

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**Magistrado Ponente**

**SP7607-2015**

**Radicación N°44206**

(Aprobado Acta No.212)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de las demandas de casación presentadas por los defensores de **NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES** y **JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal de Descongestión, el 18 de marzo de 2014, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Turbo el 2 de mayo de 2012, que condenó a los procesados por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo.

***Hechos***

[Escriba aquí]

En el año de 1993 el Gobierno Nacional autorizó al Viceministro de Gobierno FABIO VILLEGAS RAMÍREZ y al Consejero Presidencial para la Paz RICARDO SANTAMARÍA SALAMANCA, para adelantar conversaciones con el grupo subversivo denominado Corriente de Renovación Socialista (CRS), orientadas a buscar acuerdos que condujeran a su desmovilización.

El grupo insurgente designó como voceros a CARLOS MANUEL PRADA GONZÁLEZ (a. Enrique Buendía) y EVELIO ANTONIO BOLAÑOS CASTRO (a. Ricardo González), con quienes el Gobierno Nacional acordó como sitio de concentración el paraje “FLOR DE MONTE”, en el Municipio de Ovejas (Sucre).

Se convino asimismo que los negociadores del grupo subversivo visitarían antes las poblaciones de Blanquicet o Barranquillita, en el Municipio de Turbo, con el fin de agrupar a los insurgente que operaban en esa zona, para después movilizarse al sitio de concentración acordado.

El traslado previo de los voceros a las referidas poblaciones fue oportunamente comunicado al Coronel del Ejército FERNANDO BECERRA PACHECO, Comandante del Comando Operativo 1, Orgánico de la Brigada XI, del cual dependían los batallones Voltígeros y Vélez, que controlaban esa zona, quien dio su aprobación manifestado que correría las tropas hacia el sur de Barranquillita para facilitar los traslados.

[Escriba aquí]

El 20 de septiembre de 1993, los voceros CARLOS MANUEL PRADA GONZÁLEZ (a. Enrique Buendía) y EVELIO ANTONIO BOLAÑOS CASTRO (a. Ricardo González) fueron trasladados por el gobierno al Corregimiento de Blanquicet, en helicóptero, acompañados de EDGAR ERNESTO PARADA MALAVER, representante de la Consejería para la Paz, quien viajó hasta el sitio de aterrizaje en condición de garante.

De regreso, el helicóptero visitó el Comando Operativo de Carepa, donde EDGAR ERNESTO PARADA MALAVER fue recibido por el Coronel BECERRA PACHECO, quien le preguntó el lugar exacto donde habían dejado los dos insurgentes, siendo informado, ante la afirmación del oficial de que el aterrizaje se había realizado entre las poblaciones de Barranquillita y Blanquicet, que “por ahí había sido”.

El 22 de septiembre, el Sargento Segundo JOSÉ LUIS SANTACRUZ GÓMEZ, quien adelantaba actividades con un grupo de soldados regulares en el cerro “Filocuchillo”, cercano a la población de Blanquicet, solicitó a sus superiores la evacuación del soldado CARLOS ENRIQUE BENÍTEZ GÓMEZ, quien presentaba síntomas de paludismo cerebral y requería atención urgente.

Como no se contaba con helicópteros disponibles para realizar el traslado por aire, el Teniente Coronel EDGAR CEBALLOS MENDOZA, Comandante del Batallón

[Escriba aquí]

Voltígeros, ubicado en Carepa, expidió la orden de operaciones fragmentarias “OPERACIÓN RESCATE”, para que el Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES se trasladara desde Carepa hasta Blanquicet en tres vehículos, y de ahí a pie hasta “Filocuchillo”, con dos grupos de contraguerrilla, con el fin de recibir el soldado enfermo.

Alrededor de las cuatro de la tarde el convoy emprendió la marcha, cada vehículo con entre 15 y 36 soldados<sup>1</sup>, el primero de ellos al mando del Teniente JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, el segundo del Sargento LUIS EDUARDO GARCÍA, y el tercero del Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, bajo cuya responsabilidad se encontraba el operativo.

De acuerdo con los relatos suministrados inicialmente por los soldados, suboficiales y oficiales que se movilizaban en los automotores, al llegar al Corregimiento de Blanquicet pudieron divisar varias personas uniformadas que portaban armas largas, quienes al notar su presencia emprendieron la huida, motivo por el cual iniciaron su persecución inmediata, presentándose un enfrentamiento armado en el que resultaron abatidos CARLOS MANUEL PRADA GONZÁLEZ (a. Enrique Buendía) y EVELIO ANTONIO BOLAÑO CASTRO (a. Ricardo González).

Esta versión difiere sustancialmente de la entregada a las autoridades por algunos habitantes del lugar, quienes desde un comienzo manifestaron que los voceros del grupo

---

<sup>1</sup> El número exacto no logró establecerse.

subversivo fueron capturados vivos y luego ejecutados por el ejército nacional, y con el relato entregado tiempo después por el Sargento LUIS EDUARDO GARCÍA y los soldados JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ y EVER ANTONIO LÓPEZ ARRIETA, en similar sentido.

Estos últimos afirmaron en la audiencia pública que los subversivos se entregaron voluntariamente a varios soldados, que uno de ellos se quitó la camisa y la ondeó en señal de rendición, que pidieron hablar con el comandante, que cuando esto sucedía apareció en escena el Sargento LUIS EDUARDO GARCÍA, a quien le hicieron la misma manifestación, y que minutos después arribó el Teniente JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, quien dio la orden de matarlos, la que fue ejecutada por los soldados MANUEL DEL CRISTO CHIQUILLO CARABALLO y OSWALDO RENTERÍA CAMPAÑA (a. Bagadó).

### ***Actuación procesal relevante***

1. La investigación de estos hechos fue iniciada por la justicia penal militar, que dispuso la vinculación al proceso de los militares que intervinieron en el operativo “Operación Rescate”, y clausuró el ciclo investigativo el 11 de octubre de 1996.

2. El 22 de diciembre de 1999, el Comandante de la Primera División del Ejército Nacional, en condición de Juez de Primera Instancia, convocó a Consejo Verbal de Guerra, sin intervención de Vocales, a los soldados voluntarios EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, ALBEIRO FERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, CARLOS AUGUSTO MARTÍNEZ ROJAS y JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, por el delito de homicidio en exceso de legítima defensa, y al Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, el Teniente JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA y el Sargento LUIS EDUARDO GARCÍA, por el delito de encubrimiento.<sup>2</sup>

3. Cumplido el Consejo Verbal de Guerra, la Presidencia dictó sentencia el 5 de agosto de 2000, mediante la cual absolvió a los procesados de los delitos imputados, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte civil, siendo confirmada por el Tribunal Superior Militar el 22 de marzo de 2002.<sup>3</sup> Inconforme con este pronunciamiento, el apoderado de la parte civil recurrió en casación.

4. La Corte, mediante fallo de casación fechado el 13 de septiembre de 2006, anuló el proceso a partir de la resolución de 11 de octubre de 1996, por la cual la Primera División del Ejército Nacional, Comando de Santa Marta, dispuso el cierre del ciclo investigativo, por ausencia total de motivación del acto de convocatoria al Consejo Verbal de

---

<sup>2</sup> Folios 25-34 del cuaderno No.10.

<sup>3</sup> Folios 1-21 y 158-277 del cuaderno 11.

Guerra y por motivación contradictoria de la providencia del Tribunal Superior Militar de 24 de julio de 1997.<sup>4</sup>

5. El conocimiento del asunto fue asumido por la Fiscalía General de la Nación, que el 23 de diciembre de 2008 calificó el sumario con resolución de acusación contra NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, LUIS EDUARDO GARCÍA, JOSÉ HERRERA SUÁREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, CARLOS AUGUSTO MARTÍNEZ ROJAS, JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EVERT ANTONIO LÓPEZ ARRIETA, MISAEL OYOLA DE LOS REYES, SANTIAGO JOSÉ HOYOS SIERRA, JAIME DE JESÚS ACEVEDO FRANCO, CARLOS MARIO JARAMILLO RICO, ARGEMIRO ALBERTO ARROYO VARILLA y MANUEL DEL CRISTO CHIQUILLO CARABALLO, por el delito de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de coautores, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 12 de junio de 2009.<sup>5</sup>

6. En el curso de la audiencia pública la fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta en relación con los procesados LUIS EDUARDO GARCÍA, JOSÉ HERRERA SUÁREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EVERT ANTONIO LÓPEZ ARRIETA, MISAEL OYOLA DE LOS REYES, JAIME DE JESÚS

---

<sup>4</sup> Folios 62-99 del cuaderno de la Corte.

<sup>5</sup> Folios 63-162 del cuaderno No.13 y 4-15 del cuaderno de segunda instancia de la fiscalía.

[Escriba aquí]

ACEVEDO FRANCO, ARGEMIRO ALBERTO ARROLLO VARILLA y CARLOS AUGUSTO MARTÍNEZ ROJAS, para imputarle el delito de encubrimiento, y días después se dispuso la ruptura de la unidad procesal para continuar por separado el juicio contra NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA y MANUEL DEL CRISTO CHIQUILLO CARABALLO, respecto de quienes se mantuvo la acusación por el delito de homicidio agravado.<sup>6</sup>

7. El 2 de mayo de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Turbo dictó sentencia, en la que condenó a NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA y MANUEL DEL CRISTO CHIQUILLO CARABALLO a la pena principal privativa de la libertad de 400 meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.<sup>7</sup>

8. Apelado este fallo por los defensores de los procesados NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES y JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, el Tribunal Superior de Antioquia, mediante el suyo de 18 de marzo de 2014, que los mismos sujetos procesales recurren ahora en casación, lo confirmó en todas sus partes.<sup>8</sup>

### ***Las demandas***

---

<sup>6</sup> Folios 164 del cuaderno No.17 y 1 del cuaderno No.18.

<sup>7</sup> Folios 54-120 del cuaderno No.18

<sup>8</sup> Folios 13-45 del cuaderno del Tribunal.



### **1. A nombre de Néstor Raúl Vargas Morales**

Contiene un cargo de nulidad, al amparo de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación del derecho de defensa, debido a que el procesado no fue asistido de un abogado en la diligencia de indagatoria.

Argumenta que el artículo 374 del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar, establecía en su texto original que el cargo de defensor podía ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, pero que esta norma fue retirada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-592 de 9 de diciembre de 1993, por contrariar el artículo 29 de la Nueva Constitución.

Explica, después de reproducir el texto completo de la referida decisión, que su fecha es anterior a la indagatoria recibida al procesado NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, diligencia en la cual el Juez 21 de Instrucción Penal Militar dispuso designarle como defensor de oficio al Mayor ALFONSO GONZALO ORTIZ RODRÍGUEZ, para que lo asistiera en el proceso, con manifiesto desconocimiento de lo resuelto en el referido fallo de inconstitucionalidad.

[Escriba aquí]

Sostiene que el derecho a la defensa técnica es una obligación, no una potestad, según se desprende del contenido del artículo 594 ejusdem, y que lo que se advierte en este caso es que al procesado NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES “se le condenó en un proceso penal, al cual no se encontraba legalmente vinculado, lo cual genera una flagrante violación al derecho de defensa y al debido proceso”.

Agrega que la nulidad es trascendente porque el proceso penal establece una serie de pasos ordenados para un fin, debiéndose satisfacer uno para poder avanzar al siguiente, y que sea que la vinculación se realice mediante indagatoria o declaración de persona ausente, es un requisito fundamental para poder resolver la situación jurídica, al igual que para cerrar investigación y así sucesivamente.

También es insubsanable, pues dado el estado actual del proceso, no hay otro remedio aplicable. Y la falta de defensa técnica privó al procesado del derecho a ser ilustrado sobre “medios venébolos” (sic), como los beneficios por acogerse a sentencia anticipada, la posibilidad de confesión y demás prerrogativas previstas en la legislación penal.

Afirma que esta nulidad fue solicitada por los abogados que lo antecedieron en la defensa en la fase de la instrucción, pero que los fiscales de primera y segunda instancia negaron equivocadamente la petición, pues

[Escriba aquí]

consideraron, sin mayor análisis, que la indagatoria se había verificado frente a las normas procesales vigentes, citando, en su apoyo, una decisión del Comandante de Primera División, quien expuso la tesis de que la decisión de constitucionalidad no era vinculante cuando se recibió la indagatoria, por hallarse en proceso de ejecutoria.

Argumenta que esta tesis es insostenible, porque las “sentencias de constitucionalidad cumplen efectos desde su promulgación”, desde su fecha, tal como lo ilustra la sentencia T-389 de 2009, cuyo texto en lo pertinente transcribe, y que a partir de ese momento, a la luz del artículo 243 de la Constitución, ninguna autoridad pública puede darle aplicación.

Cierto es, igualmente, que la casación oficiosa decretada por la Corte buscaba crear las condiciones aptas para una nueva sentencia, como lo sostuvo la fiscalía al negar la nulidad, pero se olvida que el proceso penal tiene unas etapas “y que lo propio para crear esas condiciones aptas para una nueva sentencia, en el caso que nos ocupa, era adecuar el trámite de vinculación de los procesados a las normas aplicables en la ley 600 de 2000”, que exigen que al momento de la indagatoria el sindicado esté acompañado de un defensor”.

Ante el Juez Primero Penal del Circuito de Turbo varios defensores, incluido el de NÉSTOR RAÚL, solicitaron también la nulidad por este motivo, pero el funcionario, en un exceso de formalismo y sin mayor análisis, la negó por

[Escriba aquí]

haber sido ya propuesta en la fase de la instrucción, olvidando que en condición de juez de conocimiento tenía el deber de revisar la legalidad de las actuaciones y proceder oficiosamente frente a un vicio tan grave.

Cita como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Nacional, y 332 y 336 de la Ley 600 de 2000, y pide a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria del procesado NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES inclusive, para que se proceda a su reposición, y disponer, en consecuencia, su libertad inmediata.

## ***2. A nombre de José Miguel Velandia Mora***

Contiene dos cargos. Uno de nulidad, al amparo de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación del derecho de defensa, y otro por violación indirecta de la ley sustancial, con fundamento en la causal prevista en el numeral primero ejusdem, debido a errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas.

### ***Nulidad***

Al igual que en la demanda anterior, el casacionista sostiene que el proceso es nulo porque su defendido JOSÉ

[Escriba aquí]

MIGUEL VELANDIA MORA fue asistido en la indagatoria por un oficial en servicio activo, y no por un profesional del derecho.

Afirma que si bien es cierto, la normatividad existente admitía como válida que la defensa se ejerciera por un oficial del ejército de mayor grado del implicado, esta práctica fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-592 de 9 de diciembre de 1993.

Cita jurisprudencia de esta Sala sobre el derecho a la defensa técnica para precisar, con fundamento en ella, que si la postura de la Corte es que la sola designación de defensor no garantiza este derecho, sino que es necesario que cumpla las funciones de asistencia, resulta una verdad de Perogrullo que si la persona que funge como defensor no es abogado titulado, tampoco existirá ejercicio del derecho de defensa.

Ninguna discusión existe en torno a que toda persona vinculada a un proceso de naturaleza penal debe gozar de asistencia profesional, como quiera que así lo establece el artículo 29 de la Constitución Nacional, y de igual manera lo consagran los tratados internacionales, como la convención de San José de Costa Rica y el Pacto de Nueva York.

[Escriba aquí]

Esta nulidad, además, fue decretada por el Comando de la Primera División mediante providencia de 27 de mayo de 1994, por considerar que era necesario garantizar el derecho de defensa, “para que de conformidad con lo normado en el artículo 594 de la misma obra, se le pregunte si cada uno de los procesados que tiene derecho a nombrar un defensor abogado que lo asista procesalmente”, siendo abiertamente desconocida por la fiscalía.

Esta falencia, por tanto, nunca fue subsanada, de suerte que el procesado no ha sido formalmente vinculado a la investigación, y el hecho que la Corte hubiera revisado la actuación y dispuesto la nulidad solo a partir del cierre de la investigación, “no exime a la justicia de su obligación de respetar cabalmente los derechos fundamentales de los procesados”.

Frente a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, se impone asimismo la invalidación de la actuación, pues el acto no cumplió su finalidad, toda vez que se surtió a costa del derecho de defensa, y está demostrado que el oficial designado no ejerció ninguna acción ofensiva.

Adicionalmente a esto se tiene que el sujeto procesal que está pidiendo la nulidad no dio lugar a la irregularidad. Y tampoco medió consentimiento del procesado que convalide el acto ilegal, ni existe otro remedio procesal para subsanar el vicio.

[Escriba aquí]

Agrega que los juzgadores de instancia no resolvieron el pedido de nulidad que las partes plantearon por este motivo, pues el de primera instancia no se pronunció por considerar que ya había sido resuelto, y el tribunal no estudió el problema jurídico, por cuanto consideró legítimo el acto irregular.

Argumenta que el error es trascendente porque la falta de defensa técnica condujo a que en la indagatoria se desconociera el artículo 338, que dispone poner de presente al procesado la imputación jurídica provisional, exigencia que no se cumplió en el caso de JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, a quien no le informaron de los cargos que se le imputaban, lo cual constituye una grave violación al derecho de defensa.

Estas falencias comportan que el Teniente VELANDIA MORA no se encuentre vinculado a la investigación, porque la indagatoria no reúne los requisitos legales para adquirir validez, siendo por ende ilegal e inexistente.

### ***Violación indirecta***

En el enunciado del ataque sostiene que la sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial “por falsos juicios

[Escriba aquí]

de identidad”, pero a renglón seguido afirma que la infracción proviene de “falsos juicios de existencia”, por omisión de los testimonios de JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, EVERT ANTONIO LÓPEZ ARRIETA y LUIS EDUARDO GARCÍA, que llevó a los juzgadores de instancia a inaplicar el principio de presunción de inocencia.

A continuación transcribe en lo fundamental los relatos suministrados por cada uno de estos procesados en la audiencia pública, donde reconocen que los subversivos se entregaron voluntariamente y que la orden de matarlos la dio el Teniente JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, para sostener que los juzgadores incurrieron en “Violación directa de la ley sustancial por falso juicio de identidad por haber tergiversado, al momento de valorar”, sus contenidos.

Esta violación, llevó a las instancias a un grave error, como fue considerar que sus versiones confirmaban los relatos de los habitantes del Corregimiento de Blanquicet, cuando la realidad es completamente diferente, pues las de los habitantes del lugar desvirtuaban la de los soldados, no pudiendo, por tanto, darse las dos versiones como ciertas para llegar a la conclusión de que existía certeza sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de su defendido.



[Escriba aquí]

De acuerdo con las versiones de los testigos de la población, primero fue ultimado a tiros EVELIO ANTONIO BOLAÑOS CASTRO (a. Ricardo González), y después CARLOS MANUEL PRADA GONZÁLEZ (a. Enrique Buendía), luego de que fuera obligado a cargar el cuerpo de su compañero hasta la carretera. Sin embargo, los soldados refieren que ambos fueron ultimados en el mismo lugar, inmediatamente después de su entrega.

Esta inconsistencia es puesta de presente por el juez a quo, quien, con fundamento en el contenido de la prueba pericial del Instituto de Medicina Legal, donde se analizó la posible posición de las víctimas al momento de su muerte, concluyó que este experticio encajaba perfectamente con la versión de que los negociadores fueron ultimados en partes diferentes, “el segundo de ellos en un lugar donde la superficie es de carácter granuloso o polvorulento (sic), lo cual concuerda con la textura de la carretera de acceso a la población”.

La pregunta obligada que surge entonces es “¿Cómo se puede tomar como fundamento para la condena la versión de los soldados que señalan que mi defendido dio la orden de matar a los dos civiles, en el mismo sitio donde se rindieron, cuando las demás pruebas apuntan a demostrar otra verdad?”.

[Escriba aquí]

La primera referencia procesal alusiva a que el teniente VELANDIA MORA dio la orden de matar, surgió en la audiencia pública, cuando el suboficial LUIS EDUARDO GARCÍA y los soldados JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ y ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ hicieron dichas manifestaciones, pero fue la misma primera instancia la que reconoció que su versión reñía con el restante material probatorio.

Estas discrepancias en las condiciones de modo, tiempo y lugar en que murieron los negociadores, imponía a las instancias la obligación de valorar en su verdadero contenido dichas declaraciones, para arribar a la conclusión de que existía DUDA y haber dado aplicación al in dubio pro reo, absolviendo al procesado VELANDIA MORA por no existir certeza de su responsabilidad en la muerte de estos civiles.

Alude a la carga de la prueba, al igual que a al principio de presunción de inocencia, para sostener que este último hace parte del concepto constitucional del debido proceso, al igual que de convenios internacionales como el Pacto Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

[Escriba aquí]

Afirma que para llegar a una sentencia de condena es menester que en el intelecto del juez se haya formado la certeza de la culpabilidad y la responsabilidad del procesado, es decir, que tenga la íntima convicción de que se produjo la infracción penal y que la persona procesada es el autor de la misma, condición que no se cumple cuando por una investigación deficiente surgen dudas, incertidumbres, vacilaciones o indecisiones respecto de la realización de la conducta.

Sostiene que en estos casos el juez debe dictar sentencia absolutoria, en aplicación del principio in dubio pro reo, a cuyo contenido y alcance nuevamente se refiere para demandar de la Corte que se case la sentencia impugnada y se dicte en su lugar una absolutoria, o se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la clausura del ciclo investigativo, para llevar a cabo la diligencia de indagatoria con la asistencia de un defensor, en caso de prosperar el primer cargo.

### ***SE CONSIDERA***

La Sala inadmitirá las demandas de casación que se estudian por no reunir los requerimientos mínimos de orden formal exigidos para su estudio de fondo, ni

[Escriba aquí]

satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso.

Como los ataques de nulidad que se plantean en las dos demandas tienen fundamentos comunes, la Sala los estudiará en primer término, de manera conjunta, y seguidamente asumirá el análisis del cargo por violación indirecta de la ley sustancial, que adicionalmente se plantea en la demanda presentada a nombre de JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA.

### ***Nulidad***

Los casacionistas sostienen, en lo fundamental, que el proceso es nulo por violación del derecho de defensa y/o el debido proceso, porque los procesados NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES y JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA fueron asistidos en sus indagatorias por un oficial activo, que no tenía la condición de abogado, desconociendo el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional C-592 de 9 de diciembre de 1993, que retiró del ordenamiento jurídico el artículo 374 del código Penal Militar, que permitía esta clase de designaciones.

Examinada la actuación procesal se establece que la premisa fáctica procesal en que se sustentan las censuras es cierta, porque las indagatorias de los procesados

[Escriba aquí]

NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES y JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA fueron recibidas los días 8 y 12 de enero de 1994, respectivamente, y en ambas se designó a un oficial activo para que los representara en condición de defensor. En el primer caso al Mayor ALFONSO GONZALO ORTIZ RODRÍGUEZ, y en el segundo al TC NARCISO CADENA LOZADA.<sup>9</sup>

También es cierto que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-592 de 9 de diciembre de 1993, es decir, un mes antes de que NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES y JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA fueran escuchados en indagatoria, había declarado inexecutable el artículo 374 del Decreto Ley 2550 de 1988 (Código Penal Militar), que permitía que el cargo de defensor en los procesos penales militares fuera desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, por contrariar el artículo 29 de la nueva Constitución Nacional.

Estas premisas fácticas, en las que se sustenta la censura, son admiten discusión. Pero esto, de suyo, no se erige necesariamente en motivo invalidante del acto irregularmente cumplido, ni de la actuación posterior, como pareciera que lo entienden los demandantes, al dar por sentado que el proceso es nulo porque cuando el acto se cumplió ya no tenía sustento normativo, en virtud de la declaratoria de inexecutable del precepto que lo regulaba.

---

<sup>9</sup> Folios 30-33 y 60-62 del cuaderno No.4.

[Escriba aquí]

Frente a la concepción material de la declaración de nulidades que acoge la Ley 600 de 2000, será necesario establecer, para llegar a dicha conclusión, que el acto irregularmente cumplido desconoció una garantía procesal, con repercusiones adversas en los resultados del proceso, o quebrantó las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, y que no se está frente a ninguna de las situaciones que de conformidad con lo previsto en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000 determinan su validación.<sup>10</sup>

Esta labor de demostración en casación corresponde al demandante, quien deberá precisar, con exactitud, el motivo que determina la nulidad, de entre los que taxativamente prevé el artículo 306 ejusdem (incompetencia, quebrantamiento del debido proceso, o violación del derecho de defensa), y demostrar no solo que el acto irregular es trascendente, por las razones que vienen de indicarse, sino que no cumplió los fines para los que estaba destinado, y adicionalmente a ello, que su ejecución no fue coadyuvada por quien la alega, y que no fue objeto de convalidación.

Las demandas no son claras ni suficientes en esta labor de acreditación. Ambas inician denunciado violación del derecho a la defensa técnica, con invocación expresa del artículo 306.3 de la Ley 600 de 2000, como causal de invalidación, pero entre líneas también plantean violación

---

<sup>10</sup> Principios de instrumentalidad, protección, convalidación y residualidad.

[Escriba aquí]

del debido proceso, con el argumento que los implicados no fueron legalmente vinculados, y que la actuación cumplida es nula, sin deslindar un planteamiento del otro.

Esta mezcla argumentativa impide a la Corte identificar el verdadero alcance de la impugnación, pues no permite saber, a ciencia cierta, si lo planteado es que el derecho de defensa quedó comprometido con el acto irregular, en forma irremediable, o que se quebrantó el debido proceso por desconocimiento de su estructura formal, o los dos ataques a la vez, ni conocer cuáles son en concreto los fundamentos fácticos y jurídicos de cada uno de estos reproches en particular.

Si lo pretendido era proponer los dos motivos a la vez, la lógica de la casual exigía expresar sus fundamentos en forma separada, con indicación precisa de por qué el acto irregular afectaba, de una parte, el derecho de defensa, y de otra, el debido proceso, y las consecuencias jurídico procesales que se derivaban en uno u otro caso de la prosperidad del ataque, tarea argumentativa que ninguno de los libelos satisface.

Sumado a esto se tiene que los demandantes no son exactos en el relato de la realidad procesal, porque de su estudio se establece que el Comandante de la Primera División del Ejército, en condición de Juez de Primera

[Escriba aquí]

instancia, mediante auto de 27 de mayo de 1994,<sup>11</sup> decretó de oficio la nulidad de lo actuado a partir de la definición de la situación jurídica de los procesados, justamente por el mismo motivo que ahora los demandantes invocan en casación, para que se les designara como defensor un abogado y se les garantizara el derecho a la defensa técnica.<sup>12</sup>

También se constata que en cumplimiento de lo dispuesto en esta decisión, la justicia penal militar proveyó a los indagados de defensores de oficio, nombramiento que para el caso de NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES y JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA recayó en el profesional RAFAEL E. MONTERO BERROCAL, quien se posesionó y asumió su defensa en forma inmediata, la que ejerció hasta cuando fue desplazado por defensores de confianza, quedando a salvo, en forma oportuna, el derecho a contar con una defensa técnica.<sup>13</sup>

Sostener, por tanto, que el acto irregular implicó la violación del derecho de defensa, no tiene sentido, porque el juez de instancia, como se ha dejado visto, anuló la actuación cumplida desde antes de la definición de la situación jurídica, con el fin, precisamente, de que se repitiera con la asistencia de un defensor con título de

---

<sup>11</sup> Folios 18-23 del cuaderno No.5.

<sup>12</sup> La decisión del Juez Penal Militar de decretar la nulidad a partir de la definición de la situación jurídica, y no desde antes, se soportó en la consideración que la sentencia C-592/93 había cobrado ejecutoria el 26 de enero de 2004, cuando terminó el proceso de notificación, y que solo, por tanto, a partir de esa fecha, podía producir efectos jurídicos.

<sup>13</sup> Folios 33, 34, 35 y 56-70 del cuaderno 5.



[Escriba aquí]

abogado, que pudiera ejercer a plenitud el derecho de asistencia profesional, lo cual se cumplió.

El hecho que la nulidad no se hubiera extendido a las indagatorias, donde se originó la irregularidad, como lo reclaman los recurrentes, no tiene, de suyo, la connotación requerida para invalidar la actuación por desconocimiento de la garantía del derecho de defensa, ni del debido proceso, porque aunque en dichas diligencias los procesados fueron asistidos por un oficial activo, y no por un abogado, como lo exigía la sentencia C592/93, no se advierte, frente a los principios de trascendencia e instrumentalidad, que estas prerrogativas hubiesen resultado comprometidas.

La Corte tiene dicho que la afectación del ejercicio a la defensa técnica, como motivo de nulidad, debe establecerse frente a su ejercicio integral, por tratarse de una actividad que se cumple a lo largo de todo el proceso, y por tanto, que cuando el cuestionamiento se reduce a un acto en particular, deberá examinarse si afectó o incidió negativamente en su ejercicio conjunto, ya en la fase de la instrucción, o en la de juzgamiento, y si tuvo implicaciones en los resultados del proceso (CSJ, AP, marzo 7 de 2012, radicado 37247).

Esta situación no se avizora en el caso analizado, porque, como ya se vio, los procesados fueron provistos de un abogado titulado después de las indagatorias, y luego

[Escriba aquí]

estuvieron asistidos por defensores de confianza que adelantaron una activa participación. Y no se advierte que en el curso de las indagatorias se hubieran presentado situaciones irregulares que pudieran haber incidido negativamente en su ejercicio posterior, y que hubieran podido evitarse con la presencia de un defensor que tuviera la condición de abogado.

El argumento que el defensor de NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES expone, en el sentido que la ausencia de un defensor con título de abogado en la injurada privó a los procesados de la posibilidad de ser ilustrados de los beneficios a que podían tener derecho por sentencia anticipada o audiencia especial, resultan sin fundamento, porque estos institutos no aplicaban para la justicia penal militar, y porque su reconocimiento solo podía tener lugar a partir de la ejecutoria de la resolución que definía la situación jurídica, momento para el cual los procesados ya se encontraban asistidos de un abogado.<sup>14</sup>

Insubstancial resulta igualmente la afirmación referida a que la ausencia de defensor privó a los procesados de la posibilidad de conocer los beneficios por confesión, porque del estudio de sus indagatorias y de la actividad defensiva se establece que nunca tuvieron la voluntad de reconocer su responsabilidad en estas ejecuciones, y que su postura siempre estuvo enderezada a justificar su conducta frente al

---

<sup>14</sup> Artículos 37 y 37 A del Decreto 2700 de 1991, modificados por los artículos 3° y 4° de la Ley 81 de 1993.

[Escriba aquí]

ordenamiento jurídico, con el argumento que las bajas se presentaron en combate, y/o que fueron el resultado de una persecución en caliente, en la que la tropa se vio obligada a disparar.

También resulta infundado el argumento expuesto por el defensor de JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, consistente en que la ausencia de un defensor calificado en la indagatoria condujo al desconocimiento del artículo 338 de la Ley 600 de 2000, que ordena poner de presente al indagado la imputación jurídica provisional, porque esta norma no hacía parte del ordenamiento jurídico cuando se recibieron las indagatorias, y las vigentes, no incluían esta exigencia.<sup>15</sup>

Tampoco se advierte que la irregularidad denunciada tenga la virtualidad de afectar las indagatorias como acto de vinculación procesal, ni la actuación subsiguiente, porque los actos de indagación, en ambos casos, se rituaron de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 594, 595 y 596 del Código Penal Militar vigente (Decreto 2550 de 1988), situación que les permitió a los indagados saber que estaban siendo vinculados a la investigación por la muerte de los voceros de la Corriente de Renovación Socialista, y explicar su conducta frente a los hechos imputados, lo cual hicieron sin limitaciones de ninguna especie.

---

<sup>15</sup> Las indagatorias se recibieron los días 8 y 12 de enero de 1993 y la Ley 600 de 2000 entró en vigencia en el mes de julio de 2001.

Esto desactiva los posibles efectos invalidantes que pudieran derivarse del acto irregular denunciado, porque en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, que preside la declaración de las nulidades, no habrá lugar a su reconocimiento cuando el acto cumple la finalidad para el cual está destinado, y en el presente caso es claro que las indagatorias así recibidas permitieron la realización de los fines inherentes a este acto procesal, a saber, (i) enterar a los indagados que estaban siendo vinculados al proceso penal por la muerte de estas dos personas, y (ii) ofrecerles la oportunidad de explicar su conducta.

### ***Violación indirecta***

La Corte tiene dicho que los errores susceptibles de ser propuestos en casación se agrupan en dos categorías, (i) *in iudicando*, llamados también de juicio, que implican el desconocimiento de una norma de derecho sustancial por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, y (ii) *in procedendo*, llamados también de actividad, que presuponen el desconocimiento de una norma de procedimiento o de una garantía procesal.

También ha sido insistente en señalar que los errores *in iudicando* pueden ser directos o indirectos. Que son directos, cuando se presentan en el campo del raciocinio

[Escriba aquí]

puramente jurídico, e indirectos, cuando se originan en la apreciación de las pruebas. Y que estos últimos pueden surgir de errores de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad, o falsos raciocinios; o de errores de derecho por falsos juicios legalidad o falsos juicios de convicción.

En el cargo que se analiza el casacionista inicia planteando, de manera general, violación INDIRECTA de la ley sustancial, debido a errores de hecho por falsos juicios de identidad. A renglón seguido, sin embargo, sostiene que los errores son de existencia porque la sentencia omitió valorar los testimonios de JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, EVERT ANTONIO LÓPEZ ARRIETA y LUIS EDUARDO GARCÍA. Y cuando asume el análisis de cada uno de estos testimonios, denuncia violación DIRECTA de la ley sustancial por falso juicio de identidad, por tergiversación de sus contenidos.

Esta forma de argumentar desatiende de entrada las exigencias de claridad, concreción y debida fundamentación que deben acompañar los ataques en esta sede, y en especial el principio de no contradicción, como quiera que un mismo error in iudicando no puede tener, a la vez, la connotación de directo e indirecto, ni un mismo error probatorio puede ser, al tiempo, de existencia e identidad, como confusamente lo plantea el casacionista.

[Escriba aquí]

Mientras los errores directos son de contenido jurídico, los indirectos son de origen probatorio. Y mientras el error de existencia por omisión requiere para su estructuración que la prueba sea ignorada, el de identidad exige que la prueba haya sido apreciada, y que en su apreciación el juzgador distorsione su contenido fáctico, por adición, cercenamiento o trasmutación de su texto.

La demostración del cargo tampoco consulta los desarrollos lógico argumentativos que imponen los errores de existencia por omisión y de identidad que se plantean, porque lo denunciado finalmente por el demandante es que el grupo de testigos del Corregimiento de Blanquicet no coincide con el grupo de militares en las circunstancias que rodearon las ejecuciones, y que en virtud del principio in dubio pro reo el procesado debió ser absuelto, propuesta que nada tiene que ver con estos desaciertos.

De cualquier forma, los errores que se plantean nunca existieron, porque de la revisión de los fallos de instancia se establece que los relatos de los militares JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, ALBEIRO BERNARDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, EVERT ANTONIO LÓPEZ ARRIETA y LUIS EDUARDO GARCÍA, fueron analizados y valorados por los juzgadores y que en esta labor no se presentaron distorsiones de su contenido fáctico.

La afirmación que los fallos contienen, consistente en que los militares corroboran el dicho de los pobladores, que el demandante cuestiona, no es incorrecta, porque con ella

[Escriba aquí]

simplemente se quiso significar que los subversivos no murieron en combate, en lo cual todos los testigos coinciden, no a la forma de ejecución, pues en este punto expresamente reconocen que existen discrepancias, las que resolvieron con apoyo en el dictamen de medicina legal, cuyo contenido les permitió concluir razonablemente que las ejecuciones se presentaron en sitios diferentes.

### ***Decisión***

Visto, entonces, que las demandas estudiadas no cumplen las condiciones mínimas de orden formal ni sustancial exigidas para su estudio de fondo, se las inadmitirá a trámite, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, y se ordenará devolver al proceso a la oficina de origen. Pero como se advierte que el juez de primera instancia, al tasar las penas de prisión y de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, desconoció los límites máximos establecidos por el ordenamiento jurídico, la Sala hará uso de la facultad oficiosa consagrada en el artículo 216 ejusdem, para enmendar el error.

### ***Casación oficiosa***

## **1. Pena de prisión**

El artículo 104 de la Ley 599 de 2000, aplicado al caso por favorabilidad, prevé para el delito de homicidio agravado pena privativa de la libertad de 25 a 40 años de prisión.

El juez de primera instancia, al dosificar la pena que debía imponer a los procesados, hizo las siguientes precisiones:

«En el presente caso se trata de dos homicidios cometidos en idénticas circunstancias de modo cuya suma aritmética por asunto del quantum punitivo está limitado en sesenta (60) años según lo prescribe el artículo 1° inciso segundo de la Ley 890.

«Sobre esta normatividad precisamente es bueno dejar en claro que, por aplicación del principio de favorabilidad se aplicará el límite superior de la suma aritmética de las penas pero no se aplicarán los incrementos punitivos contenidos en ella acatando jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema en cuanto a que estos incrementos se aplicarán a los procesos regidos por la ley 906 y no los de la Ley 600.

«En este caso vemos que no hay pena más grave y que para el delito de homicidio agravado es de trescientos (300) meses, en el mínimo y setecientos veinte meses (720) en el máximo».



[Escriba aquí]

«Ahora, de la resta de estos dos valores mínimo y máximo (420) y de su división por cuatro (4), obtendremos el ámbito punitivo de movilidad de ciento (105) meses, equivalente al cociente, el que sumado al factor mínimo se obtiene los cuartos de que habla el artículo 61 inciso primero así: primer cuarto mínimo: tendría una extensión de 300 a 405 meses. El segundo cuarto medio: 405 meses, un día a 510 meses. El tercer cuarto medio: de 510 meses, un día hasta 615 meses, y un cuarto máximo de 615 meses, un día a 720 meses».

«[...] Habida cuenta de la ausencia de las circunstancias antes mencionadas, pero al mismo tiempo de la carencia de antecedentes penales como atenuación punitiva, este despacho partirá del mínimo de la sanción, es decir de TRESCIENTOS MESES, y aplicando el criterio del artículo 31 por el concurso material, agregará un total de SETENTA MESES por el segundo homicidio y en razón a la gravedad de las conductas sumará TREINTA MESES más para un gran total de pena a pagar de CUATROCIENTOS (400) MESES DE PRISIÓN para cada uno de los procesados».<sup>16</sup>

Este proceso de dosificación, en el que el juez toma trescientos (300) y setecientos (700) meses como límites mínimo y máximo para definir el ámbito punitivo de movilidad y establecer los cuartos del delito de homicidio agravado, contraría la normatividad legal, como quiera que desconoce que la pena establecida para este delito en el artículo 104 del Código Penal oscila entre 300 y 480 meses, y que el artículo 37.1 ejusdem, modificado por el artículo 2° de la Ley 890 de 2004, establece que la pena de prisión

---

<sup>16</sup> Páginas 62-64 de la sentencia.

[Escriba aquí]

para los delitos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.

Con el fin de corregir el error, la Sala redosificará la pena dentro de los límites legales consagrados en las normas legales referidas, y aplicará los incrementos que correspondan por la gravedad de la conducta y el concurso de hechos punibles a que haya lugar, atendiendo los criterios aplicados por el a quo y los ajustes porcentuales que realizó en cada caso.

La pena prevista para el homicidio agravado es de 300 meses (25 años) a 480 meses (40 años). El ámbito punitivo de movilidad resulta de la diferencia de estas dos cifras, operación que arroja 180 meses. Dividido este guarismo por cuatro, se obtiene el cuarto de movilidad, que equivale a 45 meses.

Lo anterior significa que el primer cuarto va de 300 meses a 345 meses inclusive; el segundo cuarto de 345 exclusive a 390 meses inclusive; el tercer cuarto de 390 meses exclusive a 435 meses inclusive; y el cuarto de 435 meses exclusive a 480 meses.

El juez se ubicó para la dosificación de la pena en el primer cuarto, por no existir circunstancias de mayor punibilidad y concurrir una de menor punibilidad, y sobre el mínimo aplicó un incremento de 30 meses por la

[Escriba aquí]

gravedad de la conducta y 70 meses más por el concurso, es decir, que dosificó la pena para el homicidio base en 330 meses.

Aplicando los mismos criterios de dosificación, se tiene que el incremento de 30 meses por la gravedad de la conducta, dentro del ámbito de movilidad de 300 a 405 meses (105 meses), que fue el utilizado por el juez, equivale a un ajuste porcentual de 28.5%, que aplicado al ámbito de movilidad de 45, que es el correcto, arroja 12 meses, de donde se sigue que la pena aplicable a los procesados, por el primer homicidio, es de TRECIENTOS DOCE (312) MESES.

El incremento de 70 meses por el concurso de hechos punibles, sobre un monto de 330 meses, que fue el aplicado por el juez, equivale a un aumento porcentual de 21.2%, que aplicado a 312 meses, arroja sesenta y seis (66) meses, cifras que sumadas arrojan TRESCIENTOS SETENTA Y CHO (378) MESES, que es la pena que en definitiva deben purgar los procesados.

## ***2. Pena de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.***

[Escriba aquí]

Los juzgadores impusieron la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, atendiendo lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Ley 599 de 2000, sin tener en cuenta que esta pena, para la época en que sucedieron los hechos (1993), tenía una duración máxima de diez (10) años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del decreto 100 de 1980.

La Sala, por tanto, realizará la enmienda respectiva para ajustar esta pena al principio de legalidad, decisión que, al igual que la que se adoptará en relación con la pena privativa de la libertad, se hará extensiva a todos los procesados, incluido el no recurrente, por ser el error común a todos ellos.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

1. INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de **NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES** y **JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA**.

[Escriba aquí]

2. Casar de oficio, parcialmente, el fallo impugnado, para fijar en trescientos setenta y ocho (378) meses la pena principal privativa de la libertad que deben purgar los procesados **NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA** y **MANUEL DEL CRISTO CHIQUILLO CARABALLO**, y en diez (10) años la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás el fallo no sufre modificaciones.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

[Escriba aquí]

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria