaciones de las dos que conforman la vivienda del inmueble: "una cama y una cuna en total desorden y con rastros aparentemente de sangre y algunos costales impregnados de la misma, así como unas prendas de vestir, al ingreso a la cocina en el piso se encuentra una mancha abundante, al parecer de sangre (...). Como quiera que se advierten signos claros de violencia y alrededor de la casa se encuentran prendas de vestir impregnadas al parecer de sangre y varios orificios como impactos proyectil en la casa y en los árboles cercanos a la vivienda el Despacho procede a comisionar a los integrantes de la comisión que acompañan la diligencia, anotando que la evidencia puede encontrarse contaminada...". (fls. 6 a 7 C/1).

Posteriormente se realiza diligencia de exhumación a dos fosas, la primera donde fueron encontrados: "tres cuerpos uno de un adulto de sexo masculino el cual se encuentra desmembrado y desarticulado, y dos menores uno de sexo femenino y otro de sexo masculino", y la segunda en la cual se halló: "en la parte superficial se encontró un hombre adulto y en la parte más profunda una mujer adulta, ambos cuerpos se encuentran totalmente desmembrados y desarticulados" (fls. 9 a 12 C/1). Las actas de inspección a cadáveres obran en los folios 14 a 38 C/1, donde se indica que se trata de ALFONSO BOLÍVAR TUBERQUIA GRACIANO, NATALIA y SANTIAGO TUBERQUIA MUÑOZ, SANDRA MILENA MUÑOZ POSSO y ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO.

El día 27 de febrero de 2005 se realizó diligencia de inspección en la vereda Mulatos Alto, donde se halla una construcción abandonada con un letrero "Microcentro de Salud", encontrando por un camino real en una pequeña zona parcialmente desmontada los cadáveres de LUIS EDUARDO GUERRA GUERRA, BEYANIRA AREIZA GUZMÁN y DEYNER ANDRÉS GUERRA TUBERQUIA, actas de inspección obrantes a folios 44 a 58 C/1.

A folios 69 a 120 C/2 se anexa el informe de actividades realizadas en las diligencias de inspección judicial a las veredas La Resbalosa y Mulatos del municipio de Apartadó donde se especifica que se trasladan de forma helicoportada hasta el sitio La Cooperativa de la vereda La Resbalosa, desembarcando en las coordenadas 07° 54' 31" N y 76° 25' 56" E. De este punto se trasladan a pie a la finca La Corraleja, vereda La Resbalosa realizando la inspección en una vivienda rural cuyas coordenadas son 07° 53' 46" N y 76° 26' 31". El predio se halla ubicado en la Serranía de Abibe. La exhumación se realiza en las coordenadas 07° 53' 43" N y 76° 26' 33" las cuales se encuentran dentro del perímetro de la vereda La Resbalosa. En cuanto a la inspección a la vereda Mulatos ésta se realiza donde funciona un "Microcentro de Salud" en coordenadas 07° 54' 29" N y 76° 27' 27" E.

En el anexo topográfico (fls. 121 a 128 C/2), se observa la distancia existente entre el punto donde se ubican las fosas 1 y 2 y el punto donde se hace inspección a los tres cadáveres hallados a campo abierto, pudiéndose determinar que este último punto se encuentra cercano al río Mulatos, mientras las dos fosas se hallan más cercanas de La Cooperativa.

A folios 124 a 151 C/7 se observa informe fotográfico de la diligencia de inspección realizada a la vereda La Resbalosa el día 25 de febrero de 2005.

A folios 235 a 242 C/1 se aporta copia de los certificados de defunción.

Se aportaron protocolos de necropsia de LUIS EDUARDO GUERRA GUERRA, donde se determina que muere violentamente a consecuencia muy probablemente de trauma de tejidos blandos de cuello de mecanismo no determinado; ALFONSO BOLÍVAR TUBERQUIA GRACIANO, indicando que muere violentamente por choque hemorrágico secundario a heridas vasculares del cuello por arma blanca con características cortantes; NATALIA TUBERQUIA MUÑOZ, quien fallece por choque hemorrágico agudo secundario a heridas vasculares del cuello por degüello con arma blanca con características cortantes; SANTIAGO TUBERQUIA MUÑOZ, quien muere por choque hemorrágico agudo secundario a heridas vasculares del cuello por degüello con arma blanca con características cortantes; SANDRA MILENA MUÑOZ POSSO, cuyo deceso se atribuye a traumatismo craneo encefálico severo secundario a herida penetrante de cráneo con artefacto metálico de procedencia no determinada; ALEJANDRO PÉREZ CASTAÑO, fallece por laceración cerebral secundaria a heridas por proyectil de arma de fuego de carga única penetrante a cráneo (fls. 40 a 68 C/2).

A folios 158 a 163 C/2 se encuentran los resultados de antropología. A folios 164 a 183 C/2 se encuentran los resultados de odontología. A folios 184 a 195 C/2 se encuentran los resultados de dactiloscopia. A folios 196 a 205 C/2 obra la identificación plena de ALEJANDRO PÉREZ.

Ahora bien, en cuanto a la TIPICIDAD de las conductas punibles por las que fueron acusados los procesados, esto es CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA y ACTOS DE BARBARIE, en primer lugar, debe advertir el despacho que no se probó la existencia del delito contra la Seguridad Pública, pues cabe recordar que se trata de una conducta punible que requiere el cumplimiento de varios requisitos especiales para su configuración, los cuales han sido decantados por la Corte Suprema de Justicia:

“El delito de concierto para delinquir se estructura cuando varias personas se asocian con el fin de cometer ilícitos, bien de carácter homogéneo, en cuyo caso los asociados se unen para perpetrar un determinado tipo de ilícitos, verbigracia, únicamente homicidios, únicamente hurtos o únicamente tráfico de narcóticos; o de carácter heterogéneo, cuando el acuerdo tiene por objeto ejecutar cualquier tipo de delitos, sin importar su naturaleza.

Condición especial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor del mismo fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.

Estas particularidades de la conducta típica han hecho que la doctrina y la jurisprudencia definan el concierto para delinquir como un delito de sujeto activo plural, de carácter autónomo y conducta permanente, en virtud de que, (i) sólo puede ser realizada por un número plural de personas, (ii) se consuma por el sólo hecho de la pertenencia a la organización, con independencia de los delitos cometidos en desarrollo de su objetivo, y (iii)



existe mientras perdure el pacto". (Cfr. Sentencia del 22 de julio de 2009, radicado No. 27.852, M. P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez).

En este caso concreto, no fue demostrado por parte de la Fiscalía General de la Nación la existencia de un acuerdo entre los militares procesados y los paramilitares, con proyección de la organización en el tiempo y ánimo de permanencia, tendiente a la comisión de delitos indeterminados.

La fiscalía delegada basa su acusación frente a este punible en el hecho de que los paramilitares patrullaron conjuntamente con los militares durante varios días y acamparon muy cerca, en un acompañamiento que le resulta "anormal", situación insuficiente a juicio de este despacho judicial para deducir la existencia de dicho acuerdo criminal.

No obstante se comparte el criterio del ente acusador, respecto a lo "anormal" que resulta el patrullaje conjunto de una fuerza estatal legítima y un grupo delictivo, por esa sola situación no logra inferirse ni siquiera un acuerdo tácito para cometer los delitos contra los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

En efecto, con base en las pruebas recaudadas de manera legal y oportuna, como son las declaraciones de los mismos militares y los paramilitares, no logró acreditarse en grado de certeza tal acuerdo, pues como se expondrá luego, los procesados no tuvieron conocimiento de la posible comisión de las conductas punibles aquí juzgadas al momento en que se desplazaban con los paramilitares. Y es que testigos directos de los hechos, como son el CT GORDILLO y el comandante OREJAS, el primero de ellos como comandante del grupo de militares que estuvo presente en la zona, y el segundo como líder de los miembros de Autodefensas que ejecutaron los hechos, señalan de manera concordante que únicamente realizaron diálogos encaminados a la realización de desplazamientos conjuntos, mas no a la ejecución de ningún delito.

Por lo anterior, se considera que la conducta juzgada de Concierto para Delinquir Agravado resulta atípica, lo que implica la absolución de los aquí procesados frente a este punible.

Por otra parte, en los hechos aquí juzgados se ha planteado la existencia de un conflicto armado interno, dentro del cual habrían perdido la vida de forma especialmente violenta los miembros de dos familias, entre ellos varios menores de edad, residentes todos en zona rural de la región de San José de Apartadó.

Al respecto es necesario indicar, que la interpretación normativa para el operador jurídico en el campo judicial es independiente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 230 CN no está sujeta a criterios políticos, religiosos, o de cualquier otra clase, pues busca garantizar la legitimidad de la intervención estatal en los conflictos sociales, en términos de igualdad y legalidad, atendiendo siempre al carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

No se considera viable para esta judicatura desconocer la situación de

conflicto interno armado que se vive en el territorio colombiano y menos aún la condición de parte actora del conflicto que tienen los grupos paramilitares, ya que estas organizaciones ilegalmente armadas reúnen todos los elementos que de conformidad con la doctrina internacional permiten diferenciarlos como participantes activos del conflicto; así las cosas estas agrupaciones tienen mando y jerarquía, hacen presencia territorial efectiva y realizan acciones concertadas sobre un territorio, siendo una de sus finalidades la aniquilación de su enemigo natural que son los grupos guerrilleros.

Esta situación igualmente la ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos, en el TERCER INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA:

#### CAPÍTULO IV

#### VIOLENCIA Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

##### 3. El conflicto armado interno y normas aplicables en Colombia

20. La Comisión no tiene que establecer si la naturaleza y la intensidad de la violencia doméstica en Colombia constituyen un conflicto armado interno ni tiene que identificar las reglas específicas de derecho humanitario que rigen el conflicto. Esto se debe a que Colombia, a diferencia de otros Estados que muy frecuentemente niegan la existencia de dichas hostilidades en su territorio por razones políticas o de otro carácter, ha reconocido abiertamente la realidad fáctica de que se encuentra involucrada en un conflicto de dicha naturaleza y que son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante "artículo 3 común"), el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (en adelante "Protocolo II"), y otras reglas consuetudinarias y principios que rigen en los conflictos armados internos. La Constitución colombiana claramente establece que "[e]n todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

Lo anterior evidencia en el presente asunto, que con base en el principio de distinción las víctimas de los hechos hacían parte de la población civil, pues no se trata de combatientes, como quiera que no participaban de las hostilidades.

Además, está suficientemente documentado en el proceso que existía una orden de operaciones FÉNIX, una orden fragmentaria FOCA y una misión táctica FERROZ, claramente definidas, donde se ordenaba a los miembros de la fuerza militar, encargada de la seguridad nacional, desarrollar un operativo para contrarrestar la actividad de los rebeldes miembros de las FARC, e incluso cualquier grupo o redúcto de grupo de autodefensas, es decir, dos reconocidos grupos que a nivel nacional son parte activa del conflicto.

Es decir, que evidentemente la situación juzgada se enmarca en el contexto de un conflicto armado interno donde deben aplicarse todas las normas del



derecho internacional humanitario.

Empero, en cuanto a la tipicidad de la conducta delictiva de Actos de Barbarie prevista en el artículo 145 del C.P. y deducida en la acusación a los procesados, a juicio de este despacho no se tipifica, toda vez que se trata de una figura subsidiaria que no concursa con el delito de Homicidio en Persona Protegida, pues si se tiene en cuenta el principio de CONSUNCIÓN, debe aplicarse el tipo penal que comporta una valoración completa y más grave del hecho, que en este caso es del Homicidio en Persona Protegida.

Al respecto, en sentencia de casación, radicado No. 12.820; del 18 de febrero de 2000, la Corte Suprema de Justicia, señala:

"Plurales son los pronunciamientos de la Sala donde ha sido sostenido que el concurso aparente de tipos se presenta cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio non bis in idem, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces.

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito".

Y es que debe recalcarse que el mismo tipo penal dispone: "El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos..."

Además no es cierto lo alegado por la fiscalía en el sentido de que las víctimas estuvieran vivas cuando fueron descuartizadas, eso lo indican claramente los protocolos de necropsia.

Así las cosas, no puede coexistir un concurso de conductas punibles de Homicidio en Persona Protegida y Actos de Barbarie en este caso particular, por lo que la decisión que adoptará esta judicatura frente a éste último delito será la absolución.

Finalmente, frente al delito de Homicidio en Persona Protegida es cierto que se configura típicamente la conducta en un concurso homogéneo real y sucesivo respecto a las ocho personas identificadas en la descripción fáctica.

Ello teniendo en cuenta que incluso en el caso del occiso ALEJANDRO PÉREZ, de acuerdo a los protocolos de necropsia murió por impactos de arma de fuego que fueron ocasionados por la parte posterior de su cabeza, y cuando se realizó la exhumación de su cuerpo no aparece constancia alguna de que se

*Handwritten signature*

hubieran hallado prendas de uso privativo de las fuerzas militares, de donde se puede inferir que no existió enfrentamiento armado con los paramilitares.

No obstante, no encuentra este despacho judicial que se halle demostrada la culpabilidad que por los hechos le pueda caber a los procesados, de conformidad con los términos de la acusación, por las razones que se pasa a explicar a continuación.

Cabe anotar que ha manifestado en su intervención final el delegado fiscal, que no se valdría de la teoría del aparato organizado de poder para sustentar la acusación, sino en la autoría directa de aquellos procesados presentes en el lugar de los hechos y autoría indirecta o mediata de quienes se encontraban en el puesto de mando atrasado.

Entonces, sería del caso cuestionarse qué entiende la fiscalía por autor indirecto o mediato en este específico evento, porque encuentra el juzgado que hay una contradicción en la argumentación del ente acusador, pues si no es valiéndose de la teoría de ROXIN, la cual apela al abandono de las tradicionales concepciones sobre el autor mediato (irresponsabilidad del autor directo), no se ve cómo puede apoyar la responsabilidad de los aquí acusados en la forma anunciada.

Pero en todo caso, y aunque dicha teoría tuvo su origen en el marco de las irregularidades cometidas por agentes del Estado, esta judicatura encuentra graves inconvenientes en trasladarla a la situación concreta, como lo demanda el actor popular, ya que aunque el Ejército Nacional tiene estructura jerárquica en la que opera el principio de mando y subordinación, es una estructura legítima, formalmente regulada, en la cual rigen las reglas de la obediencia debida, por lo que no puede esperarse, contrario a lo que ocurre en los grupos irregulares, que el mando sea arbitrario, sino todo lo contrario, se trata de una organización que en principio obedece a unos fines constitucionales de protección de la paz, el orden justo y la efectividad de los derechos fundamentales de acuerdo al artículo 2º CN.

Véase como inclusive nuestra Corte Suprema de Justicia apelando al principio de culpabilidad y derecho penal de acto, en providencias del 07 de marzo de 2007, radicado No. 23.825, caso de Machuca y del 26 de abril del mismo año, radicado No. 25.889, caso de Mapiripán, habla de esta teoría, pero aplica en ambos casos la figura de la coautoría impropia con todas las implicaciones que ello tiene respecto del dominio funcional del injusto y la prueba de la fase subjetiva.

También en la sentencia 32.805 de febrero 23 de 2010, citada por el actor popular, aunque la Corte dice acoger la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, no plantea su aplicación de manera automática, sino que analiza un sin número de elementos probatorios que la llevan al convencimiento que el procesado no solamente auspició a los paramilitares, sino que también se vinculó activamente a los hechos de la masacre de Macayepo, desarrollando comportamientos propios de un miembro de ese grupo, expresamente indica la máxima Corporación en lo penal: "el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de



personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes *-los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-*, realizaron conductas punibles...".

Y es que, de hecho, la teoría de ROXIN ha merecido muchas críticas respecto de su reconocimiento dogmático. En estudio sobre el tema realizado por el profesor Fernando Velásquez Velásquez, explicó:

"En la verdadera autoría mediata hay un instrumento y el dominio del suceso sólo lo tiene el hombre de atrás; en estos casos el verdadero autor mediato no sería el sujeto responsable sino el aparato organizado de poder, porque es a través de él como se realizan las conductas punibles; hay una doble calificación del ejecutor material de quien se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y al mismo tiempo respecto al hombre de atrás acaba negándosele dicha capacidad; la condición fungible del ejecutor le quita la calidad de verdadero instrumento; no es cierto que el ejecutor actúa de manera automática, lo que hace es dejarse corromper por la orden que sabe ilícita, lo que significa que es autor responsable; Zaffaroni: "En rigor, no se observan las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria. La fungibilidad de los ejecutores no indica nunca que su aporte no sea necesario, incluso sin apelar a esta tesis. Además, es menester evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables"; no está demostrado que las organizaciones criminales estén conformadas con base en una estricta relación de jerarquía". (Cfr. La Concurrencia de Personas en el Delito y los Aparatos Organizados de Poder).

En conclusión, no se considera viable trasladar a este caso concreto la tesis de ROXIN, porque resulta polémico aceptar esta teoría cuando se considera en pureza dogmática la figura del autor mediato, según la cual es aquel que se vale de un instrumento para la ejecución del hecho, actuando este último sin la presencia del elemento subjetivo del delito y resultando, por lo tanto, no punible, pues contrariamente según esta teoría serían responsables todos los integrantes de la organización; y porque a pesar que se ha considerado que esta teoría se puede aplicar indistintamente a las estructuras delictivas o estatales, se observa que no puede ser igual o equiparable jurídicamente la situación de aquellos que por el solo hecho de ingresar a la estructura se están concertando para cometer delitos, dada su naturaleza ilícita que conlleva una aceptación implícita de todos aquellos actos ilegales que permitan la obtención del fin común perseguido, a la de quien ingresa a una organización legítima donde para deducir sin lugar a equívoco responsabilidad penal de sus miembros se debe probar conocimiento y voluntad del injusto -principio de culpabilidad contenido en el artículo 29 C.P.

Desde la abolición de la responsabilidad objetiva en el estado social y democrático de derecho, donde se responsabiliza al individuo por sus actos, por su conducta reprochable, debe abordarse el tema desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad, la realidad de los hechos y la exigibilidad de otra

*4/16*

conducta. Con una particularidad y es que la exigibilidad de otra conducta se debe mirar igualmente en concreto dado el rol especial que cumplían los procesados en su condición de militares.

En este evento se hace necesario entonces, en tratándose de una pluralidad de intervinientes en la conducta punible y en una aplicación respetuosa del principio de culpabilidad, examinar para cada uno de los acusados si se reúnen las condiciones de la coautoría impropia, o de alguna de las formas de participación en la conducta punible como determinadores o cómplices, anticipando desde ya que para que la coautoría impropia se presente no es necesario que se acuerden los más mínimos detalles de la forma en que se llevará a cabo la conducta, además que la aceptación del plan general puede ser tácita o expresa, pero sí resultan importantes los elementos del injusto.

De otra parte, siendo una conducta de naturaleza omisiva, debe existir un elemento que permita imputar la posición de garante del supuesto autor del delito y la fase subjetiva, teniendo en cuenta que el dolo se evidencia por la omisión de la conducta indicada, mediante un comportamiento que puede no ser activo sino consistente en el mantenimiento de las mismas circunstancias que se venían dando. Pero necesariamente esa omisión ha de ser equivalente a la acción, entendiéndose por ello que favorezca la ejecución del punible porque de haber llevado a cabo la conducta omitida se tenía una posibilidad real de evitación del resultado.

Aunque inicialmente, con base en la declaración de varias personas y guerrilleros desmovilizados de las FARC, se pretendió encaminar la investigación para concluir que las víctimas eran guerrilleros y fueron asesinadas por la misma agrupación porque querían reinsertarse, aduciendo que ALEJANDRO PÉREZ alias CRISTO DE PALO era un comandante de milicias, y los demás eran colaboradores de la guerrilla (cfr. MARITZA GÓMEZ MONROY alias LA INDIA, fls. 292 y s.s. C/2 el día 31-03-05; ELKIN DARÍO TUBERQUIA TUBERQUIA, alias SUÁREZ, fls. 1 a C/3 el día 01-04-05; CARLOS ALBERTO GARCÍA CUADRADO, fls. 8 a 12 C/3 el día 01-04-05; LUIS ALBERTO PINO RODRÍGUEZ alias JAIR, fls. 139 a 144 C/5 el día 29-07-05; LUIS FERNEY PACHECO MONTOYA alias YAIR, fls. 148 a 152 C/5 el día 29-07-05; NILBER ROMERO FLÓREZ alias EL PURRI, fls. 177 a 181 C/5 el día 01-08-05; YADIER FABIÁN GUZMÁN TUBERQUIA alias AURELIO, fls. 219 a 221 C/6 el día 16-11-05; ROBINSON DE JESÚS FERNÁNDEZ PASTRANA fls. 221 a 238 C/7 el día 05-05-06; OVIDIO DE JESÚS TORRES AREIZA, fls. 254 a 260 C/7; LUZ MIRYAM BORJA ZAPATA, fls. 1 a 4 C/8 el día 20-10-06); lo cierto es que APOLINAR GUERRA GEORGE alias FREDY o POLO, quien inicialmente había dado la misma versión (cfr. fls. 13 a 22 C/3 el día 01-04-05), posteriormente en su ampliación de testimonio (fls. 254 a 259 C/23 el día 26-06-09) manifestó que el Coronel DUQUE le indicó que declarara que la masacre de La Resbalosa, donde murió su primo LUIS EDUARDO GUERRA, la había cometido las FARC porque eran informantes de las autoridades, afirma que hizo esto convencido de las promesas que el Coronel le había hecho, pero hasta donde se ha dado cuenta por los familiares y amigos que viven en la zona esos hechos los cometió la fuerza pública y los paramilitares. Igualmente sostuvo que otros desmovilizados con las mismas promesas de compensación económica habían declarado en el proceso en el mismo sentido siguiendo las indicaciones del



Coronel.

Como prueba trasladada de la Procuraduría obra declaración de EVER VELOZA GARCÍA (fls. 233 a 241 C/23 el día 22-05-08), quien manifiesta que los señores MIGUEL ÁNGEL SERRANO alias MEGATEO y CARLOS VÁSQUEZ alias CEPILLO, ambos comandantes de las Autodefensas bajo su mando en el BLOQUE DE URABÁ, le indicaron que el Coronel DUQUE de la Brigada XVII de Carepa les pidió el favor que le dieran muerte a alias MELAZA porque estando borracho se puso a decir que él sabía quién había cometido la masacre de San José de Apartadó en La Resbalosa. Explica que DUQUE era un colaborador de los paramilitares en la zona, agrega que a los militares les llegaron a entregar unos muchachos muertos para que los dieran como bajas en combate e incluso les dieron unos fusiles para que los legalizaran, cree que ellos los pasaron como AUC. Afirma que personalmente ha tenido trato con el Coronel DUQUE que era el Comandante del Batallón BEJARANO y la última vez que lo vio fue en el Centro de Referencia de Turbo en donde le dijo que se estaba defendiendo de unas denuncias de San José de Apartadó y le pidió el favor que le regalara dos millones de pesos para darle a unos testigos desmovilizados de las FARC que iban a decir que la masacre la había cometido las FARC, recuerda que eso fue en el año 2005 pero no recuerda el mes.

Igualmente, se ha pretendido vislumbrar en la actuación un presunto móvil de los militares respecto de la comisión de la conducta punible, dados los vínculos que tenían los occisos con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, para lo cual la doctora GLORIA ISABEL CUARTAS MONTOYA (fls. 53 a 63 C/10 el día 30-10-07), realizó un recuento de los hechos violentos de que habían venido siendo víctimas los miembros de dicha comunidad y que motivaron el proferimiento de varias decisiones de organismos internacionales y la Corte Constitucional para garantizar los derechos fundamentales de sus miembros. Incluso se aportó prueba documental al respecto y en el cuaderno anexo de recortes de prensa a fls. 15 y s.s. obra copia de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2005, caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, donde expresamente se indica que dicho Tribunal toma en cuenta la Sentencia T-327 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, que establece en sus puntos resolutivos que la fuerza pública tiene "una posición de garante de los derechos fundamentales de la población" y "la obligación de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra esos derechos".

Luego se recaudaron en el proceso declaraciones de particulares que vinculaban directamente como autores materiales de los hechos a los militares (cfr. AURORA GUERRA GUERRA, fls. 61 a 62 C/1 el día 27-02-05; OTALIAR TRIANA, fls. 206 a 208 C/2 el día 11-03-05; MIRYAM TUBERQUIA, fls. 258 a 261 C/6 el día 12-12-05), pero estos testimonios en dicho sentido no resultan dignos de credibilidad, teniendo en cuenta que finalmente se trata de declaraciones de oídas.

Y es que la misma MIRYAM TUBERQUIA en ampliación de declaración (fls. 180 a 187 C/11 el día 20-12-07), dice que no puede diferenciar al Ejército, la Policía y los grupos ilegales porque todos se visten parecido, al Ejército lo conoce

porque dicen "somos del Ejército".

Y la señora CARMENZA TUBERQUIA RODRÍGUEZ declara que nadie sabe quién fue realmente (fls. 90 a 94 C/3 el día 10-04-05).

Además se aportó como prueba trasladada de la Procuraduría la declaración de DANIS DANIEL SIERRA MARTÍNEZ (fls. 95 a 104 C/23 el día 03-02-09), otro reinsertado de las FARC, afirmando que JACOBO, Comandante del 5º frente, coordinó con EDWARD LANCEROS que es el líder de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó para que se denunciara a la fuerza pública como responsable de la masacre. Empero este testigo tampoco resulta creíble teniendo en cuenta que aunque afirma que la fuerza pública no estaba cerca del lugar de los hechos, termina aceptando que no fue testigo directo de los mismos.

De otra parte, aunque se presentaron también declaraciones en el sentido de presuntas irregularidades por parte de los militares, en la misión de seguridad que debían prestar en el sitio de los hechos, atribuyéndoles que borraron las paredes y que incluso alguno de ellos trató de ocultar la evidencia hallada por los campesinos en La Resbalosa, lavando uno de los dos machetes que había allí y manifestando a los presentes que ese era "el machete degollador" (cfr. JESÚS ABAD COLORADO LÓPEZ, fls. 119 a C/4 el día 17-05-05 y ELKIN DE JESÚS RAMÍREZ JARAMILLO, fls. 146 a 151 C/4 el día 13-05-05). El miembro de la Policía Nacional JAVIER ANTONIO CASTRO ORTEGA (fls. 62 a 65 C/3 el día 06-04-05), dice que le informó al Capitán ZAPATA para que verificara con sus hombres, comunicándole posteriormente que ningún uniformado había tomado nada. En ese evento la única información que aportaron los testigos fue que se trataba del soldado que "más interactuaba con GORDILLO", sin identificar plenamente a esa persona. De otra parte, estos mismos testigos reportaron que existían unos *graffitis* que posteriormente fueron borrados del lugar, no obstante, dicen que nunca se realizaron esas filmaciones.

Así las cosas, considera este despacho que las pruebas que más nos pueden acercar a la realidad de los hechos, son las declaraciones ofrecidas por los mismos paramilitares y el Capitán GORDILLO, siendo de resaltar que los primeros ubican a las tropas del Ejército Nacional a excepción de GORDILLO cerca del sitio donde aquellos ocurrieron, pero no en el mismo sitio, aunque el mencionado militar en sus diferentes versiones pretenda incriminar de manera falaz a sus subalternos, e incluso a sus superiores.

Y le resultan bastante dignos de credibilidad a este despacho judicial las versiones de los paramilitares, depuradas de sus vicios, por cuanto las reglas de la experiencia enseñan que una persona no admite responsabilidad directa en un hecho luctuoso a menos que se trate de situaciones excepcionalísimas de vínculos especiales con los acusados, lo que no ocurre en este asunto.

Se explicará entonces que a unísono los paramilitares son contestes en aceptar su propia culpa en la masacre de San José de Apartadó y con algunas dubitaciones llegan aún a admitir la participación en los hechos del Capitán GORDILLO, empero cuando se trata de los demás miembros de la fuerza pública niegan su presencia concreta en el sitio donde se adoptaron las decisiones de dar



muerte a las víctimas, a excepción de OREJAS que ubica en el sitio a MILANÉS, pero como se verá, resulta poco digno de credibilidad en este señalamiento. De otra parte, los paramilitares indican que la muerte de las personas civiles fue un acto no planeado, sorpresivo e inmediato.

Así que, realizando un análisis conjunto de las versiones de los propios paramilitares y del CT GORDILLO, finalmente se llega a la conclusión que a pesar de que los acusados estuvieron patrullando con los paramilitares, y pudieron inclusive estar muy cerca del lugar de los hechos, no se encuentra demostrado en grado de certeza que hubieran tenido participación directa en ellos. De igual manera se puede concluir que tampoco está demostrado en el proceso que los militares hayan tenido siquiera la posibilidad de conocer la comisión de los delitos investigados y que exista una fuente jurídica de imputación de la posición de garante.

En efecto, aunque los miembros del Ejército Nacional pudieran tener una posición de garante en abstracto del bien jurídico vida de las víctimas, y en especial de aquellos que fueran miembros de la comunidad de paz, en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no por ese solo hecho es posible deducir en su contra, a manera de responsabilidad objetiva, la comisión por omisión del delito de homicidio en persona protegida en concurso homogéneo que se juzga en este evento.

Y es que debe recordarse que el derecho penal es un instrumento racional para la garantía de los bienes fundamentales de los miembros de una sociedad, cuyo fin último no es la condena sino el esclarecimiento de los hechos y sus autores, pues no busca encontrar a un culpable sino al verdadero culpable.

En el plenario obran suficientes medios de conocimiento para dar por probado sin lugar a dudas que los autores materiales de los hechos fueron un grupo de paramilitares del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ que se encontraban patrullando conjuntamente en la zona con los pelotones B1 y A1 de la compañía ANZOÁTEGÜI. Pero según se explicará esa acción de patrullaje no resulta suficiente para derivar responsabilidad directa de los soldados acusados en los hechos en que se dio muerte a las ocho personas anteriormente identificadas.

Al respecto, y como pruebas de carácter documental recolectadas mediante diligencias de inspección judicial a los sitios de los hechos se tiene un álbum fotográfico a folios 78 y s.s. C/2, donde se puede observar a imágenes No. 6 "AUC", No. 40 "MUERTE POR", No. 41 "POKE AUC", No. 63 "VENIMOS A MATAR GUERRILLA". Y a folios 129 y s.s. C/2 anexo fotografía convencional donde se puede observar en la foto No. 21 un *grafitti* hecho en un árbol de cacao: "AUC" y en la No. 22 escrito sobre una mazorca de cacao: "COMANDO II".

Se realiza inspección judicial a la vereda EL BARRO de San José de Apartadó, el día 14 de abril de 2005, donde se encuentran dos casas, hallando en la casa denominada como No. 2 unos *grafittis* que dicen: "GUERRILLERAS ZORRAS BUSQUEN OFICIO", "SAMIR YA CONOZCO A TU MADRE SE DONDE VIVE NO SE TE HAGA RARO CUANDO LA VISITE, ATTE. TU DOLOR DE

DT

CABEZA", "PATA SOLA EN ESTA VIDA O EN LA OTRA, TE MATO" (fls. 143 a 146 C/3).

De otra parte, inicialmente se realizaron una serie de estudios para determinar el tipo de elementos con los cuales se pudieron causar los daños hallados en la vivienda de los occisos de la vereda La Resbalosa, así como aquél con que se ocasionó la muerte de la señora SANDRA MILENA:

El día 09 de abril de 2005 se realizó una nueva inspección judicial a la vereda La Resbalosa finca Las Corralejas, en ella se deja constancia que en la cocina se hallaron varias perforaciones al parecer de un elemento explosivo que ingresó de la parte externa superior al interior o al tejado de la cocina (fls. 87 a 88 C/3).

Se anexa álbum fotográfico de la diligencia de inspección judicial (fls. 219 a 231 C/3), donde se pueden observar en las imágenes No. 19 a 24 los orificios en el techo de la cocina, en la imagen No. 28 el posible origen del disparo, y en las imágenes No. 43 y 44 los sitios donde se extrajeron las dos esquirlas. En la imagen No. 55 se aprecia la vista aérea de las esquirlas con la posible ubicación del lugar donde detonó el artefacto explosivo.

A folios 216 a 218 C/3 obra dictamen pericial No. 225995 de fecha 18 de abril de 2005, sobre un elemento metálico encontrado en necropsia de la señora SANDRA MILENA MUÑOZ POSSO y dos esquirlas metálicas halladas en diligencia de inspección judicial en la finca La Corraleja; donde se concluye que en el lugar de los hechos detonó un artefacto explosivo de alto poder que tiene su epicentro encima del techo de la cocina; además, la muerte de SANDRA MILENA fue por el elemento recuperado en el cráneo, lo que se correlaciona con el hallazgo del orificio de mayores dimensiones presente en el techo de la cocina, lugar por donde pudo haber ingresado y causado la lesión.

Se allega informe No. 226982 de fecha 25 de abril de 2005 mediante el cual el técnico en explosivos busca establecer de qué se trata el elemento metálico recuperado durante la necropsia practicada al cadáver de la señora SANDRA MILENA MUÑOZ POSSO, concluyendo que se trata de la parte superior del dispositivo de una espoleta de armado e impacto de fabricación industrial para granadas de mortero modelo MD-11. Se agrega que de acuerdo con las observaciones hechas en el lugar de los acontecimientos es factible que la granada de mortero que explotó en el lugar sea de 60 mm, por la cantidad de explosivo alto que contiene una granada de este tipo (fls. 43 a 52 C/4).

Por otra parte, se realizaron varias diligencias de Inspección Judicial a las instalaciones de la Brigada XVII en Carepa, donde se recaudaron los siguientes documentos que se resaltan:

El día 28 de febrero de 2005, se realiza diligencia de inspección judicial, donde se obtienen copias de las órdenes de operaciones de las fechas 19 de febrero a 28 de febrero de 2005 (fls. 73 a C/1), aportando a la actuación: Libro de programa u operaciones; Carpeta de misiones aéreas; Informes de situación de tropas INSITOP de los Batallones Bejarano Muñoz, de Infantería Francisco de



Paula Vélez, Contraguerrilla 33 Cacique Lutaima; Operación ofensiva de Brigada fragmentaria FOCA de la operación FÉNIX; Misiones Tácticas (del Batallón de Ingenieros: misión táctica Fuego; del Batallón de Infantería Vélez: misión táctica Feöz; y del Batallón de contraguerrilla 33: misión táctica Fortaleza).

De los esquemas de maniobras, se puede apreciar lo siguiente: A folios 106 correspondiente al 21 de febrero: MILANÉS y GORDILLO se ubican en el sitio La Cooperativa, BRANGO y GARCÍA en La Hoz.

De acuerdo con el INSITOP: A folios 141 que corresponde al 21 de febrero: MILANÉS y JARAMILLO en La Cooperativa, BRANGO y GARCÍA en la parte alta de La Hoz y GORDILLO en Acandí. Se reporta que la operación FÉNIX tuvo inicio el día 17 de febrero de 2005.

A folios 210 y s.s. en la misión táctica FERROZ se observa que se atribuye el mando a: GARCÍA, MILANÉS, BRANGO, JARAMILLO y GORDILLO. Igualmente se explica que "a partir del 15 23:00 febrero de 2005 se inicia la operación. Objetivo 1 Cerro Bogotá (07°58'32" - 76°24'58") y objetivo 2 La Cooperativa (07°54'17" - 76°27'06"). Se establecen como límites de avance el departamental y el río Mulatos. Se precisa que en Cerro Bogotá A2 y A3 debían montar un observatorio mientras B1 y A1 se desplazan a La Cooperativa.

Mediante diligencia de inspección judicial llevada a cabo el día 27 de julio de 2005, en las instalaciones de la Brigada XVII, se aporta al proceso Disposición No. 003 de 2005, donde se determina la jurisdicción de cada uno de los Batallones pertenecientes a dicha Brigada (132 a 134 C/5).

Se solicitó al Comando del Batallón de Infantería No. 47 General FRANCISCO DE PAULA VÉLEZ, el informe de material de guerra gastado durante la operación FÉNIX, a lo cual respondió el Comandante del Batallón, mediante oficio No. 793/BR17-BIVEL-S3-375 de fecha 12 de abril de 2005, indicando el gasto de munición, cartuchos y varias granadas de diferentes clases (fls. 141 C/3) y el oficio No. 816/BR17-BIVEL-S3-375 de fecha 13 de abril de 2005 (fls. 142 C/3), en el que se informa que el material en mención fue gastado por ANZOÁTEGUI el día 03 de marzo de 2005 sector La Cañada del municipio de Apartadó en enfrentamiento con terroristas de las FARC y las granadas de humo fueron usadas para orientar el aterrizaje de los helicópteros de apoyo.

Lo anterior permite concluir que no existe soporte documental que indique que las tropas de la compañía ANZOÁTEGUI realizaron gasto de munición para la fecha de ocurrencia de los hechos.

Mediante informe TOP No. 44285, de fecha 27 de octubre de 2005 (fls. 138 a 144 C/6), se presenta la ubicación de las compañías del Ejército Nacional por fechas, teniendo en cuenta el oficio emitido por el General HÉCTOR JAIME FANDIÑO RINCÓN y las declaraciones del Coronel JOSÉ ORLANDO ACOSTA CELY (en cuaderno anexo No. 3 Juzgado Penal Militar obran en el último folio mapas de coordenadas reportadas por TC ACOSTA CELY). Se resalta que para el día 21 de febrero: son diferentes las coordenadas que aporta el General HÉCTOR JAIME FANDIÑO, de las ofrecidas por JOSÉ ORLANDO ACOSTA y las que

indica JARAMILLO. En unas se ubican en LA COOPERATIVA, en otras en la parte alta de LA HOZ. JARAMILLO y MILANÉS aportan las mismas coordenadas. 22 de febrero: son diferentes las coordenadas, en unas se ubican A1 y B1 en LA COOPERATIVA, mientras JARAMILLO ofrece las mismas coordenadas y dice que es el área de LA RESBALOSA. 23, 24 y 25 de febrero: se ubican en LA COOPERATIVA.

Y de la actuación surtida ante el Juzgado Penal Militar, se trasladaron las siguientes pruebas: Cuaderno anexo No. 2 Juzgado Penal Militar: Folios 376 y s.s. Informe de Patrullaje Batallón Vélez unidades B1 y A1 donde se destaca: "Se inicia a las 2:00 17-02-05 siendo las 20:00 llega el Comandante GORDILLO. 18-02-05 se registra Cruz de Hueso. 19-02-05 5:00 se cruza el río Mulatos. 20-02-05 4:00 se registra La Hoz y a partir de ahí A2 y A3 toman ruta hacia el Cerro Bogotá y se solicita que sigan el avance para garantizarle a A1 y B1 el avance. 21-02-05 4:00 se registra Miguelayo, hay una casa abandonada y se toma la parte alta. 21-02-05 13:00 se escucha y se informa una detonación al margen derecho en un hueco dura 5 minutos. 22-02-05 4:00 se registra la parte alta de La Resbalosa. 23-02-05 4:00 se registra La Cooperativa. Datos nuevos para incluir en la carta: en el sector La Resbalosa hay 2 ranchos viejos, hay una casa grande abandonada 07°53'42" y 76°27'21", posible campo minado sector 07°53'25" y 76°27'06". Se anexa croquis.

Además, se indagó sobre la existencia de grupos armados ilegales en la zona de ocurrencia de los hechos y se recaudó lo siguiente:

Se aporta oficio No. 0306/SIPOL DEURA de fecha 14 de abril de 2005, donde se relaciona el registro de inteligencia del componente orgánico de grupos subversivos con injerencia en la zona de los hechos (fls. 179 a 186 C/3). Y el oficio No. DIV01-BR17-B2-INT-252 de fecha 12 de abril de 2005, donde se indica que en el área general de las veredas La Resbalosa y Alto Mulatos jurisdicción del corregimiento de San José de Apartadó del municipio de Apartadó, venía haciendo presencia una comisión del frente Tolová de las Autodefensas ilegales, quienes tenían concentrado su accionar delictivo en el departamento de Córdoba, en especial sobre veredas aledañas al corregimiento de San José (fls. 196 C/3). A folios 148 y s.s. C/10 obra informe No. 369987 FGN-DNCTI-DI-UCAC de fecha 09 de noviembre de 2007, donde se determina que el jefe del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ es alias don BERNA de nombre DIEGO FERNANDO MURILLO BEJARANO. A folios 176 a 204 C/23 obra informe No. 469226 FGN-DNCTI-GIUNDH-DIH de fecha 18 de junio de 2009, en cumplimiento a la orden de trabajo No. 8885, donde se presenta la identificación e individualización de los desmovilizados del bloque. A folios 208 a 209 obra informe de investigador de campo en formato FPJ-11 de fecha 28 de junio de 2009 en respuesta a misión de trabajo 1424 donde se relacionan los números de cédula de ciudadanía de estas personas. A folios 210 a 230 obran las hojas de vida que de estas personas se tiene en la Unidad Nacional de Justicia y Paz. A folios 283 a 289 C/23 obra oficio No. 475939 FGN-DNCTI-SI-GIDH-DIH de fecha 27 de julio de 2009 en cumplimiento de la misión de trabajo No. 9449 donde se aportan los datos de identificación de personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ acompañados de sus respectivas fotografías.



En cuanto a la prueba testimonial, se tienen en el proceso en primer lugar las declaraciones de los militares, y declaró por Certificación Jurada el Brigadier General HÉCTOR JAIME FANDIÑO RINCÓN (fls. 54 a 64 C/7 el día 03-03-06), indicando que dentro de la operación FÉNIX participaron del Batallón de Infantería No. 47 General Francisco de Paula Vélez, comandado por el Teniente Coronel ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, siendo Oficial de Operaciones el Mayor JOSÉ FERNANDO CASTAÑO LÓPEZ, la Compañía Bolívar 1 comandante Capitán GUILLERMO GORDILLO SÁNCHEZ su reemplazante ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO, compañía Anzoátegui comandante Subteniente EDGAR JAVIER GARCÍA ESTUPIÑÁN, Anzoátegui 1 bajo el mando del Subteniente JORGE HUMBERTO MILANÉS VEGA, Anzoátegui 2 comandante Sargento Segundo DARÍO BRANGO AGAMEZ.

El Teniente Coronel JOSÉ ORLANDO ACOSTA CELI, Oficial de Operaciones de la Brigada XVII para la época que se desarrolló la operación FÉNIX, dice que en el sector donde ocurrieron los hechos estaba el capitán GORDILLO, comandante de la compañía BOLÍVAR, quien fue el que acompañó a la comisión judicial al lugar. Señala que normalmente se exige un reporte de ubicación a las seis de la mañana el cual se consolida en el INSITOP y se envía a la División. Con base en ello indica que para el día 21 de febrero de 2005 la distancia de las tropas del Batallón VÉLEZ a varios kilómetros de distancia respecto de las dos fosas halladas en la vereda La Resbalosa (cfr. fls. 261 a 267 C/1 el día 02-03-05 y fls. 20 a 28 C/7 el día 14-12-05). En su indagatoria (fls. 164 a 176 C/2 el día 26-08-09), manifiesta que para la fecha de los hechos existía un orden del Comandante del Ejército General OSPINA transmitida por intermedio del Mayor General MONTOYA, Comandante de División, que todos los oficiales de inteligencia del Ejército a nivel de Batallón, Brigada y División, debían conseguir guías para las operaciones militares y colocarlos a disposición de los Comandantes de Batallón, esos guías eran personas oriundas de la región, que tuvieran conocimiento del área para orientar en el planeamiento a los Comandantes de Batallón. Nunca se enteró que las unidades patrullaran con miembros de las Autodefensas.

El Teniente Coronel FERNANDO AUGUSTO CASTRO PEÑA manifiesta que se desempeñaba para la fecha de los hechos como Jefe del B2 (inteligencia) de la Brigada XVII, explica que se tenían identificadas varias áreas críticas dentro de su jurisdicción, entre las que estaba la número 1 denominada Cañón de Mulatos y comprendía las veredas que conforman el corregimiento de San José de Apartadó del municipio de Apartadó, veredas correspondientes al corregimiento de Nueva Antioquia del municipio de Turbo y veredas correspondientes al corregimiento Piedras Blancas del municipio de Carepa. Cuando se le consulta por el boletín de fecha 21 de febrero de 2005 obrante a folios 293 C/4 donde se informa la presencia de 5 miembros del 5º frente de las FARC, que se desplazan desde la vereda Las Nieves hacia la escuela de Mulatos, señala que su procedencia es de la empresa de vigilancia y servicios especiales de Urabá y el mismo fue difundido a las diferentes unidades tácticas. Dice no recordar que personal civil hubiera acompañado a las tropas por las características de la operación que no tenía un objetivo determinado y porque las unidades ya habían entrado al área y eran conocedoras de los ejes de avance. Agrega que con ocasión de la sentencia de la Corte Constitucional se elaboró un folleto que fue

difundido a todas las unidades, donde se indicaba en forma precisa que no se podía capturar o llevar personas a las instalaciones de la unidad militar, excepto en los casos de flagrancia. Dice que conoce a MELAZA porque estuvo en el B2 en febrero de 2005 y además se comunicó con él reclamándole la recompensa por la muerte de MACHO RUCIO a lo que le indicó que no existía dinero asignado para eso (cfr. fls. 146 a 153 C/8 el día 02-04-07 y fls. 232 a 245 C/26 el día 30-09-09).

Como prueba trasladada de la Procuraduría declara DIDIER ARLEY CORREA GUIASO (fls. 172 a 177 C/11 el día 19-12-07), y manifiesta que laboraba en la sección B-2, dice que cumplía labores de monitoreo de las conversaciones entre los miembros de los grupos delincuenciales. Afirma que MELAZA delinquirió por el sector de Nueva Antioquia en el BLOQUE ELMER CÁRDENAS y ese era un código que usaba en radio dos metros, lo escuchaba coordinando movimientos con otros grupos en el año 2004. A CUATRO CUATRO lo oía hablar con MELAZA por radio dos metros, coordinando asuntos de intendencia, medicamentos y víveres, también en el año 2004. Explica que el radio que denomina dos metros es un radio ICOM-IV-8 digital que trabaja con repetidora y sin repetidora, inclusive ese grupo tiene repetidoras en las fincas bananeras. Sin repetidora cubre aproximadamente 15 kilómetros en línea vista (que esté en la misma frecuencia).

Rinde indagatoria NESTOR IVÁN DUQUE LÓPEZ (fls. 3 a 24 C/25 el día 09-09-09), aclara que no era parte del Estado Mayor y que cada comandante tenía una responsabilidad con su unidad táctica. Dice que su jurisdicción comprendía toda el área donde se desarrolló la operación FÉNIX pero al tratarse de una operación de Brigada era ésta la que asumía toda la jurisdicción, ello para evitar el fuego amigo. Resalta que la operación FÉNIX fue una operación planeada donde se impartieron órdenes para combatir al enemigo y no para asesinar inocentes. Afirma que se hizo una reunión de planeación con los comandantes de las unidades tácticas y los jefes de operaciones y de inteligencia a su nivel, con la finalidad de preparar una operación donde se pudiera tomar contacto de nuevo con las FARC, dado el fracaso del día 8 de febrero de 2005 en El Porroso, donde asesinaron a 19 miembros del Batallón VOLTÍGEROS, continúa diciendo que en esa reunión se planteó la posible ubicación del enemigo en el Cañón de Mulatos y se cuestionó sobre la obligatoriedad de los guías de acuerdo a lo que indicaba el Comandante de la División, quien imponía que toda operación militar tenía que llevar guías, concluyendo que la única unidad que no los requería era la de él. Niega conocer a MELAZA.

Posteriormente se recepciona declaración al Mayor JUAN MIGUEL HUERTAS HERRERA (fls. 117 a 120 C/3 el día 12-04-05) Comandante del Batallón de Contraguerrillas 33 CACIQUE LUTAIMA, dice que el sector El Barro, Mulatos Medio y La Resbalosa es una zona con terreno muy quebrado.

Declara el ST LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ MORALES (fls. 24 a 27 C/4 el día 26-04-05), adscrito a la Brigada XVII BATALLÓN DE CONTRAGUERRILLA 33, como comandante de la compañía ALACRÁN UNO, manifestando que en la operación FÉNIX ellos ejecutaron la misión táctica FORTALEZA, la cual consistía en desarrollar operaciones hacia el sector de Los Naranjos. Aseguró que no contaban con guías. Dice que el terreno es bastante quebrado, montañoso y con vegetación espesa.



En el mismo sentido declararon el día 12-05-05 ABEL ANTONIO ACEVEDO TEHERÁN (fls. 83 a 85 C/4), CARLOS EDUARDO BEJARANO BELTRÁN (fls. 86 a 89 C/4) y EDUARD BONILLA QUINTERO (fls. 90 a 93 C/4). El día el 13-05-05 RODRIGO MOSQUERA BERNAL y LUIS ALFREDO MISAS GONZÁLEZ (fls. 97 a 101 C/4). El día 01-05-06 ESNEIDER ALEXANDER URREGO HURTADO (fls. 164 a 166 C/7) y JOSÉ GABRIEL GARNICA BERNAL (fls. 175 a 178 C/7). El día 24-04-07 RAMIRO ANTONIO ESCOBAR DORIA (fls. 164 a 169 C/8) y ADONILSO MANUEL BENÍTEZ ARGEL (fls. 170 a 176 C/8). Y rindieron indagatoria el día 26-06-07 LUIS CARLOS LORA CONTRERAS (fls. 29 a 35 C/9), EDINSON ANTONIO MURILLO ASPRILLA (fls. 36 a 41 C/9), LEONARDO FABIO SOLANO TORRES (fls. 48 a 53 C/9). El día 28-06-07 FRANKLIN ALEXANDER RUBIO REY (fls. 63 a 69 C/9). El día 10-07-07 MANUEL ALCÁZAR GIL (fls. 70 a 75 C/9). El día 11-07-07 JUVENAL FERRARO ÁVILA (fls. 78 a 84 C/9). El día 12-07-07 CARLOS ALBERTO CAICEDO GAMBOA (fls. 85 a 89 C/9). El día 13-07-07 WILLIS ALBERTO TORRES SÁNCHEZ (fls. 96 a 103 C/9). El día 17-07-07 ELVER JOSÉ ÁLVAREZ PALOMINO (fls. 104 a 109 C/9). El día 18-07-07 NORBEY DE JESÚS OSORIO BÉDOYA (fls. 139 a 143 C/9). El día 08-08-07 LUIS ALBERTO ZAPATA PEÑA (fls. 144 a 149 C/9) y DAIRO NEL ARCIA TERÁN (fls. 150 a 155 C/9). El día 09-08-07 VÍCTOR MANUEL GALARCIO PACHECO (fls. 156 a 162 C/9) y NEDERSON VARGAS RODRÍGUEZ (fls. 163 a 169 C/9). El día 16-08-07 RICARDO JOSÉ HERNÁNDEZ NÚÑEZ (fls. 170 a 176 C/9), LUIS ALFREDO MISAS GONZÁLEZ (fls. 177 a 183 C/9), DEISON MANUEL MENA CASTAÑEDA (fls. 217 a 222 C/9) y JHON JAIRO CARRANZA MOLINA (fls. 211 a 216 C/9). El día 20-09-07 ABEL ANTONIO ACEVEDO THERÁN (fls. 227 a 235 C/9). El día 20-09-07, AUGUSTO ANTONIO SÁNCHEZ SAN MARTÍN (fls. 245 a 250 C/9). El día 24-09-07 FRANKLIN MARTÍNEZ HIDALGO (fls. 22 a 28 C/10). El día 25-09-07 ESNEIDER ALEXANDER URREGO HURTADO (fls. 297A a 302 C/9). El día 18-10-07 ARIEL MAURICIO CASTRILLÓN CASTAÑO (fls. 13 a 19 C/10). El día 22-10-07 IVÁN DARÍO BONILLA CUESTA (fls. 157 a 162 C/10). El día 23-10-07 WILLIAN ARBEY LEIVA PÁEZ (fls. 29 a 35 C/10) y ALEXANDER DE JESÚS GIRALDO LEGARDA (fls. 227 a 231 C/10). El día 15-11-07 DAVID RICARDO CÁRDENAS FORERO (fls. 232 a 236 C/10). El día 28-11-07 ALEX LEANDRO ROMERO CANO (fls. 296 a 299 C/10), VÍCTOR JOSÉ BERRÍO HERNÁNDEZ (fls. 163 a 169 C/10) e ISNARDO ALBERTO SOTO REGINO (fls. 22 a 27 C/11). El día 11-12-07 JUAN FRANCISCO TORRES URANGO (fls. 51 a 56 C/11). El día 28-11-07 JUAN CARLOS SALCEDO CELADA (fls. 7 a 11 C/11). El día 05-12-07 BENANCIO MANUEL RÍOS GARCÍA (fls. 12 a 17 C/11) y JORGE DAVID TOMÁS LÓPEZ (fls. 171 a 174 C/12). El día 17-12-07 EUDES DE JESÚS HERNÁNDEZ PÉREZ (fls. 57 a 61 -sin firmas C/11). El día 19-12-07 IVÁN DARÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ (fls. 64 a 69 C/11). El día 20-12-07 WILDER ALBERTO GUISAO FERNÁNDEZ (fls. 188 a 193 C/9). Estas personas en términos generales niegan la presencia del guía, en su mayoría niegan el contacto con civiles, aceptan haber estado en El Barrio pero niegan conocer a LUZ MIRYAM TUBERQUIA y algunos hasta haber visto viviendas.

De otra parte, rindieron indagatoria DEIVIS RAFAEL PÁEZ CERVERA (fls. 205 a 210 C/9 el día 18-09-07), JOSÉ GABRIEL GARNICA BERNAL (fls. 264 a 273 C/9 el día 16-10-07), EDWIN FERNÁNDEZ MEZA (fls. 5 a 12 C/10 el día 22-10-07), JUAN MARTÍN BEDOYA BEDOYA (fls. 131 a 135 C/10 el día 08-11-07),

EDUARD BONILLA QUINTERO (fls. 274 a 280 C/9 el día 16-10-07), YIMY ASPRILLA CÓRDOBA (fls. 105 a 109 C/10 el día 07-11-07), JOSÉ FERMÍN ÁVILA SÁNCHEZ (fls. 136 a 140 C/10 el día 08-11-07), y explican que el día que salió la tropa de Nueva Antioquia hacia Los Naranjos estaba MELAZA con ellos.

También rindió indagatoria el Capitán OSCAR GERARDO OMAÑA GARCÍA (fls. 281 a 288 C/9 el día 17-10-07). Dice que tomó el mando el día 20 de febrero y le informaron FERNÁNDEZ y GARNICA que llevaban un guía que había enviado la Brigada, era alias MELAZA, entonces lo pasó a la contraguerrilla ALACRÁN DOS. El día 24 aproximadamente se fracturó un soldado entonces aprovechó para mandar el guía con ese soldado.

A unísono los miembros del BC33 señalan que en ningún momento se separaron, todo el tiempo permanecieron juntos y no prestaron apoyo a ninguna otra compañía.

Como los testimonios no se cuantifican; se valoran, es posible encontrar entonces que en aras de su derecho de defensa la mayoría de los declarantes negaron la presencia de MELAZA en el lugar de los hechos, lo cual no se compadece con la realidad, pues este testigo resulta verosímil al confrontarlo con las restantes pruebas que obran en la foliatura, y su función como guía de los miembros del BC33 es aceptada por el propio CT OMAÑA.

Mediante diligencia de inspección judicial a la Unidad Antiterrorismo Despacho 19, proceso radicado No. 64.968, se obtuvo copia de la injurada de ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA, alias MELAZA, integrante del BLOQUE BANANERO de las AUCC, donde este señala que desde que se desmovilizó de las AUTODEFENSAS, ha trabajado como guía de la Brigada XVII (fls. 224 a 231 C/8 el día 20-09-06). A folios 235 C/8 obra oficio No. 333/MD-CE-CCON1-DIV07-BR17-B2-INT10-252 de fecha 25 de abril de 2007, donde el Comandante de la Décimo Séptima Brigada informa que el particular ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA sí participó algunas veces como orientador del terreno en algunas misiones tácticas desarrolladas por esa unidad operativa.

Rinde indagatoria ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA (fls. 269 a 275 C/8 el día 18-05-07) y se aporta como prueba trasladada declaración ante Procuraduría (fls. 116 a 135 C/9) el día 01-06-07), sin hacer ninguna mención a lo ocurrido en La Resbalosa o Mulatos Medio distinta a negar su participación en esos hechos. Amplía indagatoria ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA (fls. 64 a 73 C/10 el día 31-10-07), y dice que a él le entregaron un radio 2 metros, se encontraba hablando con un soldado cuando se metió en la comunicación CUATRO CUATRO, un paramilitar del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, quien le dio indicaciones que anotara la frecuencia del radio grande para que se la pasara al Capitán OMAÑA que iba con el declarante y se comunicara con el "papá que iba con él", que era el Capitán GORDILLO, luego escuchó que ellos se saludaron pero no sabe qué más hablaron. Afirma que otros paramilitares le informaron que en los hechos participó un grupo de más de 50 personas al mando de CUATRO CUATRO, quienes iban con la compañía del capitán GORDILLO, los paramilitares iban adelante y llegaron a una casa donde encontraron un guerrillero, se enfrentaron con el guerrillero y procedieron a matar a la gente. Dice que GORDILLO se había quedado



asegurando un cerro. Amplía declaración ADRIANO JOSÉ CANO ARTEAGA ante la Procuraduría General de la Nación y dice que dentro de los paramilitares él era el encargado de la central de comunicaciones (Cfr. fls. 112 a 129 C/10 el día 06-11-07; fls. 282 a 290 C/10 el día 26-11-07; fls. 61 a 73 C/12 el día 04-01-08). En la audiencia pública reitera que sirvió como guía dentro de la operación FÉNIX con la compañía ALACRÁN del BC33, a esas operaciones iba vestido de camuflado y armado, dice que antes de la desmovilización tenía cierto contacto con CUATRO CUATRO por radio e inclusive personalmente lo alcanzó a ver una vez. Le comentaron que la tropa del VÉLEZ se quedó en un sitio, los paramilitares bajaron al cañón y encontraron un guerrillero y le dispararon, luego PIRULO y RONCO procedieron a matar la demás gente. Dice que los miembros del Ejército Nacional no estaban con los paramilitares porque el Capitán GORDILLO les dijo que bajaran que ellos les prestaban seguridad.

A fls. 19 a 21 C/11 el día 07-12-07 declara HENRY RODRÍGUEZ GÓMEZ desmovilizado del BLOQUE BANANERO, quien ratifica que MELAZA era radio operador y que las Autodefensas tenían radios escáner, en los cuales entran y salen comunicaciones.

Entonces, este declarante cumple una doble función dentro del proceso, primero como testigo directo pues pudo percibir de manera inmediata a través del radio la voz de CUATRO CUATRO, a quien pudo reconocer por su función como radio operador dentro del grupo paramilitar, el cual le indicó que iba acompañado de una persona que por su experiencia y los datos recibidos pudo concluir que se trataba de un comandante militar. Además, fungió como testigo de oídas, al sostener diálogos con miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ quienes le confirmaron la información que obtuvo directamente, explicándole que para el día de los hechos ellos se encontraban en compañía de unas tropas del BIVEL.

Observa el despacho que los datos obtenidos por MELAZA fueron corroborados por otros testigos directos de los hechos, lo que le otorga credibilidad y es indicativo en este evento de que también es cierto lo conocido por referencia, en el sentido que los paramilitares fueron los que desplegaron las acciones violentas contra la familia del señor BOLÍVAR mientras que los militares se encontraban asegurando otro lugar, pues como se verá luego esta versión coincide con lo manifestado por otros testigos presenciales.

Por otra parte, declaró el Sargento JOSÉ ALEJANDRO BALLÉN DAZA en la Audiencia Pública, Jefe de comunicaciones del Batallón VÉLEZ en el año 2005 y encargado del COT durante la misión táctica FERROZ. Explicó que en el Batallón tienen un radio con seguridad de voz, es decir que solamente se comunican entre radios de la misma gama, para que los grupos irregulares no los rastreen, los radios están permanentemente encendidos y todos escuchan lo que se está hablando, la compañía usa el PRS730 para larga distancia. También dijo que poseen el radio HT1000 que es portátil para comunicación tipo escuadra a no más de 1 km. Y aclaró que el radio pequeño no sirve para comunicarse con el grande, no son compatibles. Explicó que le dicen "dos metros" al radio HT1000, que también tiene seguridad de voz y solo sirve para comunicarse entre ellos. Afirmó que las patrullas se deben reportar cada hora y ese reporte lo hace el radio operador. Los programas se hacen en la mañana y están todos al aire, en ellos

*Handwritten signature or initials*

interviene el Comandante de Compañía y el Coronel da las órdenes, al programa del COT asiste toda la plana mayor y si en la Brigada están en la misma frecuencia también pueden escuchar. Indicó que durante la operación nunca nadie reportó que fuera en compañía de grupos irregulares y nunca el S3 o el Coronel dieron instrucciones a las tropas de moverse con grupos irregulares. Recuerda que llamaron a decir que habían escuchado unas explosiones, él dio aviso a su Mayor y lo que se adoptó fue tomar seguridad y hacer un registro para ver qué pasaba.

De acuerdo a lo explicado por el oficial de comunicaciones en la práctica era imposible a los soldados comunicarse con el Batallón, teniendo en cuenta que el radio de largo alcance lo portaba el radio operador bajo el mando del Capitán GORDILLO, así como tampoco podían comunicarse entre ellos mismos, ya que no todos portaban radio y aquellos que lo portaban se podían escuchar entre si.

También declaró el Mayor GONZALO ANTONIO GÓMEZ AMAYA en la Audiencia Pública y dijo que para el 2005 se desempeñaba como segundo comandante y ejecutivo del Batallón VÉLEZ en San Pedro de Urabá. Participó en el 95% de los reportes porque manejaba la parte administrativa y logística y no se reportó ninguna situación irregular. Agregó que resulta normal que el S3 se desplace al área de operaciones para impartir las instrucciones, pero depende de donde esté la tropa y si hay acceso para que el oficial llegue con seguridad. Dijo que la función del puesto de mando atrasado consistía en verificar que se siguiera la ruta que se impuso y se registraran los objetivos que se fijaron, pero aunque el Coronel ORLANDO ESPINOSA y el Mayor CASTAÑO tenían el mando sobre el Capitán GORDILLO, todo el control lo ejercían a fe de lo que éste les reportara. Manifestó que la utilización de guías u orientadores de terreno está autorizada por el Comando General, pero no recuerda si en el caso concreto se usaron; estos guías deben portar uniforme como parte de su propia seguridad, pero no pueden estar armados, el S2 es el encargado de realizar el trámite para su vinculación.

En sus intervenciones procesales el acusado ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, Comandante del BIVEL, dice que se encontraba en el puesto de mando atrasado en San Pedro de Urabá, su jurisdicción estaba comprendida a la derecha por el río Mulatos y a la izquierda por el límite del departamento de Antioquia. Se enviaron dos pelotones por arriba y dos por abajo. Aporta la comunicación del día 18 a las doce del día donde refiere que las unidades debían moverse de a dos B1 con A1 y A2 con A3. Señala que ninguna de las tropas debía estar en La Resbalosa porque ese no era su objetivo. Dice que la Brigada no les dio guías pero ellos usaron dos soldados campesinos que pertenecían al Batallón VÉLEZ por orden del Brigadier General MONTOYA. Afirma que los soldados campesinos no tenían información sobre presencia de paramilitares en el Cañón de Mulatos. Niega haber tenido conocimiento de que sus tropas hicieran contacto con miembros de grupos ilegales, ni que hubieran retenido a ningún civil. Afirma que al CT. GORDILLO: se le enteró de la misión táctica de manera transparente y en ningún momento se le dijo que tenía que actuar con bandidos, además él no llegó directamente de Capurganá a Nueva Antioquia sino que se hizo el esfuerzo de que fuera primero al BIVEL, para enterarlo de primera mano sobre el desarrollo de la misión, luego no entiende por qué él dice que no sabía lo que iba a hacer. Indicó que el control de la misión se hacía con estrictos reportes radiales y dice



que el Capitán GORDILLO le informó de los disparos o detonaciones que escucharon el día 21 de febrero, pero afirmó que eran muy lejos, entonces él le ordenó tomar seguridad y comunicarse con las unidades adyacentes, pero ninguna dio razón de lo que sucedía, una hora después le reportó que no había ninguna novedad. Apela al principio de confianza, sostiene que todo lo estaba haciendo bien, por lo que podía suponer que los otros también (Cfr. fls. 252 a 254 C/6 el día 01-12-05, fls. 154 a 158 C/8 el día 03-04-07, fls. 37 a 45 C/17 el día 23-07-08, J.P.M. fls. 201 y s.s. C/1 anexo y fls. 95 y s.s. C/3 y en audiencia pública).

En este punto es importante precisar que ninguna regla lógica o de la experiencia permite suponer, como lo alegó la fiscalía, que del hecho de que el Comandante del Batallón haya resuelto impartir instrucciones personales al Capitán GORDILLO se concluye que tenía intenciones oscuras de comunicarle que las acciones se realizarían en conjunto con los paramilitares. En este punto se contraponen la versión de GORDILLO con la de ESPINOSA, sin que exista ningún elemento para dar mayor crédito a una o a la otra.

El procesado JOSÉ FERNANDO CASTAÑO LÓPEZ Oficial de Operaciones S3 del BIVEL, dice que la Brigada XVII planeó la operación FÉNIX con ocasión de un descalabro acaecido en el sitio Porroso a tropas del Batallón VOLTÍGEROS con sede en Carepa. Con ocasión de ella se planeó la misión táctica FERROZ con la compañía ANZOÁTEGUI y un pelotón de la compañía BOLÍVAR, teniendo como objetivos Cerro Bogotá y La Cooperativa. La Brigada designó los Pelotones y los ejes de avance con la orden fragmentaria FOCA. Se reunieron como punto de partida en Nueva Antioquia y allí esperaron hasta el día 17 al CT GORDILLO. El 16 en la noche él se reunió con los comandantes de pelotón ST JARAMILLO, ST MILANÉS, TT GARCÍA y SS BRANGO para explicarles la misión y les recalcó que el operativo era nocturno extremado todas las medidas de seguridad. Dice que los dos objetivos se consolidaron sin novedad. Afirma que los guías los aportó la Brigada, él los llevó a Nueva Antioquia y se los entregó a los comandantes de pelotón, así como la carta de situación, el IOC y la orden de operaciones. Sostiene que desconoce si sus tropas tuvieron contacto con grupos armados ilegales pues el control operacional lo hacía mediante los programas de radio, además en las órdenes de operaciones quedaba escrito que no hubiera ningún vínculo con organizaciones al margen de la ley. Anexa reporte de anotaciones donde a folios 34 se observa el registro de salida hacia Nueva Antioquia del CT GORDILLO a las 7:30 horas del día 17 de febrero de 2005 (Cfr. fls. 18 a 25 C/17 el día 22-07-08 y audiencia pública).

De que días antes hubiese acaecido un fracaso operacional no puede derivarse sin más la existencia de un dolo en los miembros de la fuerza pública de cometer acciones ilícitas en contra de la población civil. Además, el ejecutivo del Batallón y el encargado del COT indicaron a ciencia cierta, como también lo hizo el paramilitar OREJAS, que a ESPINOSA y CASTRO nunca se les reportó ninguna irregularidad referente al desplazamiento de los militares con los paramilitares. Y es que incluso MILANÉS refiere que no escuchó que se reportara la presencia de paramilitares y que JARAMILLO por orden de GORDILLO le reportaba al Batallón unas coordenadas diferentes a las del sitio donde se encontraban realmente.

De la misma manera, del hecho que el S3 se haya desplazado hasta Nueva

Antioquia para impartirle las órdenes a los comandantes de pelotón, no puede inferirse la intención de suministrar información contraria a lo consignado en la orden de operaciones y la misión táctica, obsérvese que de acuerdo a lo indicado por el ejecutivo del Batallón, en sí misma esta situación no resulta extraña pues si la tropa se encontraba en un lugar accesible se pueden impartir instrucciones personalmente. Además, aunque JARAMILLO sostiene que en algún momento el Mayor CASTAÑO se quedó a solas con el TT GARCÍA, ninguna prueba existe sobre el contenido de su conversación.

Y aunque hasta aquí encuentra el despacho una franca contradicción entre los oficiales que declararon en relación con la presencia de los guías y el responsable de su designación, así como la hay en las versiones de los subalternos de aquellos, no obstante, no resulta ello un hecho indicador del conocimiento que tenían los dos procesados ESPINOSA y CASTAÑO que se iban a realizar operaciones con los paramilitares y que de esas operaciones se seguiría la muerte de personas civiles, cuando esto ni siquiera los mismos paramilitares lo tenían previsto.

Cabe agregar que no está demostrado en el proceso que los guías RATÓN y JONÁS fueran paramilitares activos y, de serlo, que los oficiales encargados de la selección de aquellos conocieran esa circunstancia, pues nada se logró esclarecer al respecto; y aunque resulte insólito, de acuerdo a la prueba recaudada, se trataba de una situación expresamente autorizada por el Comando General. De otro lado, el manejo que a estos se les diera en el terreno se escapaba, igualmente, del ámbito de control de los superiores, pues de conformidad con lo probado, a pesar de que se encontraba prohibido que portaran armamento en realidad ellos mismos se negaban a colaborar si no se lo suministraban.

Además, no se considera válida la deducción que realiza el CT GORDILLO, pues según él los guías que llevaban eran paramilitares, y ello por sí mismo implicaba una especie de autorización tácita que le había dado el comando del Batallón para patrullar con todo el bloque de paramilitares.

Aunado a ello el CT GORDILLO simplemente aduce que él informó que "todo estaba coordinado", pero ¿a qué se puede referir eso? Como se viene diciendo, siendo el Ejército Nacional una estructura lícita no es dable inferir que ante una afirmación de esa naturaleza se haya entendido algo distinto a que todas las acciones lícitas posibles estuvieran preparadas.

De otro lado, se escuchó la versión de los militares que estuvieron en la zona, y es así como los miembros de la compañía ANZOÁTEGUI del BIVEL, declararon lo siguiente:

Los miembros de los pelotones ANZOÁTEGUI 2 y 3 aunque resultan contradictorios en algunos datos específicos, como es el caso de RAMÓN MICÁN GUAJITA (fls. 201 a 204 C/7 el día 03-05-06 e indagatoria a fls. 133 a 138 C/13 el día 26-03-08), quien dice que pertenecía al pelotón ANZOÁTEGUI TRES, su pelotón iba de último y adelante iban la compañía BOLÍVAR y dos pelotones de la ANZOÁTEGUI, cuando salieron de Nueva Antioquia, que los desplazamientos



fueron nocturnos y que no escuchó las explosiones; en términos generales expresan que la operación inició en Nueva Antioquia iban los pelotones A1, A2, A3 y B1 y subieron los cuatro pelotones al Cerro Cruz de Hueso, en ese punto se separaron, A1 y B1 siguieron por la parte de abajo por el cañón, mientras que A2 y A3 siguieron por la parte de arriba de la Serranía de Abibe teniendo como objetivo hacer cierre y prestar seguridad en el sector conocido como Cerro Bogotá, nuevamente hicieron contacto con los otros dos pelotones en el punto La Cooperativa. El CT GORDILLO iba con A1 y B1. Aseguran a unísono que durante el movimiento no se encontraron con personal civil. Dicen haber escuchado en el cañón unos disparos. Niegan conocer a los paramilitares y dicen que no llevaban guías. Sostienen que parte de la operación se hizo de día y otra parte de noche porque el terreno era muy crítico, muy selvático (cfr. indagatoria de LUIS JAVIER GUTIERREZ ECHEVERRY fls. 263 a 268 C/13 el día 28-03-08, JESÚS DAVID CARDONA CASAS fls. 269 a 273 C/13 el día 28-03-08, OSCAR JAIME GONZÁLEZ fls. 2 a 8 C/14 el día 31-03-08, HÉCTOR ALONSO LONDOÑO RAMÍREZ fls. 55 a 60 C/14 el día 02-04-08, YUBER MANUEL CARRANZA RODRÍGUEZ fls. 228 a 233 C/15 el día 12-05-08).

El procesado DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ, dice que era el comandante del segundo pelotón de la compañía ANZOÁTEGUI, afirma que entraron por Nueva Antioquia, luego se desplazaron a la vereda La Ahuyama, después pasaron por el río Mulatos y siguieron el eje de avance hasta el Cerro Bogotá, no escuchó detonaciones ni disparos, no se encontraron con miembros de las Autodefensas, afirma que del sitio de los hechos a donde él se encontraba con su personal había dos jornadas de distancia. (Cfr. fls. 171 a 175 C/13 el día 26-03-08, J.P.M. fls. 223 y s.s. C/1 anexo y 117 y s.s. C/3 anexo).

El acusado EDGAR JAVIER GARCÍA ETUPIÑÁN, era el comandante de la ANZOÁTEGUI 3. Reitera que salieron todos de Nueva Antioquia y se dividieron en el Cerro Cruz de Hueso. Escuchó un intercambio de disparos y una explosión hacia el Cañón de Mulatos cuando estaban en la parte alta de la Serranía de Abibe, que por su extensión toma otros nombres como son Filo Aldana, Cerro Bogotá, Cerro La Conquista. Durante la operación no se tuvo conocimiento de la presencia de Autodefensas, pero cuando escucharon los disparos concluyeron que había sido un enfrentamiento entre estos y la guerrilla (Cfr. fls. 205 a 208 C/7 el día 03-05-06, fls. 181 a 186 C/13 el día 27-03-08, J.P.M. fls. 225 y s.s. C/1 anexo y 119 y s.s. C/3 anexo). En la audiencia pública dice que no tuvo contacto personal con GORDILLO hasta La Cooperativa, se enteró por medio radial cuando llegó a tomar el mando de B1. Afirma que por Cruz de Hueso pasaron antes de cruzar el río Mulatos, después llegó GORDILLO. Dice que no es normal que se acompañen de las AUC porque son personas al margen de la ley, deben tratar de capturarlos y dar de baja a dichos delincuentes en caso de resistencia armada. No se acuerda de que le hayan entregado unos guías. Desconoce porqué GORDILLO dijo que GARCÍA coordinó con BRANGO el encuentro con el BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ.

En términos generales, resulta importante entonces establecer que con base en estas declaraciones se puede afirmar que efectivamente para la fecha de los hechos, esto es, el día 21 de febrero de 2005, las tropas de A2 y A3 no se encontraban ni con A1 y B1 ni con los paramilitares, pues habían tomado otro eje

de avance para asegurar el primer objetivo que era Cerro Bogotá, el cual era un punto distante de La Resbalosa y Mulatos Medio donde ocurrió la masacre.

De otra parte, en cuanto la participación que tuvieron GARCÍA y BRANGO en la coordinación con los paramilitares, las versiones ofrecidas por el CT GORDILLO resultan contradictorias y poco creíbles, teniendo en cuenta que hacen referencia a una fecha en la cual él todavía no había llegado a la zona, y que el paramilitar OREJAS solamente hace mención a que sostuvo encuentros con el CT GORDILLO, incluso habla de un encuentro que se habría suscitado el día 17 de febrero de 2005 en horas de la mañana, es decir, después de que éste ya había salido del Batallón hacia Nueva Antioquia.

En efecto, el CAPITÁN GUILLERMO ARMANDO GORDILLO SÁNCHEZ, rindió varias declaraciones en el decurso procesal. Inicialmente, negó cualquier conocimiento sobre los hechos, manifestando que durante el recorrido no se les unió ninguna compañía y afirmando que para el día 21 de febrero siendo la 1:00 de la tarde se escucharon unos disparos y explosiones distantes, se comunicó al Batallón y consultó con la ANZOÁTEGUI 1 y estos informaron que no había sido con ellos, el oficial de operaciones les dio instrucciones de tomar las medidas de seguridad y el Mayor CASTAÑO les dio la orden de tratar de ubicar el sitio y garantizar la seguridad de la tropa. Sostiene que en ese momento se encontraban en el sector de Miguelayo. No sabe decir que distancia operativa existía hasta La Resbalosa donde ocurrieron las masacres, en todo caso dice que era lejos porque ellos no cogieron el camino Miguelayo – La Resbalosa (Cfr. fls. 165 a 167 C/5 el día 30-07-05, J.P.M. fls. 215 y s.s. C/1 anexo y 109 y s.s. C/3 anexo).

A la declaración deja anexo copia del cuaderno de anotaciones, donde se resalta: 17-02-05 20:00 llegada del señor BOLIVAR VI a la patrulla. 18-02-05 4:00 registro en el sector Cerro Cruz de Hueso. 19-02-05 1:00 cruce del accidente natural río Mulatos. 19-02-05 5:00 llegada al sector RODOSALÍ. 20-02-05 4:00 registro en el área de LA HOZ. 21-02-05 4:00 registro en el área de MIGUELAYO. 21-02-05 13:00 se escucha un enfrentamiento en la parte baja de donde nos encontramos, al parecer las FARC se prendió con las AUC se reporta al COT. 22-02-05 4:00 registro en el área de LA RESBALOSA.

Amplía indagatoria y niega que alias MELAZA haya hecho contacto con CUATRO CUATRO para permitir las comunicaciones con el Capitán OMAÑA. Dice que CUATRO CUATRO no iba con el personal de su patrulla. Básicamente dice lo mismo que en su primera intervención (Cfr. fls. 73 a 78 C/11 el día 27-12-07).

En una posterior ampliación de indagatoria, afirma que se enteró que el TT GARCÍA había organizado con MILANÉS la subida al Cerro Castañeda o Aldana con once soldados para hacer las coordinaciones con personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, lo cual hicieron en la mañana, porque ese sector era un paso obligado para llegar al Cañón de Mulatos. Todo esto le fue informado el día 17 de febrero de 2005 cuando llegó siendo las 20:00 horas, a él no le quedó muy claro entonces le preguntó al MY CASTAÑO cómo era la situación y él le informó que había estado allá antes que llegara y había hablado con el TT GARCÍA y éste a su vez había hecho las coordinaciones con un personal de HÉROES DE TOLOVÁ. De otra parte dice que ya el TT GARCÍA y el SG BRANGO habían



reunido los soldados y les habían comentado dónde se iban a encontrar con los paramilitares. Después que todo el personal se encontró en la parte alta del cerro, los comandantes militares y paramilitares se reunieron, los paramilitares les dijeron que conocían el terreno, sabían de campamentos y de caletas de las FARC y que ellos tenían otros campamentos de las AUC hacia el Cañón de Mulatos y que irían con ellos. Se quedaron un día en Cerro Aldana y de ahí bajaron los cuatro pelotones hacia el río Mulatos, luego llegaron por la tarde a otra base paramilitar en Cerro de La Hoz donde estaba el comandante CUATRO CUATRO, y se quedaron ese día los cuatro pelotones, se organizaron porque tenían dos objetivos, se hizo programa con el Coronel ESPINOSA y él preguntó que cómo era la situación de la operación y le contestó que de acuerdo a lo que se había hablado con el MY CASTAÑO y el TT GARCÍA, entonces le dijo que GARCÍA cogiera hacia Cerro Bogotá y él se desplazara a efectuar cierre en La Cooperativa y llevara el personal y los guías. Asegura que el personal eran los miembros del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ. Frente a los guías dice que se quedó uno con B1 y A1 que le decían JONÁS, el otro se fue con A2 y A3 y le decían RATÓN, que era el mismo que subió la tropa al Cerro Castañeda o Aldana. Después que se separaron quedaron B1 y A1 y un personal de los paramilitares se fue delante de ellos, hicieron un alto en el sector de Miguelayo mientras se realizó una coordinación por un radio de banda dos metros, CUATRO CUATRO coordinó con MELAZA que iba con un personal del BC33 y se le pasó la frecuencia del radio 730 que tiene seguridad de voz para que se la diera a OMAÑA, a quien se le comentó que iba adelante un personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, unos 50 separados en dos grupos, y que ellos iban atrás. De los dos grupos de paramilitares explica que uno iba por la margen del río y otro por la parte alta hacia La Resbalosa. El día 21 de febrero, como los paramilitares iban adelante se les escuchó por radio que habían matado a un personal civil por el lado del río, pero no sabe de ese lado quién iba, entonces hicieron alto y a eso de las 13:20 horas se escucharon unas explosiones o detonaciones hacia el sector de La Cooperativa, entonces lo informó al Batallón y después se enteraron que el TOLOVÁ había tenido un combate en la vereda La Resbalosa y por radio reportaron que habían matado un guerrillero con un fusil, pero después también dijeron por radio que habían matado a unas personas en la explosión y habían hecho unas fosas, el mando de ese grupo lo llevaba CUATRO CUATRO. Sostiene que ellos llegaron como a 500 metros de distancia de la casa y ya se sabía que el TOLOVÁ había matado a una gente y unos niños, que la orden la había dado CUATRO CUATRO, eso lo escucharon por radio a VEINTIUNO, a FUDRA y a COBRA. Niega lo dicho en conversación interceptada a PIRULO afirmando que en ningún momento los militares dispararon el mortero, dice que los del TOLOVÁ también llevaban mortero. Niega que haya dado la orden de matar a los niños. Afirma que las coordenadas reportadas en los INSITOP no coinciden en todo con la realidad y tampoco el informe de patrullaje del BIVEL que suscriben con el TT JARAMILLO y TT MILANÉS (Cfr. fls. 208 a 215 –sin firmas C/15 el día 12-05-08).

En una nueva ampliación, afirma que en el Batallón el TC ESPINOSA le informó que el MY CASTAÑO se encontraba en Nueva Antioquia y había hablado con el TT GARCÍA para que hiciera unas coordinaciones de subir al Cerro de La Hoz o Castañeda donde se encontraba un personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, pues era un paso obligado para llegar al Cañón de Mulatos, involucra en dichas coordinaciones al TC ESPINOSA, el S3 del Batallón, el SS BRANGO y un

soldado de apellido LÓPEZ. Afirma que se enteraron de la muerte de los civiles primero por las explosiones y los disparos, y luego porque por radio dos metros se escuchó que le daban la orden a CUATRO CUATRO que él ya sabía lo que tenía que hacer respecto a ese personal, por una repetidora que quedaba por los lados del Cerro Bogotá, cree que alias PICO o FERNANDO era el que transmitía la orden. Dice que en la reunión en el Cerro de la Hoz participaron los cuatro comandantes de pelotón y varios comandantes paramilitares. Agrega que luego se reunieron con ellos el Sargento PADILLA PETRO, CUASMAYAN ORTEGA, CRUZ REINA y BASTIDAS CANDIA, entre otros. Dice que al Cerro Castañeda el SS BRANGO ya había subido un día antes, ahí estaba el TT GARCÍA, y los últimos en llegar fueron él con el TT MILANÉS y el TT JARAMILLO como a las 6 de la tarde. Afirma que el personal del Ejército no fue autor material ni presenció los hechos, porque se encontraban atrás a una distancia de 25 minutos. Siempre dormían cerca de donde estaba el personal de HÉROES DE TOLOVÁ, así que en todo momento los soldados los pudieron ver, en ningún momento llevaban más de 500 metros entre los dos pelotones. Explica que los guías que suministró la Brigada fueron JONÁS y RATÓN, mientras PIRULO era el guía que tenía CUATRO CUATRO y habló con los comandantes de pelotón BRANGO, GARCÍA, MILANÉS y JARAMILLO (Cfr. fs. 169 a 183 C/17 el día 29-07-08).

En otra declaración el Capitán GORDILLO dice que el General FANDIÑO Comandante de la Brigada XVII tenía conocimiento que se iba a hacer un patrullaje con las Autodefensas, pues de allí enviaron al guía JONÁS, con quien el General sostuvo conversación después de ocurridos los hechos diciéndole que eso no era lo que habían acordado. Afirma que el General le indicó que lo más probable era que lo llevaran a declarar pero que en ningún momento admitiera que iba personal civil o guías u otro integrante al margen de la Ley. Después en Bogotá le mostró la declaración de MELAZA y le reiteró las mismas directrices. Sostiene que el personal de cuadros y él se reunieron con el personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ y todos estuvieron de acuerdo con la ruta que se iba a seguir. Afirma que las coordinaciones en el pueblo las hicieron GARCÍA y BRANGO con un urbano que le decían ALEJO, el cual pidió autorización a FUDRA 6 para que pudiera subir el SG BRANGO con 10 soldados de su pelotón y con el soldado LÓPEZ del pelotón del TT MILANÉS que tenía un radio 2 metros y se hacía llamar MARCOS. Reitera que el TC ESPINOSA le informó que ya había unas coordinaciones con personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ. Dice que al día siguiente antes de las 07:30 habló con el MY CASTAÑO, le dijo que se fuera a recibir los pelotones y que ya se había coordinado con los paramilitares (Cfr. fs. 53 a 58 C/22 el día 22-01-09).

Finalmente, en la audiencia pública, reitera que se reunieron en Cerro Castañeda con los paramilitares, y antes de eso el Sargento BRANGO ya había realizado unas coordinaciones previas el día 17 de febrero de 2005 en horas de la mañana. Dice que en esa reunión estuvieron los comandantes de pelotón y algunos cuadros, pero todo lo que se planteó fue buscar una forma de pasar y llegar a los objetivos. Indica que a partir de esa reunión el BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ salió adelante porque eran los que conocían el terreno. Cita que el Comandante de Batallón ya había realizado las misiones ESCUDO y FELINO con las tres ANZOÁTEGUI realizando operaciones en el área desde el mes de enero, donde había unos 30 hombres de las AUC en el Cerro La Castañeda y otra



cantidad igual en La Hoz. Asegura que se separaron de las Autodefensas en las horas de la mañana bien temprano el día 21 de febrero de 2005 y ellos se siguieron por el lado del cañón y los militares se quedaron para subir por La Cooperativa. Resalta que todos los militares observaron la presencia de los miembros de las autodefensas pero solo se acordó un planeamiento para llegar a las bases, no se planeó que participaran en la operación militar. Dice que enteró a sus superiores que estaban patrullando con paramilitares porque el comando del Batallón le había informado que tenían que pasar por donde ellos estaban, entonces comunicó por radio al comando que ya se habían hecho las coordinaciones. Refiere que los guías llevaban armamento y dotación normal. Afirma que en noviembre de 2007 en el Batallón VÉLEZ varios soldados acordaron que en sus versiones dirían que no habían visto personal del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ. NESTOR IVÁN DUQUE había "cuadrado" a JORGE APOLINAR y a TUBERQUIA TUBERQUIA para que dijeran que habían sido integrantes de las FARC los que habían cometido esa masacre. Y al testigo ELKIN PINO en el Batallón BEJARANO le recibieron su versión diciendo que había sido SAMID el que había cometido esos hechos. No tiene claro quién le dio la orden a GARCÍA y BRANGO de hacer las coordinaciones con los paramilitares.

Como se puede observar inicialmente el testigo es reacio a admitir cualquier conocimiento sobre los hechos, pero posteriormente, cuando la investigación se encuentra encaminada y comienza a evidenciarse que existió una caminata conjunta de las tropas militares bajo su mando y una agrupación paramilitar, comienza a efectuar una narración sesgada de los mismos, que va ampliando y cambiando a medida que presenta sus intervenciones procesales, negando inicialmente su intención directa de tener contactos con el grupo ilegal y pretendiendo que todo fue coordinado por otros y él simplemente obedeció órdenes.

No resulta digno de crédito para el despacho que fueran BRANGO y GARCÍA, e inclusive MILANÉS, los encargados de efectuar todas las coordinaciones con el grupo de paramilitares para que les permitieran subir hasta Cerro Castañeda pues se trataba de una situación entre comandantes y no es creíble que el Comandante de la Compañía simplemente se limitara a seguir las órdenes de sus subalternos.

Y aunque JARAMILLO ante la Procuraduría sostuvo que antes de iniciar la operación se realizó un registro y que por orden del TT GARCÍA lo efectuó el SG BRANGO con su pelotón, claramente indica que no sabe precisar en qué sector se verificó ese registro y dice que no conoció los detalles porque ya se encontraba el CT GORDILLO al regreso de BRANGO y fue él quien recibió la información.

Ahora, aunque GORDILLO admite finalmente que para cuando subió toda la tropa al Cerro Castañeda él personalmente estuvo efectuando unos diálogos con los paramilitares, es insistente en que esas conversaciones se limitaron a un acuerdo que se logró para patrullar conjuntamente. De la misma manera, menciona que el grupo de paramilitares salió delante de las tropas de B1 y A1. Y de manera tajante niega cualquier participación de los militares en la muerte de los civiles.

Por otra parte, los miembros del pelotón B1 resultan contradictorios en su versión y en confrontación con los miembros de los otros pelotones. En prueba trasladada de la Procuraduría obra la declaración de DARÍO ENRIQUE RAMOS PÉREZ (fls. 100 a 106 C/11 el día 21-12-07), quien no menciona la separación entre los pelotones que se surtió en Cruz de Hueso y, por el contrario, afirma enfáticamente que en todo momento los cuatro pelotones estuvieron juntos, mientras que en declaración JOHNNY ALBERTO ZÚÑIGA MERCADO (fls. 121 a 126 C/11 el día 22-12-07), da a entender que sí existió dicha separación al afirmar que la Bolívar iba adelante y la Anzoátegui iba atrás. En términos generales, los declarantes dicen que de Nueva Antioquia salieron en la madrugada del 17 de febrero de 2005, cruzaron el río y ese mismo día llegaron a La Ahuyama, luego comenzaron a coger la parte alta del Cerro Cruz de Hueso y siguieron avanzando hasta llegar al Cerro Bogotá, encontrándose en el área general de este cerro empezaron a escuchar explosiones o tiros, sin precisar si unos u otros o ambos, dicen que como el terreno es muy quebrado y "marañoso", muy cubierto, no se sabía hacia donde se estaban presentado y solo escucharon el eco, no hicieron nada, pero les sirvió como alerta. No observaron paramilitares o guerrilla. No conocen la vereda La Resbalosa. No tienen conocimiento que contaran con la colaboración de guías. No saben si pasaron por Los Aldana y Los Castañeda.

En cuanto a los miembros del pelotón A1 para la fecha de los hechos se ubican en la parte alta del Cerro Bogotá, contradiciendo lo manifestado por los miembros de A2 y A3 en cuanto a la separación de los pelotones y su travesía por media falda. Básicamente expresan que iniciaron desplazamiento en Nueva Antioquia, cruzaron el río y pasaron por La Ahuyama, comenzaron a subir hacia la parte alta del Cerro Cruz de Hueso, siguieron y pasaron después de varios días por el Cerro Bogotá. Estando allí se escuchó una explosión y disparos, ya estaba de día, duró como 10 minutos y les sirvió para alertarlos de la presencia de su enemigo, no saben de dónde provenían los ruidos porque se oían muy lejos hacia el cañón y ellos se hallaban en la parte alta. El Capitán GORDILLO hizo el reporte al Batallón, se hizo registro perimétrico y como no se encontró nada se dio la orden de seguir avanzando. Luego continuaron hacia un cerro alto que es La Cooperativa. Niegan conocer de la presencia de los paramilitares. Y dicen que no saben dónde queda Los Aldana y Los Castañeda (Cfr. prueba trasladada de la Procuraduría declaración de MANUEL DE JESÚS LÓPEZ fls. 107 a 113 C/11 el día 21-12-07, declaración de JUAN NICOLÁS DOMÍNGUEZ IBARGUEN fls. 114 a 120 C/11 el día 22-12-07, declaración del señor MANUEL DE JESÚS LÓPEZ fls. 202 a 208 C/11 el día 21-12-07, declaración de JUAN NICOLÁS DOMÍNGUEZ IBARGUEN fls. 209 a 215 C/11 el día 22-12-07. Y prueba trasladada del Juzgado Penal Militar declaración de LUIS FERNANDO SERNA CORTÉS fls. 227 y s.s. C/1 anexo 121 y s.s. C/3 anexo, LEONARDO ANDRÉS RICAURTE ANGARITA fls. 229 y s.s. C/1 anexo y 123 y s.s. C/3 anexo, NILSON GARRIDO ANDRADE fls. 231 y s.s. C/1 anexo y 125 y s.s. C/3 anexo, ALBIN ANDRÉS CHAVERRA MENA fls. 239 y s.s. C/1 anexo y 133 y s.s. C/3 anexo, JESÚS DAVID CARDONA CASAS fls. 241 y s.s. C/1 anexo y 135 y s.s. C/3 anexo, JOSÉ ALAIN ASPRILLA MOSQUERA fls. 243 y s.s. C/1 anexo y 137 y s.s. C/3 anexo, PEDRO ENRIQUE ÁLVAREZ SANTODOMINGO fls. 245 y s.s. C/1 anexo y 139 y s.s. C/3 anexo). Aunque varios de los citados dicen que el pelotón de la compañía Bolívar iba delante de ellos, como a una hora o a hora y media de distancia, algunos como ISAAC GERARDO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (131 a 135 C/11 el día 22-12-07),



explica que B1 se desplazaba adelante y ellos atrás con una distancia de 10 minutos.

En consecuencia, esta versión de lo ocurrido suministrada por los miembros de A1 y B1 resulta mendaz, tras confrontarla con la declaración de GORDILLO, los comandantes de A2 y A3, el Comandante del Batallón y la prueba documental, que da fe que existió la separación de las tropas en el sitio Cerro Cruz de Hueso para asegurar el primer objetivo asignado en la orden de operaciones que era Cerro Bogotá.

Por su parte, el procesado ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO señala que se encontraba al mando del primer pelotón de la compañía BOLÍVAR 1. El día 21 de febrero junto con la compañía ANZOÁTEGUI 1 permanecieron en la parte alta de la vereda La Resbalosa desarrollando un registro en profundidad del sector del Miguelayo. Ese mismo día a las 13:00 horas se escucharon unos disparos en distintas direcciones, no sabe precisar con exactitud si hubo explosiones, de inmediato se informó al Batallón lo sucedido y ordenan incrementar las medidas de seguridad y continuar con su objetivo. Afirma que durante el recorrido no vio a ningún integrante ni de las Autodefensas ni de las FARC, porque se les habría invitado a la desmovilización y en caso de resistencia armada se les habría dado de baja en combate. Dice que no se disparó en ninguna ocasión. Asevera que de haber tenido conocimiento de una masacre y estando dentro de sus posibilidades tácticas hubiera acudido de inmediato al sector (Cfr. fls. 161 a 164 C/5 el día 30-07-05, fls. 251 a 262 C/13 el día 28-03-08, J.P.M. Fls. 218 y s.s. C/1 anexo y 112 y s.s. C/3). Afirma que no llevaban guías pues la ubicación del terreno la suministraba la carta de situación y los objetivos estaban impuestos por coordenadas, aunque se trasladó su versión libre ante la Procuraduría donde dijo que el día 15 en horas de la noche recogieron dos soldados campesinos que debía entregarle al TT GARCÍA comandante de la compañía ANZOÁTEGUI (Cfr. fls. 6 a 46 C/18 el día 11-06-08).

Ante la Procuraduría dice que una vez llegó el CT GORDILLO a Nueva Antioquia el movimiento se inició en la mañana del día 18 hasta el Cerro Cruz de Hueso a donde llegó a las 6 de la tarde ya cayendo la noche, como llegó de último le correspondió ubicarse a media falda. Al otro día reiniciaron la marcha y llegaron a Rodosalí donde desayunaron y siguieron al sector de La Hoz. En ese sector en reunión de los comandantes se decidió que en ese punto se separarían los pelotones para consolidar los dos objetivos. Aclara que en el momento que el TT GARCÍA decide tomar otro eje de avance, le entrega a JONÁS uno de los soldados campesinos y el CT GORDILLO decide ir en su pelotón por ser comandante de la compañía BOLÍVAR por lo que le hace entrega del radio operador o "chispas" y él pasa a ser comandante de escuadra, también GORDILLO decide ir a la punta y que ANZOÁTEGUI fuera en apoyo de ellos. Llegaron al sector de Miguelayo en la tarde y pernoctaron en ese sector (en audiencia pública dice que el día 20 se encontraban en Casa Verde). El día 21 siendo las 13:00 horas el CT GORDILLO le ordenó tomar una acción de seguridad y efectuar un registro perimétrico, explica que para hacer el registro el pelotón de apoyo del TT MILANÉS debía brindarle seguridad para él poder dejar sus equipos e ir a cumplir la orden. Del registro le informó al CT GORDILLO que no había ningún indicio en el sector que se estuviera desarrollando algún combate o algo

parecido o que estuvieran cerca de algún área campamentaria de bandidos. Reiniciaron el día 22 pasado el medio día llegaron a un sector cerca de La Cooperativa, ahí esperaron un día a que el TT GARCÍA quien ya había reportado que había consolidado el objetivo Cerro Bogotá llegara a La Cooperativa (en su intervención procesal en cambio dijo que la noche del 22 de febrero se continuó con el eje de avance y el día 23 a las 4:00 horas se registra el sector de La Cooperativa, y en la audiencia pública sostuvo que para el día 22 continuó con su eje de avance y llegaron al sector de La Resbalosa donde pernoctaron). Afirma que A1 y B1 llevaban 40 ó 50 metros de distancia entre si. Dice que desde el momento que inició la operación FÉNIX nunca tuvo contacto directo con el TC ESPINOSA, así que desconoce si sabía que los movimientos se estaban haciendo en el día. Dice que desde el día 15 los programas radiales los hacía el TT GARCÍA y al llegar el CT GORDILLO éste el encargado de efectuar los programas radiales. Niega lo dicho por MILANÉS sobre que él pasaba las coordenadas. No escuchó ni recuerda haber pasado por Cerro Aldana o Castañeda. Afirma que el radio operador del TT MILANÉS desde el inicio de la operación siempre estuvo con el CT GORDILLO porque era el que tenía las frecuencias de la Brigada, mientras el suyo solo tenía las del Batallón.

El procesado ÁNGEL MARÍA PADILLA PETRO dice que participó en la tercera escuadra del pelotón BOLÍVAR UNO bajo el mando del TT JARAMILLO, describe el mismo recorrido que indicó su comandante. Niega conocer a algún paramilitar. Dice que no llevaban guías. El 21 de febrero de 2005 escuchó unos disparos lejos de donde estaba, entonces buscó seguridad y esperó órdenes; en ese momento se encontraban en el sector Casa Verde en desplazamiento con dirección a La Cooperativa. En ese sitio esperaron 40 minutos o 1 hora. No sabe qué área o perímetro registró. (Cfr. fls. 289 a 294 C/13 el día 29-03-08, J.P.M. fls. 247 y s.s. C/1 anexos y 141 y s.s. C/3 anexos y audiencia pública).

El procesado SABARAIN CRUZ REINA manifiesta que el CT GORDILLO iba con la primera escuadra, el TT JARAMILLO con la segunda escuadra, él con la tercera escuadra y el sargento PADILLA con la cuarta escuadra. El día 21 iban por una montaña cuando después de medio día se escucharon unos disparos y unas explosiones a lo lejos. En ningún momento observó que miembros del Ejército Nacional se reunieran con paramilitares. Nunca vio guías. Durante todo el recorrido no se encontraron con civiles. Confirma que el CT GORDILLO asumió su pelotón en el punto de disloque. Dice que el radio 730 lo tenía GORDILLO. Entre el 15 y 25 de febrero su pelotón se encontraba lejos de las veredas La Resbalosa y Mulatos (Cfr. fls. 226 a 230 –sin firmas C/17 el día 01-08-08, J.P.M. Fls. 250 y s.s. C/1 anexos y audiencia pública).

El procesado JORGE HUMBERTO MILANÉS VEGA, comandante de ANZOÁTEGUI 1, dice que cruzaron el río Mulatos el día 19 de febrero; para el día 20 de febrero se ubican en el sector de La Hoz; para el día 21 se ubican en el sector Miguelayo y siendo las 13:00 horas se escucha un contacto armado al parecer entre las FARC y las Autodefensas, el cual se oía desde muy lejos, asegura que el combate que escucharon duró unos 20 minutos y fue con armas ilegales, porque "el sonido es muy diferente al armamento que utiliza el Ejército", también escucharon una detonación pero no sabe decir de qué; el día 22 se continúa el movimiento táctico operacional y el día 23 se llega al objetivo que es



La Cooperativa. Dice que la distancia que más cerca estuvieron del sitio La Resbalosa fue a 3 ó 4 kilómetros en línea recta y para recorrer esa distancia en ese sector se requiere más o menos medio día, de noche sería más tiempo (Cfr. fls. 156 a 158 C/3 el día 14-04-05, J.P.M. fls. 221 y s.s. C/1 anexo y 115 y s.s. C/3 anexo).

Pero se aportó como prueba trasladada de la Procuraduría versión libre de JORGE HUMBERTO MILANÉS VEGA, donde manifiesta que antes de que llegara el CT GORDILLO ellos reportaban las coordenadas como si ya hubiera empezado la operación, la cual no inició el 17 de febrero sino que cree fue el 18 de febrero en horas de la mañana, ese mismo día en la tarde llegaron al Cerro de La Hoz donde se encontraron con el primer grupo de paramilitares, pernoctaron en ese sitio, al día siguiente continuaron con el eje de avance y llegaron a un punto llamado Miguelayo en donde encontraron más personas con las mismas características, él se le acercó y le preguntó al CT GORDILLO qué estaba pasando y éste le dijo que si iba a trabajar o no, que si le interesaban las bajas, entonces el versionado afirma que le respondió que estaba cumpliendo las órdenes pero no compartía como estaban sucediendo las cosas y le agregó que las personas bajo su mando tampoco compartían la situación. Explica que se enteró que eran paramilitares por comentarios que hacía el CT GORDILLO con diferentes miembros de la tropa que tenía a su cargo, eran de 40 a 50 uniformados, la mitad estaba en el primer sitio y la otra mitad en el segundo sitio. Después lo que el CT GORDILLO le manifestó fue que se mantuviera al margen de la situación en la parte de atrás con su tropa como cierre en el eje de avance. La orden que dio el CT GORDILLO fue patrullar con estas personas uniformadas. En Miguelayo pernoctaron esa noche. El día 20 pernoctaron en Casa Verde. Al otro día reanudaron el eje de avance y escucharon un supuesto enfrentamiento, el CT GORDILLO le ordenó que se quedara en una parte alta y garantizara la seguridad, la tropa de él se quitó los equipos, los dejaron en el sitio donde iban y agilizaron el paso, mientras su tropa se quedó en el sitio que el CT GORDILLO dijo y nunca supieron lo que estaba pasando. Luego que ocurrieron los hechos había comentarios de los miembros de B1 que habían asesinado a unas personas uniformadas al margen de la ley, los cuadros del pelotón se dirigían al CT GORDILLO y le comentaban que lo que estaba haciendo estaba mal hecho, agrega que las personas del pelotón de GORDILLO mencionaban que eso había sido una embarrada muy grande sobre todo lo de los niños. Dice no saber que haya habido militares involucrados en la muerte de las personas. Terminó el día y pernoctaron en ese sector, se continuó el eje de avance hacia La Cooperativa y allí estas personas uniformadas se separaron. Es contradictorio en el tiempo y distancia que llevaba A1 de B1, primero dice que 1 kilómetro y entre 20 ó 30 minutos, y luego dice que venían subiendo por una pendiente a 50 minutos y 500 metros de distancia. Dice que iba un guía en el pelotón con el CT GORDILLO, tenía material de intendencia y el armamento se lo facilitó el pelotón con que estaba. Sostiene que quienes mantenían conversación con los paramilitares eran el CT GORDILLO y el TT JARAMILLO. Desde la Hoz en la retaguardia iba A1, en la mitad iba B1 y delante los paramilitares. Afirma que el TT JARAMILLO por orden del CT GORDILLO daba coordenadas de puntos por los que ya habían pasado y así fue todo el avance. Dice que la razón para ello era que el eje de avance iba más rápido del que el Batallón pensaba que llevaban y la intención de esto era que las tropas se quedaran en un solo sitio sin moverse durante dos días. Sostiene que el informe de patrullaje que suscribe lo elaboraron

el CT GORDILLO y el TT JARAMILLO mientras él cumplía un reconocimiento al sitio Casa Roja y lo firmó a sabiendas que era contrario a la realidad. (Cfr. fls. 1 a 33 C/16 el día 28-04-08, fls. 71 a 78 C/16 el día 23-05-08).

El procesado RICARDO BASTIDAS CANDIA manifiesta que se encontraba en el pelotón de ANZOÁTEGUI 1 en la tercera escuadra, dice que iniciaron en el sector de Nueva Antioquia, siguieron el trayecto hasta La Ahuyamita y ahí esperaron al Capitán GORDILLO, luego salieron para La Castañeda y de ahí se dirigieron hacia otro lado del Cerro de La Hoz, luego se dirigieron hacia Casa Verde y subieron a la parte alta, antes de llegar a La Cooperativa se escucharon unos disparos de fusiles pero nada más. El Capitán GORDILLO les dijo que se subieran a la parte más alta, no dio más instrucciones. Eso lo escucharon como a las 3:30 ó 4:00. Llegaron a La Cooperativa al otro día. No estuvieron en La Resbalosa. No se encontraron con población civil durante el desplazamiento ni hubo contacto armado. No se enteró de la presencia de paramilitares en el sector. No recuerda que llevaran guías. (Cfr. fls. 197 a 200 C/7 el día 02-05-06, fls. 188 a 192 C/13 el día 27-03-08, J.P.M. fls. 236 y s.s. C/1 anexos y 130 y s.s. C/3 anexos).

El procesado HENRY AGUDELO CUASMAYAN ORTEGA dice que iba con el pelotón ANZOÁTEGUI UNO y no se tuvo contacto con nadie, no recuerda los sitios del eje de avance, pero siempre estuvieron juntos todos los pelotones, no recuerda que se separaran, él venía de último cerrando el eje de avance. Dice que escuchó un estallido pero muy lejos, tomaron medidas de seguridad, el Batallón reportó si alguna de las compañías había entrado en contacto y los comandantes contestaron que no, entonces les ordenaron que siguieran con su avance. Todo el desplazamiento fue por la parte alta de la montaña (Cfr. fls. 139 a 143 C/13 el día 26-03-08, J.P.M. fls. 233 y s.s. C/1 anexo y 127 y s.s. C/3 anexos).

Como se dijo más arriba, las versiones de los miembros de A1 y B1 resultan abiertamente contradictorias entre sí, los procesados son evasivos e inconsistentes en sus respuestas, algunos militares incluso pretenden negar que en un momento dado se separaron en dos grupos, en su mayoría niegan la presencia de los guías y los paramilitares y dicen que se encontraban muy lejos del lugar de los hechos. Así las cosas, encuentra el despacho que hay mucha oscuridad respecto del sitio exacto donde se encontraban las tropas del Ejército en el momento en que los paramilitares ocasionaron la muerte de los civiles y, de acuerdo a lo narrado por GORDILLO y MILANÉS, además de la primera versión de OREJAS, lo más probable es que en realidad estos no estuvieran presentes en el lugar donde ocurrieron los luctuosos hechos.

Por su parte, el grupo de paramilitares que resolvió declarar, no resulta menos ambiguo e inconsistente sobre la ubicación de las tropas del Ejército Nacional para el día 21 de febrero de 2005 en el área que comprende las dos veredas donde se desarrollaron los hechos aquí juzgados. A pesar de que son enfáticos en señalar que para esa fecha marchaban conjuntamente con la fuerza pública, ninguno de ellos logra acreditar el sitio exacto y quiénes concretamente estaban cerca de ellos.

Además, resultaría absurdo desconocer la topografía misma de la región,



Más adelante encontraron una casa abandonada color verde, especie de escuela o capilla y ese día se quedaron en ese lugar, durmieron ahí. Sobre los hechos ocurridos el día 21 cambia su versión y asegura que se encontraban los 4 pelotones del Ejército y cuando iban bastante avanzados por el río, siendo las 11 de la mañana los muchachos que van delante de las AUC ven un personal raro, entonces pensaron que era guerrilla y entre CUATRO CUATRO, BRANDO, RONCO y GORDILLO resolvieron matarlos. En ese momento el teniente MILANÉS no estaba ahí, venía más atrás con otro grupo de militares. Luego en La Resbalosa pasaron la voz que había guerrilla y él dio la orden de lanzar la granada, orden que no consultó con el Capitán GORDILLO, luego llegó el Ejército cuando escuchó el estruendo, pero éste ya había terminado, y le preguntaron por radio a CUATRO CUATRO que por qué no los invitaron a la fiesta, ellos les informaron que todo estaba controlado. Las Autodefensas y el Ejército estaban regados en los potreros y los cerros. En el patio se reunieron CUATRO CUATRO, JL, CARE PALO, RONCO, FUDRA, UBER y el capitán GORDILLO y decidieron matar a los niños y su padre porque podían crecer y dañarle la carrera al capitán GORDILLO. Después de ocurrido el hecho en un cerro a mano derecha antes de llegar a la casa amaneció el Ejército y los paramilitares. Dice que desde el sitio donde estaba el Ejército a 10 metros de la casa veían lo que ocurría allí. Pero sostiene que en ningún momento se planeó un ataque, simplemente se acordó como eje de avance el río Mulatos y sucedió lo que no tenía que suceder, afirma que los dos hechos fueron imprevistos y sorprendidos, en ningún momento se planeó atacar esa casa ni se pensó que allí había civiles. Aclara que nadie asignó tareas o labores específicas y en ningún momento miembros de las Autodefensas recibieron órdenes del Ejército ni a la inversa, nunca se unificó el mando. Describe a MILANÉS era una persona bajita, de acento paisa, blanco. En la diligencia reconoce como MILANÉS al procesado ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO. Finalmente dice que no reconoce a ninguno de los procesados. Sabe que iba con miembros del Ejército pero no sabe con cuáles. Tiene la referencia de quiénes estaban patrullando con él por lo que le dijo el capitán GORDILLO. Aclara que el armamento y uniforme de los paramilitares era muy distinto al del Ejército. A fls. 105 a 106 C/23 el día 08-05-09 y fls. 260 a 275 C/26 el día 01-10-09 narra de manera similar los hechos y reconoce varios de los paramilitares que participaron en los mismos.

En su indagatoria JOEL JOSÉ VARGAS FLÓREZ inicialmente niega todo, incluso su pertenencia al grupo paramilitar (fls. 202 a 205 C/12 el día 28-02-08). Empero, como prueba trasladada se allega copia de la indagatoria rendida por él ante la Fiscalía 2ª Especializada de Montería el día 21 de julio de 2006 donde señala que es reinsertado (fls. 269 a 280 C/12). Posteriormente, en ampliación de indagatoria se le pone de presente el CD correspondiente a la grabación realizada por la Oficina de Control Telemático y acepta que la voz masculina que allí se escucha es la suya (fls. 181 a 183 C/14 el día 09-04-08). Como prueba trasladada de la Procuraduría obra declaración donde manifiesta que perteneció al BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ; pero niega cualquier sobrenombre (fls. 298 a 301 C/15 el día 21-04-08).

Obra orden de interceptación al abonado No. 3135886689 y su respectivo informe No. 388116 FGN.DN.CTI.SCT.SO de fecha 05 de marzo de 2008 (fls. 169 a 178 C/14), donde uno de los interlocutores -quien no se identifica- dice que el

habiendo sido contestes varios de los testigos en manifestar que se trata de un terreno selvático, quebrado y de muy difícil tránsito, porque incluso el paramilitar KIKO señaló que aunque inicialmente se encontraba en un sector adyacente a la vivienda de la familia del señor BOLÍVAR, tuvo que desplazarse hasta allá para poder observar lo que realmente ocurrió, de allí que no pueda ser creíble PIRULO cuando de manera general dice que los militares estaban en un cerrito de donde podían verlo todo.

En efecto, en su indagatoria UBER DARÍO YÁÑEZ CAVADÍAS (fls. 30 a 38 C/20 el día 25-09-08), manifiesta que su alias es OREJAS o VEINTIUNO y fue enviado por DON BERNA como comandante del BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ durante 3 meses. Afirma que los hechos del 21 de febrero de 2005 ocurrieron durante una operación de control que se hizo. Los paramilitares se encontraban en Cerro Castañeda y hubo comunicaciones entre los comandantes de las AUC y los comandantes del Ejército, la operación arrancó y ellas iban atrás y las comunicaciones las sostenían por la frecuencia del radio que los paramilitares llevaban y el Capitán GORDILLO. En cuanto que los paramilitares arrancaron por un lado y el Ejército por el otro dice que sí fue así, porque los paramilitares subieron a La Resbalosa, bajaron por la parte derecha y cayeron a un punto que se llama Rodosalí y queda sobre el río Mulatos, mientras que las tropas del Ejército quedaron en La Resbalosa, de ahí en adelante dice que no hubo más comunicación con ellos y los paramilitares regresaron a Cerro Castañeda. Sobre el homicidio de LUIS EDUARDO GUERRA y su familia dice que eso fue en el río Mulatos, el Comandante CUATRO CUATRO dijo que eran guerrilla, los cogieron, los subieron a un sitio y los mataron. Sobre los hechos de La Resbalosa afirma que los paramilitares le lanzaron una granada de mortero a la vivienda al ver la presencia de la guerrilla, fue donde resultaron muertos los civiles, quien murió en un cruce de disparos fue un guerrillero que estaba uniformado y con fusil, de la orden que dieron de descuartizar unas personas dice que no tiene conocimiento sobre eso ni sabe quién lo hizo porque no se fijó. Cuando se le pregunta por el nombre de los militares miembros del BIVEL que estaban con ellos dice que el único que le suena es el de apellido GORDILLO porque era el capitán encargado de la operación, a los otros no los distingue.

En la audiencia pública dice que el día 17 en la mañana el Comandante BRANDO se había reunido con el capitán GORDILLO entre Nueva Antioquia y el Cerro Castañeda (en versión libre ante Justicia y Paz había dicho que en esa reunión también participó MILANÉS). El día 18 de febrero el testigo fue la segunda persona del Bloque en entrevistarse con el capitán GORDILLO, ese día los militares pernoctaron en el mismo Cerro Castañeda en su propio cambuche (ante Justicia y Paz dijo el testigo que el Ejército llegó al cerro siendo las 2:00 ó 3:00 de la tarde), GORDILLO dijo que iba a hacer una operación rastrillo y le pidió que los acompañara. La operación rastrillo era para control de la guerrilla y para ver si habían campamentos o situaciones anormales. Dice recordar que estaba en la reunión el teniente MILANÉS. Al día siguiente muy temprano el día 19 de febrero siendo las 6:30 a.m. comenzaron a bajar del Cerro Castañeda al río Mulatos, llegaron a un punto abandonado que se llama Rodosalí. Ahí siguieron caminando adelante los paramilitares y el ejército venía detrás. Se encontraron personal de CUATRO CUATRO más arriba de Rodosalí, eso fue siendo las 10 ó 11 a.m. Siguieron el avance y un personal coge para Cerro Bogotá, no sabe quienes eran.



primo del VÉLEZ de San Pedro es prácticamente el que tiene que ver, agrega que VEINTIUNO estuvo al mando y también participaron CUATRO CUATRO y JL. Dice que la granada de mortero que mató a la mujer la mandó el Batallón y el que dio la orden de matar a los niños fue el Mayor. Afirma que todos venían revueltos con los del VÉLEZ. Obra informe de investigador de laboratorio de fecha 28 de julio de 2008 (fls. 163 a 167 C/17), donde se establece que "la voz masculina a quien se identifica en las llamadas telefónicas de la muestra de habla dubitada como PIRULO, CORRESPONDE con la voz del señor JOEL JOSÉ VARGAS FLÓREZ identificado así en la diligencia de toma de muestra de habla". A folios 198 a 223 C/17 obra transcripción de las comunicaciones interceptadas a alias PIRULO el día 17 de abril de 2008.

Rinde una nueva indagatoria JOEL JOSÉ y dice que el Batallón VÉLEZ salió de Nueva Antioquia a las nueve de la mañana y aproximadamente a las 6 de la tarde fueron llegando los primeros hombres a Cerro Castañeda, los últimos llegaron entre las 7 u 8 de la noche, ahí amanecieron con ellos, esa misma noche el comandante CUATRO CUATRO se reunió con el Mayor o con los soldados y al día siguiente salieron a las 6 de la mañana 15 hombres de las AUC. Dice que en el Cerro Bogotá también tenían gente de las AUC y por todo el río Mulatos iban recogiendo gente de ellos, se desplazaban delante de los militares con una distancia de 20 minutos. Sobre los hechos del río dice que cuando capturaron los civiles CUATRO CUATRO le consultó a FERNANDO PICO, que estaba en el Cerro de Pecho Perdí que es la misma cordillera del Bogotá, y éste dio la orden de asesinarlos, así que CUATRO CUATRO y CARA DE PALO los degollaron. Se dirigieron hacia la parte de arriba de la montaña y cuando estaban llegando a la cima encontraron una trocha de mula y cuando ya estaban llegando a La Resbalosa se encontraron una parte despejada, a dos hectáreas de distancia vieron una casa que en ese momento estaba desocupada pero a los 15 minutos fue llegando la guerrilla, entonces CUATRO CUATRO comenzó a hablar por radio informando que en la chocita estaba llegando mucha guerrilla, él cree que estaba hablando con un Mayor, cuando la casa se llenó de guerrilla los paramilitares abrieron fuego, él supone que el Batallón VÉLEZ lanzó el mortero contra la casa, los guerrilleros huyeron y después debajo de un cañón encontraron un guerrillero muerto que tenía un fusil AK-47, entraron a la casa y encontraron a una señora muerta y dos niños, en ese momento CUATRO CUATRO llamó por radio cree que a FERNANDO PICO y fue cuando dieron la orden de asesinar a los niños pero silenciosamente. Cuando lo iban a hacer apareció el papá entonces CUATRO CUATRO volvió a preguntar por radio y a los 15 minutos dieron la orden que también lo asesinaran a él (fls. 39 a 49 C/16 el día 21-05-08).

Rinde ampliación de indagatoria JOEL JOSÉ VARGAS FLÓREZ y dice que en su declaración anterior le dijo al despacho que el Ejército no había llegado a ese lugar pero sí lo hizo, afirma haber negado eso porque los militares le prometieron el cielo y la tierra y que los sacara a ellos, continúa diciendo que estuvo esperando su colaboración y nunca llegó, pero los militares sí estuvieron en ese lugar y estuvieron en los hechos de La Resbalosa y Mulatos (fls. 189 a 192 C/20 el día 12-11-08).

Amplía indagatoria nuevamente y dice que el Ejército Nacional participó en que fueron los que llevaban la operación rumbo a esos lugares, ahí también

*216*

participó un Mayor que era un señor alto, de aproximadamente cuarenta y pico de años, como moreno, como acostañado, tiene la cara como arañada, como de balastro de acné, con esa persona iban más de treinta y pico soldados, los rangos no los identifica, pero sí estuvo andando con ellos. Dice que el Mayor fue quien dio la orden que asesinaran a los niños, junto con FUDRA SEIS y CUATRO CUATRO. Aduce que los militares le mandaron la abogada MÓNICA quien le pidió que les colaborara y que ellos lo iban a ayudar y el accedió porque a su jefe ADOLFO PAZ lo enviaron a Estados Unidos y él quedó desamparado, como los militares no le cumplieron, entonces rinde esta versión (fls. 2 a 8 C/21 el día 25-11-08). En posterior declaración dice que a los que murieron cerca de la escuela los mató CUATRO CUATRO que iba con el BIVEL (fls. 45 a 50 C/22 el día 10-02-09). A fls. 126 a 129 C/26 el día 23-09-09 dice qué paramilitares participaron en los hechos.

En la audiencia pública sostiene que no se reunió con nadie, pero el Comandante FUDRA 6 lo llamó para que sirviera de guía del VÉLEZ para hacer una operación en La Cooperativa, de ahí partieron revueltos con los militares con rumbo hacia La Cooperativa. Dice que A1 y B1 se separaron del grupo de paramilitares sólo cuando ya se habían cometido los hechos. Sostiene que se hizo el recorrido junto con las Autodefensas por el río Mulatos hacia arriba a La Resbalosa y hasta La Cooperativa. No reconoce a ninguno de los procesados. Afirma que en los hechos de La Resbalosa no estaban los militares, estaban ubicados en un filo arriba de la casa del Barrial, lugar donde durmieron esa noche, pero sostiene que desde ese filo los militares podían ver a los miembros de las Autodefensas en la casa donde estaban los menores porque era un potrero. Dice que GORDILLO nunca se alejó de los paramilitares y era con él con quien conversaba. En el momento en que FUDRA 6 y CUATRO CUATRO le ordenaron asesinar a los menores de edad el Mayor del Ejército era el único militar que estaba en ese lugar.

Como prueba trasladada de la Procuraduría obra la declaración de JORGE LUIS SALGADO DAVID alias KIKO y dice que los superiores les informaron la intervención que harían con el Ejército en el sitio conocido como La Resbalosa, al día siguiente siendo las 6:00 de la mañana se dirigieron a un punto intermedio entre Castañeda y Cerro La Conquista, cuando llegaron al lugar ya había un grupo de militares que se encontraba en compañía de alias RATÓN. Dice que había oficiales y suboficiales pero no recuerda nombres, oía que decían "mi cabo" que era el que estaba coordinando con el comando CUATRO CUATRO y otros dos. Entonces llegaron juntos hasta cierto punto y ahí empezaron a dividirse el Ejército y el grupo de paramilitares, el declarante dice que se quedó en ese punto con un grupo de muchachos, los otros siguieron derecho por la base de la montaña para asegurar la parte de abajo posterior de la montaña, al lugar de los hechos siguieron COBRA, ÁGUILA 6 y otro grupo de muchachos. El Ejército cogió la ruta por el filo de la montaña, que queda por la parte de atrás de la casa, mientras que CUATRO CUATRO, MAKEISON y RONCO siguieron por la parte de debajo de la casa, el primer grupo reportó a seis guerrilleros y hubo un enfrentamiento que duró 10 a 20 minutos. Los superiores CUATRO CUATRO, MAKEISON, ÁGUILA 6, COBRA y PIRULO llegaron a la conclusión que los niños serían una amenaza en el futuro y debían matarlos, en ese momento llegó el papá de los niños y a todos los mataron. Dice el declarante que no conoce los hechos en que se dio muerte a tres personas cerca del río Mulatos porque él permaneció en el primer punto y no



sabe qué órdenes le dieron a los hombres que iban en la avanzada (fls. 3 a 21 C/12 el día 30-01-08).

Amplía declaración en la Procuraduría JORGE LUIS SALGADO DAVID reconoce a varios paramilitares que participaron en los hechos y dice que la última vez que vio al Ejército fue en La Resbalosa cuando se comenzaron a dividir porque iban "intercalados", "un soldado y un paraco", porque al momento que se habían encontrado los militares querían que los paramilitares se fueran adelante y estos no quisieron aceptar. Afirma que no puede manifestar si había miembros del Ejército durante los hechos en La Resbalosa porque se encontraba alejado del área donde ocurrieron los hechos y de donde estaba no se veía la ubicación, además durante el tiempo que estuvo en la casa no vio a ningún miembro del Ejército. Cuando se le pregunta cuál era el objetivo del patrullaje del Ejército responde que estos tenían fundamentalmente que prestarles un acompañamiento, ellos querían que el positivo que se diera pasara a nombre de ellos, lo que consistía en que las bajas de guerrilleros las reportarían ellos y los fusiles de los guerrilleros quedaban con los paramilitares. No sabe decir si algún miembro del Ejército se dio cuenta de la baja de las personas civiles porque aduce que no estuvo presente en el momento de los hechos y en la casa permaneció unos minutos, no sabe si algún soldado bajó a la casa, se comunicó por radio o llamaron a alguien. Cuando se le pregunta cuál fue la reacción de los soldados cuando vieron la presencia de los paramilitares responde que los miraron mal y se sentían incómodos con ellos ahí, los únicos que se reunieron con unos comandantes de las Autodefensas eran suboficiales u oficiales. Afirma que los miembros del Ejército sabían de la presencia de guerrilleros en esa casa porque tenían comunicación por una frecuencia alterna y CUATRO CUATRO les reportó eso a ellos, entonces los militares se disponían a hacerles un cerco mientras los paramilitares cubrían la parte de abajo (fls. 74 a 87 C/12 el día 19-02-08).

En su indagatoria SALGADO DAVID reafirma que llegaron a un punto donde los paramilitares se separaron de los militares pues estos siguieron otra ruta y las primeras escuadras del bloque otra ruta diferente. Luego se informó por radio la presencia de personal guerrillero armado y uniformado en una vivienda, después se produce un enfrentamiento entre los subversivos y los paramilitares que estaban en un punto más arriba de donde él se encontraba, se produjeron varias ráfagas de fusil y unas explosiones. La orden de ultimar a los niños dice que provino de CUATRO CUATRO, ÁGUILA SEIS y otros comandantes que estaban ahí. Hasta el momento que permaneció en la casa no vio personal del Ejército en ese lugar (folios 138 a 146 C/12 el día 21-02-08 y ante justicia y paz ofrece una versión similar).

Rinde indagatoria EDINSON GALINDO MARTÍNEZ (fls. 130 a 138 C/26 el día 24-09-09) y dice que en la operación del 21 de febrero de 2005 el comandante paramilitar era CUATRO CUATRO, recuerda que estuvieron en compañía del Ejército pero no sabe decir qué Batallón. Dice que no sabe quiénes son los autores de los homicidios porque ellos se replegaron para atrás cuando el Ejército se tomó el lugar.

Rinde indagatoria FRANCISCO JAVIER GALINDO MARTÍNEZ (fls. 139 a 148 C/26 el día 24-09-09), hermano del anterior, quien dice que en ese tiempo el

Ejército entró a la zona con las Autodefensas. Dice que el Ejército dio la orden de dar muerte a las personas en Mulatos Medio pero aduce que no recuerda quién la ejecutó. Respecto a los hechos de La Resbalosa dice que estaba atrás cuando el Ejército bombardeó la vivienda donde estaba esa gente. Sostiene que escuchó por radio que GORDILLO mandó a ejecutar a los niños porque más tarde iban a causar problemas. Dice conocer a GORDILLO que era el que iba al mando de la operación, pero a los otros militares no los conoce por nombre o apellido. No sabe quiénes se reunieron porque era patrullero y eso lo hacen los comandantes.

Rinde indagatoria ROBER DARÍO MUÑOZ HERNÁNDEZ (fls. 149 a 160 C/26 el día 25-09-09), manifiesta que sus comandantes eran OREJAS y BRANDO. Acepta que llevaban un mortero pero afirma que no sabe si fue el Ejército o los paramilitares los que dispararon el mortero. Él reportó a sus superiores los dos niños vivos y estos le indicaron que tenían que reunirse con el comandante que iba dirigiendo la operación del Ejército, después de reunirse los comandantes suyos con el de los militares resolvieron que los hechos no se reportarían al Batallón porque había personas muertas con fusil AK-47 y decidieron mandar a matar a los niños. Dice que cuando apareció el papá de los niños él mismo le dijo al Comandante del Ejército que lo iba a denunciar y fue cuando mandaron que lo mataran también. Dice que en el operativo iba gente del Batallón VÉLEZ y afirma que los distingue, pero cuando se le pregunta por nombres dice no conocer a ninguno, ni siquiera a GUILLERMO ARMANDO GORDILLO.

Rinde indagatoria HENRY DE JESÚS PALOMINO ÁLVAREZ (fls. 131 a 139 C/28 el día 29-10-09), dice que era patrullero, en los hechos participaron 60 paramilitares que iban adelante y el Ejército iba atrás, cuando cogieron a los tres civiles se les obligó a decir dónde estaba la guerrilla tratando de ahogarlos para que hablaran, al fin la muchacha dijo que ellos sí venían escoltados por la guerrilla y que estaban más adelante, entonces el Comandante JL los asesinó con machete. Después subieron a un cerrito y observaron una casa en la cual habían unos cuantos civiles y varios guerrilleros, eran como 20, estaban recogiendo unos víveres en la casa y ahí fue donde se presentó el cruce de disparos, los disparos sólo fueron entre "paracos" y guerrilleros, el Ejército estaba en otro cerro brindando seguridad. Luego los "paracos" le entregaron los niños a los soldados pero vino un Comandante del Ejército y le entregó los dos niños a los "paracos" y le dijo al Comandante PIRULO que los matara porque después iban a quedar "sicosiados". Argumenta que estuvieron compactados, el Ejército y los paramilitares hasta el día 21 de febrero, de ahí el Ejército se fue filo arriba a brindarles seguridad. Asevera que junto al río Mulatos los paramilitares mataron a las tres personas.

ESAUT JOSÉ FERIA MARTÍNEZ, manifiesta que perteneció al grupo HÉROES DE TOLOVÁ y dice conocer el Cañón de Mulatos y el Cerro Bogotá porque hasta allá iba a tomar muestras de malaria y paludismo porque existía una base en ese lugar desde hacía dos años. Los Comandantes permanecían un tiempo en Cerro Bogotá y después se iban para Cerro Castañeda. Refiere a varios mandos y patrulleros (en indagatoria fls. 19 a 24 C/15 el día 14-04-08 y audiencia pública).

EULISES BURGOS y UBADEL BURGOS, el día 31-03-06 (fls. 101 a 111



C/21), anexadas al proceso como prueba trasladada por decisión del 12 de noviembre de 2008, se refieren a quiénes eran los comandantes del grupo HÉROES DE TOLOVÁ

Se escuchó también en indagatoria a YAMID DE JESÚS GONZÁLEZ GALARAGA (fls. 294 a 302 C/23 el 07-09-09), OLIVERIO ÁLVAREZ SERNA (fls. 245 a 255 C/24 el 02-09-09), MANUEL ANTONIO URANGO MEJÍA (fls. 26 a 34 C/25 el 07-09-09), DERNAIS PÉREZ HERNÁNDEZ (fls. 168 a 174 C/25 el 11-09-09), EDWIN ELÍAS POLO CHARRASQUIEL (fls. 223 a 234 C/25 el 07-09-09), FREDYS MARTÍNEZ RUÍZ (fls. 73 a 80 C/26 el 18-09-09), IVÁN DARÍO OVIEDO DÍAZ (fls. 83 a 92 C/26 el 18-09-09), NEDER ANTONIO MESTRA ROJAS (fls. 214 a 222 C/27 el 09-10-09), ALVEIRO MANUEL GÓMEZ MARTÍNEZ (fls. 181 a 186 C/20 el día 07-11-08); MIŠLADIS MONTOYA TORRES (fls. 289 a 292 C/16 el día 11-07-08), YESID MANUEL IBÁÑEZ URANGO (fls. 293 a 296 C/16 el día 11-07-08), admiten haber pertenecido al BLOQUE HÉROES DE TOLOVÁ, refieren quiénes son sus comandantes y orgánicos, pero niegan haber participado en los hechos.

Entonces, mientras algunos de los paramilitares afirman que los soldados estuvieron cerca del lugar de los hechos, tan cerca que podían observar todo lo ocurrido, otros los ubican distantes y manifiestan que nunca los vieron donde aquellos se estaban presentando. E incluso alguno afirma, huérfano de respaldo probatorio, que los paramilitares no participaron en la comisión de la masacre puesto que se replegaron y dejaron que entraran los militares.

En conclusión, considera el Despacho que no obstante los esfuerzos de la Fiscalía por presentar como pruebas en contra de los acusados una serie de indicios, varios de ellos sin ninguna capacidad demostrativa, como el de capacidad bélica, oportunidad y móvil, lo cierto es que la acusación se basa esencialmente en el hecho de que los militares se concertaron con el bloque de paramilitares o autodefensas denominado HÉROES DE TOLOVÁ para llevar a cabo, conjuntamente, una operación militar debida y legalmente ordenada por la Brigada XVII con el fin de localizar y combatir unos frentes guerrilleros de las FARC que según informaciones obtenidas actuaban en la zona.

Y decimos que los indicios deducidos por la fiscalía no tienen ninguna capacidad demostrativa, pues se sustenta el móvil por "ser la subversión su enemigo de siempre y su perdurable lucha por la hegemonía del territorio en disputa", es decir, se traslada sin veras la posible razón de obrar de los paramilitares a los miembros de la fuerza pública.

Igualmente, a ninguna conclusión de responsabilidad o ausencia de ella se puede llegar con base en que los militares se encontraran en la zona de los hechos, pues se trata de un indicio contingente que en términos probabilísticos no tiene mayor fuerza inferencial, si se tiene en cuenta lo extenso de la región y que en últimas los acusados se encontraban en ella en cumplimiento de una orden impartida por la Brigada para el desarrollo de la operación.

Finalmente, el monopolio de las armas lo tienen las fuerzas armadas en razón del mandato constitucional y legal para fines lícitos, pero como se vio arriba

prácticamente la misma capacidad bélica tenían los paramilitares que los acompañaban y, tal como se acreditó, quienes hicieron uso de ella fueron estos últimos, de acuerdo a la prueba testimonial y pericial obrante en la foliatura.

Del acervo probatorio se infiere que al menos los comandantes de rango superior y medio del grupo de paramilitares son responsables de los crímenes cometidos en el curso del operativo, así como algunos de los patrulleros; igualmente se infiere que el Capitán GORDILLO también es responsable, pero violando las claras instrucciones que se le dieron, quien habiendo aceptado haber participado en los desafueros, se acogió a sentencia anticipada.

Pero no existe en el proceso absolutamente ninguna evidencia de que el acuerdo que realizaron ejército y paramilitares se hizo para cometer delito alguno y mucho menos para matar personas indefensas. Al contrario, todo indica que nadie sabía o sospechaba siquiera que se iban a cometer esas atrocidades. Ni los mismos que dieron la orden directa de ejecutarlas y, menos, quienes las ejecutaron sabían previamente que eso iba a suceder.

Gracias a la versión de muchos de los paramilitares que participaron en los hechos se conocieron algunos pormenores de lo acontecido, que permiten deducir con certeza que las decisiones de cometer los homicidios se tomaron a última hora, intempestivamente (como lo afirma el mismo comandante VEINTIUNO u OREJAS) y sin que en tales decisiones interviniera ninguno de los acusados en esta causa pues el único miembro del Ejército Nacional que participó en ellas fue el Capitán GORDILLO.

El Capitán GORDILLO en varias de sus declaraciones ya citadas refiere que el Teniente Coronel ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, Comandante del Batallón VÉLEZ y el Mayor JOSÉ FERNANDO CASTAÑO LÓPEZ, Oficial de Operaciones, tenían conocimiento de que el Teniente GARCÍA y el Sargento BRANGO, habían hablado con personal del bloque de paramilitares para que dejaran subir el Ejército al cerro Castañeda, ocupado por ese bloque, pues era paso obligado para cumplir la misión que le había asignado la Brigada a esa Compañía.

A lo largo de la investigación y con la finalidad de eludir responsabilidades, el CT GORDILLO ha realizado varias manifestaciones que se alejan de los hechos tal cual ocurrieron. Sin embargo, para el despacho es creíble lo que se refiere a los diálogos que éste realizó con los paramilitares para cruzar el Cerro Castañeda que estaba en poder de las AUC, pues, en el contexto de orden público presente en Colombia al momento de la ocurrencia de los hechos que nos ocupan, no se escapa a lo "usual" (aunque indebido) que el CT GORDILLO haya solicitado colaboración al grupo paramilitar para transitar por una zona que aquél grupo ilegal tenía asegurada, máxime que, como bien es sabido, en esa época el Ejército, con frecuencia se apoyaba en esos grupos paramilitares para realizar sus operaciones legales o ilegales.

De modo que no hay duda en la ocurrencia de acuerdos "repudiables", como señaló el representante de la Fiscalía, entre GORDILLO y los paramilitares para perseguir a otros delincuentes, sin embargo del acervo probatorio recaudado



legal, regular y oportunamente no se desprende que los coprocesados hayan participado o consentido en ese acuerdo. Al parecer las conversaciones al respecto, las tuvo únicamente el CT GORDILLO.

No obstante lo anterior, no existe prueba alguna que indique que el acuerdo, de manera expresa o tácita se haya referido a la comisión de los atroces delitos de que trata este proceso. Todo se reduce a conjeturas, deducciones sin fundamentos reales, meras suposiciones que carecen de lógica porque no es razonable suponer, como lo argumentó el actor popular, que si los altos mandos del Ejército planearon con las "autodefensas" la comisión de delitos, informaran de ello a sus subalternos habida cuenta del grave riesgo que tal información implicaba. Tampoco tiene ningún sentido asumir que la Brigada XVII haya montado semejante operativo (120 hombres, armamento y toda suerte de logística) sólo para degollar a cuatro niños y tres adultos indefensos y abalear, si acaso, un guerrillero.

En consecuencia, si los soldados marchaban en cumplimiento de una misión lícita, ordenada con las formalidades legales por la Brigada, y en un momento dado algunos de ellos decidieron cometer delitos, los únicos responsables son quienes tomaron la decisión de cometerlos y quienes los ejecutaron.

Claro que si algún militar estaba en la posición de garante y no cumplió con su obligación, también es responsable (C.P. artículo 25). Empero, como se explicará más adelante, para el despacho los acusados no ostentaban dicha posición.

En la sentencia SU-1184 de 2001, citada por el Ministerio Público, en su intervención, la Honorable Corte Constitucional dejó claro que las Fuerzas Militares ostentan la condición de garante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Constitución Nacional. Pero también recuerda que:

"Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc."

Y respecto a esta providencia el Dr. Juan Carlos Forero Ramírez, en su obra EL DELITO DE OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL, págs. 225 y siguientes, ha indicado:

#### C. LA POSICIÓN DE GARANTE DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA A LA LUZ DE LA SENTENCIA SU-1184 2001

"La Corte Constitucional aborda desde el prima del funcionalismo radical el tema de las posiciones de garantía, acogiendo un "moderno derecho penal de orientación normativista" y rechazando de plano la dogmática de

*AMB*

orientación naturalista; "desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era previsible o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible".

(...)

"Nosotros consideramos que no basta la fundamentación normativa que nos ofrece la Constitución Nacional para edificar sobre ella, sin más la posición de garante. Inclusive, si bien la postura que acoge la Corte Constitucional se enmarca dentro de un discutible funcionalismo radical, se deja claro que la posición de garante de los miembros de la fuerza pública no debe analizarse en abstracto (por el solo hecho de pertenecer a una institución del Estado) sino en concreto, lo cual significa que por el solo hecho de ser miembro de la fuerza pública no se es garante. Ello es lo que a nuestro juicio señala la Corte Constitucional cuando afirma que se requiere que en concreto recaiga dentro del ámbito de competencia del miembro de la fuerza pública (competencia material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República.

"Resulta curioso que la Corte Constitucional deseche la teoría formal del deber jurídico plasmada en el artículo 21 del Código Penal de 1980 (norma que regía en el momento en que se llevó a cabo la conducta omisiva investigada), y que además considere que se debe descartar la aplicación de la teoría material o de las funciones de KAUFMANN, cuando esta se encuentra parcialmente recogida en el artículo 25 del nuevo estatuto punitivo (1)".

Así las cosas, aunque pudiera pensarse que como cláusula de equiparación para deducir la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, es factible tomar como fuente su función constitucional de salvaguarda de los bienes y derechos de todos los ciudadanos, ello de cara a un derecho penal de acto, resultaría abiertamente improcedente, además que por la naturaleza de las normas constitucionales no se puede deducir de ellas *per se* mandatos de criminalización.

De acuerdo a lo que en este proceso se ha podido establecer, a través de las declaraciones de algunos de los paramilitares que participaron en los hechos delictivos, ninguno de los acusados tuvo la posibilidad de evitarlos, sencillamente porque no sabían que se iban a cometer ni estaban presentes como para tomar acciones encaminadas a impedirlos. En otras palabras, los militares no contaban con conocimiento de la situación de riesgo y, en consecuencia, no tenían capacidad de evitación del resultado antijurídico.

Dice la Honorable Corte en la referida sentencia, que los comandantes militares tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para que el personal bajo su mando no viole los derechos humanos o el derecho internacional humanitario. En este caso, cada uno de los procesados JORGE HUMBERTO MILANÉS VEGA, DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ, EDGAR JAVIER GARCÍA ESTUPIÑÁN y ALEJANDRO JARAMILLO GIRALDO, tenía bajo su mando un pelotón de soldados. Pero éstos no fueron quienes atentaron contra la vida de las víctimas y no se tiene conocimiento de que alguno de ellos hubiera estado



presente en los lugares donde se cometieron los crímenes y cuando ello sucedió. Del mismo modo, se ignora que hubieran tenido conocimiento, o al menos hubieran sospechado, que se iba a ejecutar la masacre.

Aparte del capitán GORDILLO, el único militar que se menciona en el proceso como que participó en las criminales decisiones, es el teniente MILANÉS. En efecto: el paramilitar UBER DARÍO YÁÑEZ CAVADÍAS dice que entre quienes estaban al tomar la decisión de matar los niños fueron EL MISMO, GORDILLO, CUATRO CUATRO, CARE PALO, FUDRA, RONCO Y MILANÉS.

Pero ese señalamiento no es suficiente prueba para condenar porque en ninguna de sus otras declaraciones lo menciona, además se acreditó que no distingue a MILANÉS porque en la audiencia pública de juzgamiento lo confundió con JARAMILLO y ofreció de él una descripción morfológica completamente distinta a la que posee.

Por otra parte, si GORDILLO mandó a MILANÉS a la retaguardia cuando éste le reprochó el hecho de andar con delincuentes, no es muy factible que hubiera estado presente cuando se cometieron los homicidios. Más aceptable es la versión del mismo MILANÉS en el sentido de que para el momento de la comisión de los crímenes se encontraba con el personal bajo su mando en otro lugar.

En cuanto a JARAMILLO, dada la confusión del testigo tampoco hay certeza alguna de que hubiera participado en la comisión de las conductas punibles.

Pero incluso, aún si se aceptara que existen suficientes elementos de convicción para concluir que el pelotón en el que se desplazaba GORDILLO estaba cerca del lugar de los hechos en el momento que estos ocurrieron, cabría cuestionarse cuál es la fuente de la posición de garante de estos militares, que para el caso serían los tres comandantes de escuadra de B1: JARAMILLO, PADILLA Y SABARAÍN, y cuál la acción de salvamento que les resultaba exigible.

Si como se dijo inicialmente, la acusación se basa en el hecho de que los militares se concertaron con el bloque de paramilitares o autodefensas denominado HÉROES DE TOLOVÁ para llevar a cabo, conjuntamente, la operación militar, tendríamos que concluir que lo que trata de sustentar la fiscalía como fuente de la posición de garante es la *injerencia* o actuar precedente en los deberes de vigilancia de determinadas fuentes de peligro (artículo 25 numeral 4º del C. P.).

Frente a este tema será entonces necesario entrar a establecer si la conducta precedente, de patrullar con los paramilitares, reúne los requisitos de imputación de la posición de garante en cabeza de los militares.

Y que no se diga que no sabían los militares que los paramilitares estaban allí, pues no son más ni menos que los propios enemigos, de allí que por elementales principios de seguridad, que tanto se alegaron en este proceso para decir que los militares no podían salirse de su eje de avance, era necesario que

tuvieran conocimiento que un enemigo suyo estaba cerca, pues en cualquier momento podía atacarlos, como lo dice el propio KIKO, los mismos paramilitares estaban prevenidos hacia la conducta de los militares quienes incluso después de los hechos pudieron querer "legalizarlos".

No puede servir como excusa suficiente las condiciones geográficas o si era de día o de noche, estamos hablando de personal experto de un Batallón de contraguerrillas, preparado para combatir al enemigo en circunstancias adversas como lo es la mayoría de nuestro territorio nacional, así que por razones mínimas de seguridad se puede partir de la base sin lugar a equívocos que contaban con la capacitación y tecnología suficientes para detectar al enemigo, so pena de sufrir graves consecuencias.

Tal como lo indicara la defensa, los soldados no estaban "caminando o de paseo", estaban en desarrollo de una operación, que aunque no fuera ofensiva, se desplegaba en una zona de riesgo, por lo que había unos requerimientos mínimos frente al patrullaje, la ubicación de los puestos móviles, la ubicación de las tropas, las zonas para pernoctar, la conservación de las "normas mínimas de seguridad".

Suficientemente se recalcó a lo largo del proceso que entre soldado y soldado se manejaban distancias mínimas en el desplazamiento, se cuestiona entonces este despacho si también pernoctaban de igual forma. Claro que no, como los mismos procesados lo han aceptado y los paramilitares lo han indicado, siempre se reunían los pelotones para pernoctar, lo cual es obvio, pues no se quiera indicar que dormían uno a uno. No es que durmieron revueltos o "uno encima del otro", sino que sabían la presencia paramilitar, se mantuvieron juntos o muy cercanos y patrullaron de la misma manera.

Entonces, aunque es claro que los militares infringieron su deber de no patrullar con un grupo ilegal, lo cierto es que éstos no conocían ni debían conocer los riesgos de su conducta, dado que nunca se concertaron con los paramilitares para cometer delitos y la decisión de ejecutar los hechos investigados la tomaron de forma aislada los jefes paramilitares y el Capitán GORDILLO.

Luego, el haber patrullado con los paramilitares no es una conducta que configure la injerencia como fuente de la posición de garante frente a JARAMILLO, PADILLA y SABARAÍN.

Al respecto, al considerar adecuada a esa vigencia de los principios de culpabilidad y legalidad, acogemos el planteamiento de Forero Ramírez (*Op. Cit.* págs. 69 y 237):

"2. Deberes de vigilancia de determinadas fuentes de peligro

(...)

b) Injerencia o actuar precedente

(...)

- Nuestra posición



"Para nosotros, en este caso queda descartada la injerencia en la medida que hemos considerado de *lege ferenda* que para que la conducta precedente pueda llegar a constituir una verdadera injerencia fundamentadora de la posición de garantía, es requisito sine qua non que ésta sea antijurídica. La conducta no solamente debe ser riesgosa sino que además debe cumplir dos requisitos adicionales: a) el riesgo debe ser conocido o cognoscible por el sujeto al que se le atribuya la misma; b) el riesgo debe ser típicamente relevante. Que el riesgo sea al menos cognoscible por el sujeto es lo que da fundamento real a la injerencia. Si el sujeto ni siquiera podía conocer el riesgo de su conducta, faltaría el dolo o la culpa de la injerencia y para nosotros este es uno de los pilares sobre los cuales se edifica la existencia de la injerencia.

"A nuestro juicio no existe injerencia fortuita u objetiva. Por ello no es compartible la posición del Tribunal Alemán, cuando señala que la *"contrariedad a deber objetivo de la conducta previa no requiere que el agente infrinja ya sus deberes de cuidado y que se haya comportado por tanto, de modo imprudente... Es suficiente con la desaprobación jurídica del resultado de peligro"*. En caso de que el riesgo no sea conocible para el sujeto antes de desarrollar la acción o conducta respectiva debe quedar descartada la injerencia. Cuando afirmamos que el sujeto deba conocer el peligro antes de llevar a cabo la conducta respectiva (en este caso introducir un producto al mercado), queremos resaltar que el funcionario judicial debe hacer un juicio *ex ante* sobre el riesgo de la conducta. Un juicio de tal naturaleza implica que el juzgador se sitúa antes de los acontecimientos y determine si el sujeto conocía (dolo - culpa con representación) o debía conocer (culpa sin representación) los riesgos de su conducta.

"De otra parte, la exigencia de que el riesgo sea típicamente relevante, implica que ésta no surge en los eventos de riesgo permitido".

(...)

#### Conclusiones

"9. La denominada injerencia surge a raíz de "un clamor de justicia" para resolver eventos en los cuales el sancionar por omisión de socorro puede ser muy benévolo y se necesita una figura que explique o que fundamente una responsabilidad mayor...

"10. La injerencia cuenta con varios enemigos en la doctrina (FEUERBACH de antaño) puesto que se considera que ella puede enmascarar un dolo *subsequens* (SHUNEMANN) o que en general atenta contra el principio de legalidad (ROXIN) o que, no obstante su respetable historia no ha logrado una fundamentación satisfactoria (ZAFFARONI)...

Nuestro legislador ha optado por consagrarlo expresamente, con los límites a que hemos hecho referencia. Hemos considerado que es viable la existencia de una conducta precedente antijurídica activa u omisiva; pero solamente habrá injerencia cuando ésta sea antijurídica y esa antijuridicidad tiene que ser penal. No basta la antijuridicidad civil para erigir una posición de garante; debemos ser muy cuidadosos en la interpretación y aplicación de esta fuente de la posición de garante para no convertirla en lo que sus críticos sospechan".

Entonces, aunque no resulta creíble que los militares no estuvieran enterados de la presencia paramilitar, pues como comandantes debían saber que transitaban con paramilitares (información mínima) y estaban en capacidad de reconocerlos (seguridad mínima), siendo completamente irregular y reprochable que los militares resolvieran patrullar con los paramilitares, dicha conducta no basta entonces para justificar la imputación de la posición de garante.

9/16

Y es que de la misma manera, al igual que ocurre en el delito por acción, en el delito omisivo debe existir una relación de riesgo, según la cual exista un nexo entre el riesgo creado y el resultado acaecido.

Siguiendo a Forero Ramírez (*Op cit.* pág. 156):

#### "F. EL RESULTADO

(...)

"Para que exista una imputación del resultado en los delitos de comisión por omisión es necesario que se presente la denominada relación de riesgo o nexo de riesgo (no relación de causalidad) para lo cual, siguiendo a ROXIN, es importante analizar el fin de protección de la norma respectiva...

"En síntesis, para la imputación objetiva de los delitos de comisión por omisión, es necesario que se haya creado un riesgo típicamente relevante, que se produzca un resultado y que ese resultado, guarde relación con el riesgo creado. Para establecer la relación de riesgo, es importante acudir al criterio de fin de protección de la norma (no confundir con el fin de protección del tipo que como advierte ROXIN se da en aquellos eventos en que la norma típica no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias) y preguntarnos cuál es el resultado que quería o pretendía evitar la norma infringida".

Para la configuración típica del delito omisivo se requiere entonces un nexo entre el riesgo y el resultado evitable, y en este evento del análisis probatorio no se evidenció que exista una relación de incremento del riesgo entre el patrullaje con paramilitares y los resultados ocurridos.

Y no lo incrementa porque de acuerdo a la prueba existente los paramilitares ya tenían planeado ir a la zona donde cometieron la masacre, nada les impedía que lo hicieran ese mismo día u otro diferente, y no requerían ningún apoyo del Ejército para adelantar cualquier acción bélica. Y un elemento muy importante es que de acuerdo a lo dicho por OREJAS el grupo de militares y paramilitares nunca se compactó y tampoco hubo una unidad de mando.

Tampoco obra prueba de que los paramilitares de manera clara y cierta persiguieran atentar en contra de la vida de población civil o personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario o, de manera particular, que persiguieran segar las vidas de niños en las veredas La Resbalosa y Mulatos Alto. De la prueba obrante se desprende que la decisión de atentar contra las vidas de los niños y de los civiles, que efectivamente perecieron, surgió sobre la marcha. Se reitera que el único militar que prestó su consentimiento en relación con los homicidios en persona protegida fue el CT. GORDILLO.

Y no se diga que si los militares hubieran combatido a los paramilitares, como era su deber, el resultado no se habría presentado, porque este curso causal hipotético resulta muy débil, debido a que nada garantiza que los militares hubieran vencido o que todos los paramilitares hubieran combatido, pues sería posible que otros paramilitares continuaran con su recorrido si es que ese era el plan inicialmente trazado, y como se verá más adelante no basta la genérica posibilidad de salvación.



Entonces, no se puede afirmar con certeza que se hubieran salvaguardado las vidas de las personas que fallecieron, a la vez que con esa acción se hubiera podido afectar de manera grave la vida de los uniformados, y recuérdese que la misión militar no implica necesariamente el sacrificio de sus vidas. En otras palabras, no concurre en el caso concreto el nexo de evitabilidad, por cuanto no desaparece necesariamente el resultado muerte, si mentalmente se introduce la "acción de salvamento" consistente en combatir a los paramilitares o no patrullar con ellos. Del contexto en el cual acaecieron los hechos, no se desprenden acciones seguras de salvamento.

Así las cosas, será indispensable ahondar en el desarrollo de lo acaecido en la fecha de los hechos, para dilucidar si existe posición de garante bajo algún otro fundamento legal o constitucional.

De acuerdo a lo explicado por Santiago Mir Puig, en su obra Derecho Penal Parte General, 7ª edición 2004, Lección 12 el Tipo de Omisión, el tipo de comisión por omisión para su configuración requiere de tres elementos: (i) situación típica; (ii) ausencia de la acción determinada; y (iii) capacidad de realizarla. Pero complementados con la presencia de otros tres elementos necesarios para la imputación objetiva del hecho: (i) la posición de garante; (ii) la producción de un resultado; y (iii) la posibilidad de evitarlo.

Explica el autor que la posición de garante se genera cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro bajo ciertas condiciones, entre las cuales está que el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico mediante una acción u omisión precedente, siempre que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. Según este autor para poder afirmar que la omisión equivale a la causación positiva es necesario que se cree voluntariamente el peligro para quedar en posición de garante, no basta que se cause o aumente el riesgo, sino que lo haya hecho voluntariamente, pues le parece ilógico que quien produce el peligro sin quererlo y sin imprudencia deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción.

Además, no basta la genérica posibilidad de salvación sino que el bien jurídico quede efectivamente en manos del omitente, bajo su control personal. Es decir, que existe deber de actuar en cuanto aparece como posible *ex ante* que la intervención evite el resultado, aunque no sea seguro que vaya a conseguirlo, sumado a que el riesgo creado o no disminuido se realice efectivamente en el resultado, luego implica que *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado con práctica seguridad mediante la intervención omitida.

En cuanto a la fase subjetiva del tipo, dice el autor que al igual que en la omisión pura, la única particularidad es que el dolo deberá abarcar no sólo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción, además de la presencia de la posición de garante.

Remitiéndonos a la prueba obrante en el proceso, resulta imposible indicar que cuando se produce la muerte de EDUARDO, BEYANIRA y su hijo menor, los procesados se dieron cuenta de lo que estaba ocurriendo, si se revisa cuidadosamente el relato de los hechos que efectúan los paramilitares, en ningún momento dicen que cuando se presenta el homicidio de estas personas, alguno de los soldados, distinto de GORDILLO según dice OREJAS, se hallara presente en el lugar.

Y oponiéndose a esta versión el propio GORDILLO niega su presencia en ese sitio y la de sus soldados, al explicar que siguieron la ruta del grupo de paramilitares por la parte alta de la montaña y otro grupo de estos, que no sabe decir quienes fueron se desplazaron hacia abajo, lo que se compadece con la versión de KIKO, quien también da cuenta de que su grupo se dividió en dos y dice no saber tampoco a ciencia cierta quiénes ejecutaron el hecho en el puesto de salud.

Además, si se observa la prueba documental, los cadáveres de estas personas fueron dejados distantes del puesto de salud, en un sitio con vegetación, por lo que no se tienen elementos de juicio concretos para concluir que necesariamente los militares tuvieron que haber transitado por ese lugar.

Igualmente, de acuerdo a la prueba pericial, estas personas fueron muertas de una manera silenciosa, por lo que no puede concluirse que los miembros del Ejército necesariamente conocieron de este hecho.

Siendo así, no podemos concluir siquiera que frente a lo que acaecería más adelante, se encontraban en una posibilidad de previsibilidad, y por tanto a partir de ese momento resultaban garantes de la vida e integridad física de la familia del señor BOLÍVAR.

Ahora bien, de acuerdo al relato de los paramilitares, resulta creíble que éstos andaban delante de la tropa cuando se encontraron la vivienda de LUIS ALFONSO BOLÍVAR en medio de un despejado, y resolvieron disparar la granada de mortero contra ella, así como disparar sus fusiles en contra de ALEJANDRO PÉREZ.

Con posterioridad a este hecho, y de acuerdo a lo narrado por los militares, éstos se dieron cuenta que algo estaba ocurriendo y resolvieron los miembros de B1 al mando de GORDILLO adelantarse hacia el sitio de donde provenían los sonidos para verificarlo pues a las tropas de A1 se les ordenó quedarse en el sitio donde estaban para que prestaran seguridad.

Es allí donde debe dilucidarse entonces si existía posición de garante de los tres soldados (JARAMILLO, PADILLA y SABARAÍN CRUZ REINA) y de ser así, qué acción de salvamento debieron emprender.

Al respecto, considera el despacho que opera una doble causal de no exigibilidad en el delito omisivo, basada en el principio de confianza y la prohibición de exigencias que violen los propios derechos fundamentales.



En primer lugar, desconociendo como se desconoce si los soldados tenían información suficiente de lo que estaba ocurriendo, y por el contrario, siendo viable concluir de la prueba aportada al proceso que sabían lo mismo que fue reportado por radio entre los paramilitares, esto era que se estaba produciendo un enfrentamiento con la guerrilla, tenían ellos la posibilidad de confiar en que su superior GORDILLO actuaría conforme a derecho respecto de los menores y su padre.

Por otra parte, encontrándose en una situación de desventaja numérica frente a los paramilitares, rodeados de ellos, y sin el apoyo de su comandante, resulta jurídicamente imposible exigirles haber entrado a evitar un resultado concreto, respecto de cuya causación se adoptó la decisión solamente en ese preciso instante.

Debe recordarse que frente a nuestra Constitución Nacional aún en el caso de los miembros de las fuerzas armadas, como se vio, existen unos límites en las exigencias que legítimamente se pueden realizar, límites que están previstos por el contenido de sus propios derechos fundamentales, como son la vida y la integridad personal.

Entonces, aunque los hoy juzgados tuvieran capacidad de acción, en términos de capacitación y armamento, a efectos de evitar la producción del resultado, de una parte nada garantizaba que logran hacerlo y, de otra, no les era exigible en tales condiciones proceder a arriesgar su propia integridad.

Aunque resultaría deseable para una sociedad que espera ser protegida en todo momento por sus fuerzas militares, una acción heroica de salvamento de unos niños de escasa edad y desprotegidos, no es jurídicamente exigible, si ello no implica una renuncia voluntaria (asunción voluntaria) de los citados derechos, que de paso sea dicho en el fondo no son indisponibles.

Al respecto, el mismo autor antes citado (Santiago Mir Puig), ha explicado (Cfr. *Op Cit.* pág. 185):

#### "B. NO EXIGIBILIDAD EN EL DELITO OMISIVO

"Habiendo hallado el fundamento del deber, queda por responder la pregunta referente a ¿cuáles son los límites del mismo? Dentro de tales límites al cumplimiento de deberes encontramos la dignidad humana, la vida e integridad corporal y en general el riesgo para un bien jurídico propio. Por tal razón cabría una causal de inculpabilidad que se traduciría en los delitos de omisión, en la no exigibilidad de una conducta activa esperada, en la medida que la misma afecte la dignidad humana o resulte supererogatoria.

(...)

A estos efectos resulta relevante la primacía que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la "dignidad humana". Es por ello que un Estado Social de Derecho no puede en aras de la "solidaridad" o del "interés general", mediatizar o instrumentalizar al individuo, el cual según el acertado aforismo kantiano, es "un fin en sí mismo". En este sentido es válido recordar que "el carácter sagrado del cuerpo humano, en cuanto soporte fundamental de la personalidad, y su consecuente inviolabilidad se contemplan hoy, como pilar esencial en la defensa de la dignidad inherente a todo ser humano".

No es respetuoso del principio de culpabilidad, cuya operatividad debe mantenerse aún en los casos del delito omisivo, concluir que los procesados tenían una posición de garante en abstracto, derivada de sus funciones al interior del Estado.

Aún en el caso del delito de cobardía por omisión la Corte Constitucional en decisión C-228 de 2003 ha partido de la base de la exigencia de culpabilidad para la configuración de la conducta:

"...De esta suerte, ha de reiterarse por la Corte lo dicho en la sentencia C-563 de 30 de noviembre de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual en relación con el mismo delito, tipificado entonces por el artículo 123 del Código Penal Militar anterior (Decreto 2550 de 1988), se expresó que "así pues, el acto de valor (como todos los enunciados en las normas demandadas) que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debidó, y su incumplimiento motivo de baldón."

"A la vez, dentro de esa misma esfera de acción (la castrense), pueden darse hazañas que rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal. La exigencia de valor demandable al soldado no puede equipararse al heroísmo. El primero encarna la ética del deber y el segundo pertenece a la ética de la aspiración." Y, más adelante, en la misma sentencia ya citada, se expresó por la Corte que "el soldado que va al combate puede sentir miedo, en cantidad e intensidad variables según su temperamento (animoso o apocado), el entrenamiento recibido y su grado de compromiso con la causa cuya defensa se le encomienda, pero no es incompatible ese "natural" temor con el comportamiento que se le demanda.

(...)

Pero es dable suponer, por ejemplo, que alguien -por excepción- sea presa del llamado "miedo pánico" (incontrolable, determinante e insuperable para el sujeto que lo padece) y, en consecuencia, siembre el terror entre la tropa con exclamaciones de alarma, huya o no concurra al combate. Pueden incidir en esa conducta inusitada, factores como el temperamento apocado, el escaso entrenamiento en el ejercicio castrense, la insuficiente compenetración ideológica con el objetivo que se persigue, o incluso el repudio racional del medio utilizado para alcanzarlo (caso de los objetores de conciencia). Todos esos factores y circunstancias deberán ser identificados por el juez en el caso concreto para darle a la persona el tratamiento jurídico adecuado, conforme a las normas que precaven esa eventualidad, tales como la fuerza mayor, prevista como causal de inculpabilidad en el artículo 36-1 del Código Penal Militar, excluyente de responsabilidad, o la contemplada en el 58-3 ("temor intenso") causal de atenuación punitiva. Porque en esos casos el comportamiento no connota el vicio de la cobardía o al menos no merece el reproche total.

(...)

En armonía con lo que se ha dicho, es claro que no se pueden tener las mismas expectativas de valor con respecto al profesional de la milicia, incorporado al ejército en virtud de una opción personal, que de quien ha sido reclutado sin su consentimiento o aún contra su voluntad manifiesta.

Pero éstas son, insiste la Corte, circunstancias que ha de valorar el juez en concreto a fin de establecer si es o no el caso de formular el reproche de cobardía y en qué grado. De allí la importancia, en los procesos por delitos



militares, de un juez sabido y ecuaníme y de un debido proceso riguroso."

En conclusión, si entran en tensión el valor exigido al miembro de la fuerza pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental".

Además, como ya se explicó la evitabilidad o fase subjetiva tampoco se estructura pues para los procesados no era previsible el resultado que se produjo, porque no era representable para ellos que la decisión que iban a adoptar los paramilitares y su superior respecto de las personas civiles que se encontraran era la de no respetarles la vida.

En este caso, nótese que MILANÉS dice que desde CERRO CASTAÑEDA sabían que la misión era "legalizar guerrilleros", siendo imprevisible que las AUC atacaran a civiles y niños, pues no se puede partir de la base que estos delincuentes siempre actúan de esa manera por orfandad probatoria y porque no es una regla de la experiencia demostrable.

En el caso concreto, no puede predicarse la concurrencia del elemento subjetivo del delito omisivo, por cuanto los procesados, como se demuestra a lo largo de esta providencia, no tenían el conocimiento de la situación generadora del deber de obrar y, en consecuencia, no fueron indiferentes a un eventual deber de obrar frente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico vida de las personas que perecieron.

Es claramente inevitable lo imprevisto, lo sorpresivo, y hasta donde se sabe en el proceso lo que los militares tuvieron en mente respecto a los hechos de La Resbalosa fue lo que se reportó por radio sobre un enfrentamiento con guerrilleros, así que si en ese momento no se acercaron al sitio no tenían por qué saber que en la acción paramilitar de lanzar la granada de mortero habían matado a una mujer, y más aún, después de muerte no tenían porque saber que continuarían dando muerte a los niños y su padre, cuando de acuerdo a lo relatado por los paramilitares, incluso varios de éstos se opusieron en el acto a que tal conducta se ejecutara.

En tanto que no existió por parte de los procesados una representación de la situación generadora de riesgo para los bienes jurídicos afectados, mal podría afirmarse la configuración del elemento subjetivo genérico de los delitos de omisión. Aunque resulte obvio, es menester afirmar que con ausencia del conocimiento o representación de la situación típica, resulta imposible reconocer y ejecutar las acciones de salvamento.

Frente a este punto resulta importante reiterar, a partir del contexto en el que se encontraban los uniformados, antes y en el momento de lesionarse los bienes jurídicos a que se ha aludido, que los militares no pudieron desplegar acciones de salvamento, pues, se insiste, no pueden derivarse acciones de salvamento a partir del desconocimiento de la situación típica.

De igual manera, como se indicó, y al hallar que con ello no se causaría un agravio al derecho de defensa por desconocimiento del principio de congruencia, este despacho judicial analizará si se puede hablar en este caso de que los militares enjuiciados fueron "determinadores" o "cómplices" de la conducta punible.

El artículo 28 de la Ley 599 de 2000 establece que pueden concurrir en la conducta punible los autores y los partícipes, y de acuerdo con el artículo 30 de la misma obra, son partícipes el autor y el determinador. Es determinador quien induce o determine a otro a la realización de la conducta punible y es partícipe el que contribuye a la realización de la conducta antijurídica o preste ayuda posterior por acuerdo previo o concomitante a la misma.

Para que se configure la determinación, deben concurrir los siguientes elementos: a) existencia de un vínculo entre la actividad del autor y su inductor, b) existencia del dolo en el determinador, dolo que debe estar encaminado a producir la resolución criminal de cometer el delito en el autor y a que éste lo realice, c) creación del ánimo criminal en el autor, por parte del inductor, d) el hecho al cual se induce debe alcanzar, por lo menos el grado de tentativa y e) el inductor debe carecer del dominio del hecho, que está en cabeza del autor (Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. Medellín, Comlibros, 2007, p. 458 – 459).

En relación con el delito de homicidio en persona protegida, de conformidad con la prueba obrante en el proceso, no está acreditada la concurrencia de las exigencias anteriormente descritas. En efecto, no ha logrado establecerse, como ya se ha visto, la existencia, en el mando atrasado, del dolo dirigido a la consumación de homicidios en persona protegida. No obra prueba directa o inferencial que permita establecer que aquél (el mando atrasado) haya dado al CT GORDILLO, a sus subalternos o a paramilitares la orden de lesionar la vida de personas protegidas por el DIH en la región de San José de Apartadó. En consecuencia, no se puede predicar que se haya hecho surgir en los militares la resolución criminal de matar a población civil. Por lo anterior, sin que sea necesario analizar los demás requisitos, queda descartada la participación del mando atrasado en calidad de determinador de los hechos juzgados.

Tampoco existe prueba de que los militares aquí juzgados que estaban ejecutando la operación FÉNIX, hayan determinado a otros miembros del ejército o a paramilitares a realizar los mencionados actos, pues no concurren los elementos anteriormente descritos.

De conformidad con la definición legal de la complicidad, este instituto exige la contribución o prestación de una ayuda posterior, por acuerdo anterior o concomitante a la realización de la conducta antijurídica. En el caso concreto no se observa que los militares o el mando atrasado hayan prestado algún tipo de ayuda anterior, concomitante o posterior, mediando acuerdo previo. Por ejemplo, no se ha establecido la procedencia de las armas de fuego y blancas utilizadas por los paramilitares en la ejecución de las personas ultimadas; tampoco se ha acreditado que los militares hayan participado en la huida de los paramilitares para la elusión de la acción de la justicia; tampoco se ha acreditado que los militares hayan participado en el ocultamiento de los cadáveres y de los elementos del



delito. Tampoco puede establecerse de manera directa o inferencial que se haya presentado entre los paramilitares y los militares un acuerdo tácito o expreso, en el sentido de que los últimos realizarían una ayuda o contribución anterior, posterior o concomitante a la ejecución del injusto.

Aunque no está bien visto, a la vez que constituye una omisión de los deberes propios de los miembros de la fuerza pública, del hecho de que no se haya procedido por parte de éstos a la aprehensión inmediata de los paramilitares, ejecutores de los homicidios en persona protegida, no se desprende la complicidad de los primeros en la conducta antijurídica. En efecto, téngase en cuenta que el homicidio es un delito de resultado y de ejecución instantánea, y la complicidad requiere un dolo específico al igual que la autoría, por lo cual no es jurídicamente posible deducir la complicidad de los procesados en tales homicidios por el solo hecho de que aquellos continuarán patrullando con estos aún después de que ejecutaran los atroces actos.

Recapitulando, el problema jurídico a resolver de si los militares tenían posición de garante y omitieron una conducta encaminada a prevenir un resultado previsible y evitable de manera dolosa, analizada esa exigibilidad desde un punto de vista constitucional y legal, no moral, debe responderse de forma negativa.

La conducta de patrullar conjuntamente con los paramilitares, por lo anteriormente explicado, no puede ser equiparable a la acción, no obstante que la fuerza pública tenga como misión constitucional la defensa nacional. Pues, se reitera, si bien desde una perspectiva moral, tal conducta es reprochable, y desde el punto de vista jurídico, la misma es indeseable toda vez que riñe con los fines del Estado, tal como ya se ha visto, en el caso concreto, la mencionada marcha realizada de manera conjunta entre militares y paramilitares no puede equipararse a la producción de la muerte de siete personas, protegidas por el Derecho internacional humanitario. Además, se enfatiza, no emprender el combate, por parte de los militares, en contra de los irregulares, por las razones expuestas en otro lugar de esta sentencia, no se puede equiparar a matar los civiles en el contexto en que ocurrieron los hechos, conocido mediante la prueba obrante en la foliatura.

Resulta oportuno referir que a los militares que participaron en la mencionada operación, al desconocer los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios, a la vez que les cabe responsabilidad disciplinaria, se les puede atribuir responsabilidad penal por otros delitos, pero no por homicidio en persona protegida por omisión por comisión, tal como se ha argumentado en la presente providencia.

Respecto de los indicios de móvil, presencia en el sector, capacidad y mentira, derivados en contra de los procesados en la resolución de acusación, los tres primeros resultan infundados, sin tener nada más allá que los simples indicios de mentira y mala justificación, que no permiten jurídicamente estructurar la responsabilidad penal en contra de los procesados.

Ello teniendo en cuenta que se trata de una atribución de una conducta omisiva, por lo que debió agotar la fiscalía todo el análisis anteriormente realizado

para demostrar como primer elemento fundamental cuál es la fuente de la posición de garante y una vez cumplido ello explicar la exigibilidad de otra conducta desde el punto de vista de la evitabilidad del resultado.

Ahora bien, si ello es así frente a los soldados que estuvieron en la zona de los hechos, pelotones A1 y B1, porque se explicó que A2 y A3 tomaron otro eje de avance, al ir subiendo los peldaños de la pirámide y evaluar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional que no estuvieron físicamente en el lugar de los hechos, esto es el Teniente Coronel y el S3 del Batallón se torna gaseosa y abstracta la prueba en su contra porque el CT GORDILLO es impreciso, no recuerda exactamente las fechas y ofrece dudas.

No desconoce este despacho judicial las decisiones de organismos internacionales y nacionales, que han adoptado medidas precautelativas y provisionales impuestas a los altos mandos del Ejército Nacional con jurisdicción en la zona de los hechos, pero unos son como se explicó los deberes jurídicos que nacen de estas decisiones y otra la responsabilidad penal que en concreto pueda caber a los procesados por estos hechos.

Resolver lo contrario iría en contra del principio de estricta legalidad y determinación de los delitos y de las penas, y sería una forma de responsabilidad objetiva y atentaría contra el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

Como ya se ha advertido, si bien logró demostrarse la muerte de los civiles a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia y el patrullaje conjunto entre militares y paramilitares a partir del 17 de febrero de 2005 en el marco de la operación FÉNIX, y si bien queda claro que los procesados en sus diferentes intervenciones son vagos y contradictorios; ello no basta para atribuir responsabilidad penal en los hechos que en esta sede se juzgan. Como se explicó anteriormente, a partir de un punto de partida constitucional y dogmático, se encuentra que, en el caso concreto no concurren las exigencias legales para que pueda predicarse que los procesados incurrieron en el delito de homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, bajo la modalidad de comisión por omisión.

Obsérvese, como ya se analizó, que no logró demostrarse con nitidez cuál fue la fuente legal de posición de garante en la cual se hubiesen encontrado los diez oficiales procesados y cuáles las acciones de salvamento, ni cómo se presentaba, en concreto, la evitabilidad del resultado antijurídico. Y es que, si bien en el artículo 95 de la Constitución Política se consagra un deber de solidaridad que es más exigente para los miembros de las Fuerzas Armadas, ese deber no ha de reñir con los derechos fundamentales de los militares, tales como la vida y la integridad personal, a menos que se trate de acciones consentidas. Tampoco puede pretenderse que los miembros de la fuerza pública, solo en razón de su investidura, tengan la carga de asumir funciones no razonables o imposibles. En este punto se pregunta ¿en el caso concreto, cuáles eran las medidas razonables para la protección de la vida de los civiles y los niños que pudieron adoptar los militares? ¿Conocieron los militares procesados el contexto de riesgo para los bienes jurídicos de las personas inmoladas? ¿Conocieron previamente los militares procesados que los paramilitares con los que transitaban conjuntamente



ejecutarían a los civiles y a los niños? ¿Estaban los militares en capacidad de evitar la muerte de los civiles y los niños? ¿El acuerdo entre militares y paramilitares para marchar juntos incluyó la muerte de miembros de la población civil? ¿Cuál hubiera sido la suerte de los militares en el evento de que hubieran iniciado un combate con los paramilitares al momento de percatarse de lo que estaba ocurriendo?

La Fiscalía, el representante del Ministerio Público y el Actor Popular, no obstante solicitar sentencia condenatoria para todos los procesados, no logran responder los anteriores interrogantes con fundamento en las exigencias del principio de necesidad de prueba. Sustentan sus solicitudes en conjeturas y razonamientos inferenciales contingentes que no alcanzan a desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a los procesados.

Para el Despacho, resulta evidente que desde los puntos de vista jurídico, político y ético es indebido, a la vez que reprochable, el hecho de que en la operación FÉNIX se haya consentido en transitar con paramilitares, pero al no concurrir en el caso concreto las exigencias legales y teóricas para la configuración del delito de homicidio en persona protegida por omisión impropia, deberá absolverse a los diez procesados por ausencia de tipicidad de la conducta de Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo.

Por tanto, se absolverá también a los procesados por el delito de Homicidio en Persona Protegida, en concurso homogéneo y sucesivo.

Resulta conveniente recordar que en un Estado Democrático de Derecho, como lo es Colombia, la sanción penal, al tener que cumplir con fines constitucionales, sólo puede imponerse cuando se ha demostrado en juicio (escenario natural de contradicción) la configuración de los elementos del delito, la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico – penal y la imputación de responsabilidad a una(s) persona(s) determinada(s). De lo anterior se infiere que en una sociedad democrática, para impartir sentencia condenatoria, el Estado como titular de la potestad punitiva, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, deberá cumplir con un estándar probatorio mínimo, cual es demostrar con grado de certeza los extremos anteriormente relacionados o, en otras palabras, desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a todas las personas. Lo anterior implica, que la Fiscalía, además de cumplir con la carga de la afirmación ha de cumplir con la carga de la prueba. En consecuencia, para que se emita de manera legítima una sentencia condenatoria, se exige que en la etapa probatoria se obtengan y practiquen de manera legal y lícita los medios de conocimiento que sustenten la pretensión punitiva, con la finalidad de generar el convencimiento en Juez acerca de la ocurrencia de los injustos típicos y de la responsabilidad de los procesados. El incumplimiento de la anterior carga, deriva indefectiblemente en la emisión de un fallo absolutorio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, para que los coprocesados puedan disfrutar de la libertad provisional deberá, cada uno, suscribir acta de compromiso y depositar caución prendaria por una suma equivalente a cien (100) SMLMV.

Finalmente, aunque la conclusión a que se arriba frente a los delitos por los que fueron acusados los militares no puede ser otra que la absolución, nótese que éstos *a posteriori* resuelven callar lo ocurrido, tratar de encubrirlo y mentirle a la justicia, falsificando documentos públicos y ofreciendo dádivas a testigos. Por lo anterior, se compulsarán copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investiguen las conductas de omisión de denuncia, encubrimiento, falso testimonio, falsedad ideológica en documento público y soborno en que hayan podido incurrir los miembros de la fuerza pública y los reinsertados de la guerrilla.

Sin necesidad de otras consideraciones, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### F A L L A:

**PRIMERO:** ABSOLVER a ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, 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, DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ y EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN, de condiciones civiles y personales dadas a conocer en esta decisión, por las conductas punibles de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, ACTOS DE BARBARIE y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se dispone la libertad provisional de los señores ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, 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, DARÍO JOSÉ BRANGO AGAMEZ y EDGAR GARCÍA ESTUPIÑÁN, para lo cual, cada uno deberá suscribir diligencia de compromiso y depositar caución prendaria por la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cumplido lo anterior, los procesados disfrutarán de la libertad siempre y cuando no sean requeridos por otra autoridad.

**TERCERO:** Compúlsense copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue las posibles conductas punibles de OMISIÓN DE DENUNCIA, ENCUBRIMIENTO, FALSO TESTIMONIO, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO y SOBORNO, en que hayan podido incurrir los sentenciados, otros miembros de la fuerza pública y los reinsertados de la guerrilla, a que se ha hecho alusión en esta providencia, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.