

Proceso No 28115

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.111

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de ENDER RODOLFO LOZANO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá que confirmó la emitida en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado, por cuyo medio fue condenado como autor penalmente responsable de homicidio y homicidio en grado de tentativa, ambos agravados, en concurso homogéneo, y a la vez heterogéneo con terrorismo y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de junio de 1996, a eso de la una de la madrugada, en el inmueble ubicado en la transversal 8 N° 2-08 Sur del el barrio El Dorado de Bogotá, a consecuencia de una explosión, fallecieron José Manuel Muñoz, Carlos Humberto González Flórez, y el soldado “Jesús Antonio Téllez Hernández” —de quien luego se supo respondía en verdad al nombre de Pedro Antonio Téllez Valbuena—, y resultaron heridos José Mauricio Fonseca Ramos, Eduardo Antonio Castro Nemocón, Pascual Riaño Carrillo y Jair

Gutiérrez.

Por solicitud de residentes del sector, acudieron al sitio del suceso dos agentes de la Policía Nacional a quienes aquellos entregaron una granada de fragmentación que dijeron haber encontrado allí. Así mismo, cuando los uniformados revisaron el inmueble hallaron en una habitación una agenda con varias fotografías, en las que los lesionados Fonseca Ramos, Castro Nemocón y Riaño Carrillo, en declaraciones rendidas cuatro días después, reconocieron a una persona que en estas aparecía como un “soldado” amigo de “Téllez Hernández” que la noche del suceso estaba departiendo con ellos y que, según el primero de los citados, en razón de una discusión, les lanzó desde afuera de la casa dos granadas de fragmentación, con los resultados conocidos.

Obtenida así la individualización del autor del aludido evento y su probable identificación, pues al reverso de una de las fotografías aparecía manuscrito el nombre de “Rodolfo Lozano”, el instructor, el 2 de julio de 1996, se trasladó a las instalaciones del Batallón Contraguerrilla N° 44 del Ejército Nacional, con sede en Tunja (Boyacá), estableciendo que dicha persona respondía al nombre de ENDER RODOLFO LOZANO, de quien estaba en trámite un acto administrativo para retirarlo del servicio, por cuanto desde el 10 de junio del citado año se había ausentado sin regresar.

El 3 de julio siguiente un Fiscal Seccional abrió investigación y ordenó capturar a ENDER RODOLFO LOZANO con el fin de escucharlo en indagatoria, más como ello no se concretó, el 11 de enero de 2000 fue vinculado mediante declaración de persona ausente, decisión en la que se le designó defensor de oficio, pero dado que el profesional en quien recayó el nombramiento, pese a múltiples citaciones, no concurrió, el siguiente 31 de agosto fue delegado otro que se excusó de aceptar el cargo, razón por la que el 31 de septiembre de ese año le fue nombrada una abogada que compareció hasta el 20 de diciembre de dicha anualidad a posesionarse y notificarse de la declaración de ausencia.

El 8 de noviembre de 2002 la situación jurídica del implicado fue resuelta de manera provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva por homicidio agravado, lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, decisión contra la que el agente el Ministerio Público interpuso recurso de reposición en aras de que la conducta tipificada como lesiones, lo fuera por homicidio tentado, agravado, y para que se adicionara el delito de terrorismo, solicitud que el instructor acogió con pronunciamiento de 31 de diciembre siguiente, notificado por estado al procesado y su defensora; sin embargo, ese acto de notificación fue invalidado el 19 de febrero de 2003, y en la misma fecha se procedió a notificar personalmente a la defensora de oficio del implicado.

El 3 de marzo de 2003, por considerar perfeccionada la etapa instructiva, el fiscal seccional ordenó el cierre de la investigación, auto que se notificó en forma personal al agente del Ministerio Público y por estado a los demás sujetos procesales, empero, el 28 del mismo mes, al advertir el instructor que "...el sindicado no cuenta con defensa técnica...", anuló el último acto de notificación, y ante la inactividad observada por quien fungía como defensora, designó en su lugar otro abogado que se limitó a notificarse en la misma fecha de la clausura de la etapa instructiva.

Así, el 29 de abril de 2003, fue calificado el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra el procesado, en calidad de autor de homicidio y tentativa de homicidio, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo, y a la vez en concurso heterogéneo con terrorismo y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, de acuerdo con los artículos 27, 31, 103, 104, numerales 4° y 8°, 343 y 366 del Código Penal (Ley 599 de 2000), decisión notificada personalmente al Ministerio Público y al defensor de oficio, la que alcanzó ejecutoria el 20 de mayo siguiente al no ser impugnada.

De la causa asumió el conocimiento, el 28 de mayo de 2003 el Juzgado Cuarto Penal del

Circuito Especializado de Bogotá, cuyo titular, entre esa fecha y el 15 de diciembre, en dos ocasiones aplazó la audiencia preparatoria por inasistencia del defensor de oficio. Como el 7 de junio de 2004, ENDER RODOLFO LOZANO fue capturado en Bucaramanga, la aludida diligencia, fijada para el día siguiente, tampoco se llevó a cabo, como igualmente no fue posible evacuarla el 22 y el 11 de agosto siguiente por cuanto el defensor contractual en la primera oportunidad no concurrió y en la segunda, previamente renunció al cargo.

La audiencia preparatoria se realizó el 9 de septiembre de 2004, y en esta diligencia el titular del juzgado, tras advertir que la misma tenía como único fin señalar fecha para el debate oral y que era "...la última oportunidad que el acusado tiene para si bien lo considera asuma el trámite de sentencia anticipada con el consecuente beneficio...", no accedió a ordenar las pruebas que en memoriales de 11 de agosto y 2 de septiembre había solicitado el recién capturado, ni las que en esa audiencia éste pretendía invocar, con base en que cualquier solicitud al respecto ya era extemporánea.

El debate oral programado para el 13 de diciembre de 2004, no pudo iniciarse debido a compromisos académicos institucionales del fallador, quien entonces lo fijó para el 21 de febrero de 2005, fecha en la que comenzó la vista pública con la asistencia letrada del acusado por parte de un nuevo defensor público —por la renuncia del que en anterior ocasión le había designado la Defensoría del Pueblo—, desarrollándose el acto en cinco sesiones más, el 7 de marzo, 18 de abril, 3 y 17 de mayo, y 29 de junio de 2005.

Concluida la audiencia, hasta el 29 de septiembre de 2006 el juez profirió sentencia condenatoria contra ENDER RODOLFO LOZANO en calidad de autor penalmente responsable de las conductas punibles atribuidas en el pliego de cargos, y en tal virtud le impuso pena principal de cuarenta (40) años de prisión, y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de veintisiete (27) años; lo condenó a pagar

los perjuicios causados con las conductas punibles, de acuerdo con la tasación hecha en la parte considerativa, y le negó el subrogado penal.

De la reseñada sentencia apeló el defensor del procesado, y el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la suya de 16 de febrero de 2007, la confirmó, fallo de segundo grado contra el que dicho sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue oportunamente sustentado, y respecto del mismo rindió concepto el Delegado de la Procuraduría General de la Nación.

## LA DEMANDA

El demandante hace los siguientes cargos a la unidad jurídica inescindible compuesta por los fallos de primero y segundo grado: primero, al amparo del artículo 207, numeral 3°, del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), propone la nulidad de la actuación por desconocimiento la garantía de defensa del acusado; en segundó término, con apoyo en el mismo precepto, numeral 1°, cuerpo segundo, sostiene la violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de existencia y falso raciocinio en la valoración de las pruebas, lo cual determinó el desconocimiento del principio de in dubio pro reo, por cuanto no estaría demostrado en el grado que exige la ley que su prohijado es la persona autora de los sucesos; y en tercer lugar, aunque propuesto dentro del anterior, el libelista también alega la violación indirecta de la ley, por falso juicio de identidad en cuanto a la apreciación de las pruebas demostrativas de la clase de arma con la que se ocasionaron las lesiones y muerte de las víctimas, así como la motivación con la que probablemente habría obrado el ejecutor de la acción causante de esas conductas típicas.

## Cargo Principal

Al amparo de la causal tercera de casación, sostiene el actor que los fallos de primero y segundo grado fueron emitidos dentro de un juicio viciado de nulidad, por

desconocimiento del derecho de defensa del procesado.

Precisa que durante la fase instructiva y hasta antes de la audiencia pública el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica, ininterrumpida, integral y eficaz, por cuanto los abogados que lo representaron durante ese interregno, dejaron de recurrir las decisiones de fondo, no pidieron pruebas, no presentaron alegatos precalificatorios, y se mostraban reticentes a cumplir con las citaciones de los funcionarios judiciales, limitándose a comparecer a notificarse de las decisiones en las que así los requerían, inercia y abandono que no puede considerarse como una estrategia defensiva.

Destaca que la intervención de la defensa en la audiencia pública no subsana la anterior falencia, ni puede tenerse como acto idóneo que repare el agravio al encausado, toda vez que éste en esa diligencia, durante el interrogatorio a que fue sometido, negó cualquier participación en los hechos, manifestó que no conoce Bogotá, explicó que desde su retiro del Ejército Nacional permaneció siempre en la vereda Acapulco del municipio de Floridablanca, y en dicho acto procesal solicitó pruebas para demostrar todas esas circunstancias, pero las mismas no fueron decretadas porque para cuando fue capturado ya habían vencido los términos procesales para esa clase de peticiones.

Con base en lo anterior solicita que se reponga la actuación a partir del auto de cierre de la investigación, y que se conceda a su representado la libertad provisional.

### Cargos Subsidiarios

Con base en la causal primera de casación, el libelista alega la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de hecho consistente en falso juicio de existencia.

Indica que el vicio fáctico consistió en omitir la valoración del ticket de taxi expedido en la Terminal de Transporte de Bogotá, el cual se halla en la agenda encontrada en el lugar

de los hechos y que sirvió para la incriminación de su prohijado, toda vez que con dicho documento se demuestra que esa agenda llegó a esta ciudad el 4 de junio de 1996, en manos de alguien distinto del acusado, ya que para esa fecha éste aún se hallaba en la guarnición militar en la ciudad de Tunja, como consta en el oficio expedido en el Establecimiento Castrense, en el cual se indica que el procesado abandonó esas instalaciones hasta el 10 de junio de 1996.

Según el actor, de haberse valorado el aludido documento, en conjunto con las demás pruebas, surgiría la duda acerca de si en verdad el procesado se encontraba en Bogotá para el 22 de junio de 1996, fecha en que ocurrieron los hechos.

En acápite separado el demandante, al amparo de la misma causal, denuncia la ocurrencia de otro error de hecho, consistente en falso raciocinio.

Hace consistir el error en que del hecho probado de que el procesado no presenta tatuaje alguno en sus brazos, como señal particular que uno de los testigos indicó respecto del autor de los sucesos, el ad-quem infirió, con desconocimiento de las reglas de la ciencia y el sentido común, que la ausencia de tal signo no liberaba de responsabilidad al encausado, arguyendo que los tatuajes hoy en día no son indelebles y que el enjuiciado debió acudir a un procedimiento clínico para remover esa marca.

Sostiene que al razonar de esa manera el Tribunal desconoció que si bien es cierto hoy día la ciencia ha avanzado y permite la remoción de tatuajes, igualmente es verdad que de acuerdo con la misma de todas maneras en la piel siempre quedan vestigios notorios de la presencia de un tatuaje anterior y que, además, atendidas las condiciones económicas de su representado, la experiencia y el sentido común indican que éste no podría acceder a un costoso tratamiento para retirase un tatuaje.

Concluye el actor que si el fallador de segundo grado hubiera valorado el documento omitido y razonado acerca de la inexistencia del tatuaje con base en las leyes de la ciencia

y las máximas de la experiencia, esa apreciación en conjunto con la incriminación hecha a partir de las fotografías del acusado halladas en la agenda, no habría permitido arribar a la certeza de que él fue la persona que llevó a cabo el comportamiento que se le reprocha, y en consecuencia tendría que haber sido absuelto en aplicación del principio universal de in dubio pro reo.

Como un tercer cargo de carácter subsidiario, y nuevamente con apoyo en la causal primera de casación, el censor propone la violación indirecta de la ley sustancial, a raíz de un error de hecho consistente en falso juicio de identidad.

Señala el recurrente que el Tribunal, con base en los protocolos de necropsia de Carlos Humberto González Flórez y José Manuel Muñoz, y las actas de inspección de los respectivos cadáveres, concluyó que la muerte de los citados y de “Jesús Téllez Hernández” ocurrieron a consecuencia de heridas producidas por la explosión de una granada de fragmentación, conclusión que para el libelista no encuentra respaldo en los citados elementos de convicción, ya que en los mismos solamente se describe que las lesiones sufridas por los fallecidos fueron por esquirlas de un elemento explosivo, sin asegurar que se trató de una granada.

Respecto del delito de terrorismo y la circunstancia de agravación del homicidio deducida porque supuestamente el comportamiento se ejecutó con la anunciada finalidad, destaca el actor que en ambos casos se requiere que el sujeto activo obre con la intención inequívoca de realizar la clase de actos que dan lugar a la estructuración de la conducta típica.

Puntualiza que de acuerdo con las pruebas, en particular el testimonio de Pascual Riaño, los hechos, al parecer, se desencadenaron por un estado irascible del sujeto activo, motivado en las humillaciones de que fue objeto por parte de los contertulios con los que departía.

Indica, en conclusión, que por las dudas que surgen respecto del arma o artefacto con el que se causó el suceso y la motivación con la que obró el sujeto agente, es necesario proferir un fallo absolutorio a favor del acusado.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, acerca del cargo principal por nulidad, destaca que ya la Corte tiene decantados los presupuestos del derecho de defensa, caracterizándolo como intangible, permanente y real, y que si bien es admisible una estrategia de defensa pasiva, ello sólo es posible cuando existan elementos de juicio que evidencien una atenta vigilancia.

Tras recapitular el discurrir procesal desde la indagación previa hasta la primera parte del juicio, resaltando el abandono de los varios defensores de oficio y, a última hora, contractuales y públicos, que representaron al acusado, quienes no sólo dejaron de notificarse voluntariamente, de pedir pruebas, de interponer recursos, y presentar, en su momento, alegatos precalificatorios, el agente del Ministerio Público llega a la conclusión de que en este asunto, por las condiciones en que se desarrolló la asistencia letrada del enjuiciado, se materializó en forma clara una violación del derecho de defensa técnica, que obliga a invalidar lo actuado, como lo depreca el recurrente, desde el cierre de la investigación.

Se ocupa luego el representante de la Procuraduría de estudiar en forma separada y de acuerdo con la notación en que fueron propuestos, los tres errores de hecho que al amparo de la causal primera de casación alegó el demandante.

Acerca del falso juicio de existencia relativo al tiquete de taxi expedido en la Terminal de Transporte de Bogotá, considera que no hay certeza de que ese documento obrara en la actuación, y que aún aceptando que así fuera no se ve cómo tal documento podría modificar los razonamientos hechos en las sentencias, advirtiendo el Delegado que la

disertación del demandante no pasa de ser una personal apreciación de las pruebas que no logra derrumbar las consideraciones sentadas en los fallos atacados, y en consecuencia el cargo no debe prosperar.

Respecto del error de hecho por falso raciocinio indica que el libelista, no demostró la regla de la experiencia que invoca, esto es, que un procedimiento quirúrgico no pueda borrar un tatuaje; presumió y no demostró que el tatuaje que tenía el acusado el día de los hechos era de tal naturaleza indeleble que mediante un tratamiento no pudiera ser borrado; y no acreditó que por la escasez de recursos no pudiera el procesado acudir, pese a su interés, a un tratamiento para retirarse el tatuaje. Agrega que aun cuando el vicio de raciocinio encontrara demostración, por sí sólo no demuestra que los demás elementos de convicción valorados por el Tribunal no permiten concluir el acierto de la incriminación.

Al contrario de lo alegado por el censor respecto del susodicho yerro, el Ministerio Público encuentra que el ad-quem hizo un pormenorizado análisis de todos los elementos de convicción que permitieron concluir la identidad entre quien realizó las conductas de marras y el aquí procesado, razón por la que considerar que el reproche debe ser desestimado.

En cuanto al error de hecho por falso juicio de identidad el Delegado de la procuraduría, precisa que si bien las pruebas a las que se refiere el libelista expresamente no señalan que las heridas sufridas por las víctimas hayan sido consecuencia de la detonación de una granada, los vestigios hallados en el lugar de los hechos, las declaraciones de los lesionados sobrevivientes, el decomiso de una granada en el teatro de los hechos, e incluso la cantidad y naturaleza de las heridas, constituyen hechos indicadores debidamente probados, con base en los cuales y con acierto el fallador llegó a la conclusión de que la explosión en la que perecieron y resultaron heridas las distintas víctimas fue ocasionada por un arma de uso privativo de la fuerza pública,

consistente en una granada de fragmentación.

Por último, el Delegado propone casar de oficio el fallo de segundo grado, debido al desconocimiento del principio de non bis in idem. En concreto, estima que la atribución del delito de homicidio agravado por la naturaleza del medio empleado para causar el resultado (artículo 104-8, ley 599 de 2000) y la de terrorismo (artículo 343 ídem), implican la configuración del llamado delito complejo, que se soluciona a través de la aplicación del principio de consunción jurídica, ya que los elementos estructurales de este último, por labor del legislador fueron fusionados o incluidos como circunstancia de agravación del atentado contra la vida, quedando excluida la posibilidad de predicar un concurso material heterogéneo de conductas punibles.

Con base en lo anterior solicita casar el fallo en cuanto a la imputación por el delito de terrorismo y en consecuencia redosificar la pena que corresponde al procesado.

Igualmente solicita el Ministerio Público casar oficiosamente la sentencia acusada en cuanto a la pena accesoria, debido a que la duración por la que fue impuesta, veintisiete años, desconoce las garantías de legalidad y favorabilidad.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En atención al principio de prioridad que gobierna este recurso extraordinario, al cual se aviene el demandante, la Sala se ocupará del cargo por nulidad, pues observa, como lo propone el recurrente y lo hace notar el Delegado de la Procuraduría, que en el decurso del proceso se configuró una flagrante violación al derecho de defensa del acusado, de naturaleza trascendente, la cual obliga a la invalidación de lo actuado, quedando por lo mismo inhibida la Corte para estudiar los demás reproches formulados al amparo de la causal primera de casación.

2. El derecho a la asistencia jurídica cualificada durante la investigación y juzgamiento

escogida por el procesado o provista por el Estado, se encuentra consagrado como garantía fundamental en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), así como también en los artículos 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968).

Al constituir el derecho a la defensa técnica una garantía de rango superior, su eficacia no queda al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o del defensor público o contractual, ni se reduce a su designación sucedánea cuando el procesado no cuenta con un abogado de confianza, sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión, a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida, en pro de los intereses del inculcado<sup>1</sup>; en otras palabras, esa garantía debe ser controlada eficazmente por el director del proceso para que la asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite procesal, ya que sólo de esa manera se podrá aseverar el cabal e inobjetable respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

La Corte tiene definido<sup>2</sup> que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales: debe ser intangible, real o material, y permanente en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio o a través de la Defensoría del Pueblo; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva, y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones ni limitaciones. La no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, impone la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia.

En cada caso específico el juez debe realizar un control constitucional y legal en orden a verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa, y sólo cuando constate que éste, bien sea, por su contenido material o técnico le ha sido vulnerado, o porque el nombramiento ha recaído en una persona que no se encuentra acreditada como abogada, o que teniendo los conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos reales de gestión defensiva, o cuando en algún interregno del trámite procesal penal cumplido ha sido cercenada la asistencia letrada, el funcionario judicial está obligado a declarar la nulidad de la actuación.

Lo anterior es así, porque el menoscabo del derecho de defensa ha de ser sustancial para que constituya un vicio que deba ser corregido en casación por la Corte, trascendencia que se percibe siguiendo los principios definidos por la ley procesal penal y la doctrina en materia de nulidades.

Entre ellos, sobresale lo repetitivo que fue el legislador en cuanto a que la validez de la actuación no puede admitirse en detrimento del derecho de defensa, como garantía procesal que es, aún cuando el acto cumpla la finalidad o el sujeto reclamante haya coadyuvado con su conducta o anuencia en la formación de la irregularidad sustancial, toda vez que en tales casos la nulidad es la única forma de enmendar el vicio, dado que no es posible de otra manera resolver el conflicto, debiéndose regresar las cosas a su cauce normal, pues es obvio que la agresión a dicha garantía conlleva consecuencias que no pueden restablecerse sino con la invalidación de lo actuado<sup>3</sup>.

La Corte Constitucional, no ha sido ajena al tema del derecho de defensa en su jurisprudencia, y al respecto, por su armonía con lo atrás precisado, vale la pena traer a colación las siguientes reflexiones:

“El artículo 29 de la [Constitución Política](#), cuyo primer inciso ordena de manera genérica la

aplicación del debido proceso a todas las actuaciones administrativas y judiciales, particulariza posteriormente respecto del contenido de éste en determinados procedimientos y, en su inciso 4º, establece que los sindicatos tienen derecho a que los asista un abogado dentro de todo el proceso penal, esto es, tanto en la etapa de instrucción, como en la de juzgamiento. Tal garantía puede materializarse a través del nombramiento de un abogado por parte del sindicato —defensor de confianza— o mediante la asignación de un defensor de oficio nombrado por Estado.

“A su vez, en el proceso penal, el ejercicio concreto de la defensa está determinado por las facultades de la parte acusada, que son básicamente las de aportar pruebas, controvertir las allegadas al proceso e impugnar las providencias proferidas dentro del mismo.

“Por otra parte, nuestro sistema de procedimiento penal acepta que se procese penalmente a un sindicato en su ausencia, posibilidad que, como ya lo ha establecido esta Corporación, encuentra plena aceptación a la luz del ordenamiento constitucional.<sup>4</sup> Ello requiere, empero, que dentro del proceso, los derechos e intereses de la persona ausente estén representados por un abogado defensor que, en la medida en que ello sea posible, aporte y controvierta pruebas e impugne las decisiones judiciales. El ejercicio de la función de defensoría de oficio de una persona ausente presenta ciertas dificultades específicas, pues la inasistencia del sindicato al proceso, además de imposibilitar la defensa material, limita las posibilidades de llevar a cabo una adecuada defensa técnica. Esto implica que, en estos casos, los defensores de oficio, —abogados titulados—, deben ser particularmente diligentes y por tanto, responden hasta por culpa levísima, correspondiente al nivel de experto, pues están representando los intereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismo sus derechos.

(...)

“Desde esta perspectiva la Corte ha considerado que se entiende violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes elementos:

“i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

“ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

“iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales.

“Así las cosas, frente a una presunta vulneración del derecho fundamental a una defensa técnica, es necesario estudiar cada caso concreto para evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del mismo.”<sup>5</sup>

3. Acerca de la función que el Estado desarrolla mediante el aparato judicial, dirigida a hacer efectiva su potestad punitiva respecto de comportamientos que han vulnerado o puesto en peligro bienes jurídicamente tutelados, la doctrina señala que esa actividad estatal puede,

“...ser refutada de dos maneras diferentes y paralelas: una, mediante la denominada defensa material, que es la que se lleva a cabo por el mismo imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. (...) Paralelamente a esa defensa, se adhiere como exigencia necesaria en el proceso penal la defensa técnica, que es la ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad.”<sup>6</sup>

Sin embargo, ese carácter obligatorio de la defensa técnica no es suficiente para que en el proceso penal pueda reputarse como cabalmente satisfecha la respectiva garantía constitucional, pues además debe ser efectiva, es decir, no basta con que al imputado se le de la oportunidad de contar con un abogado que lo asista y lo represente en la investigación y en el juicio, sino que se exige que sea real o material, esto es, traducida y perceptible en actos de gestión que la vivifiquen, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia, y lo entiende la doctrina al indicar que,

“Insoslayablemente debe ser un contraste o antítesis cuestionadora de la incriminación.

Es imprescindible que el defensor agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de derecho. Pues va de suyo que la actividad del defensor que se allane, preste conformidad u omita cuestionar fundadamente algún extremo relevante de la acusación, equivale no sólo a una omisión de defensa en sí, sino además a trocar la posición para la cual está precisamente destinado, pues con tales posturas, que al fin son coadyuvantes a la acusación, se termina ubicando al imputado en peor situación que si la defensa se hubiese omitido.

(...)

“Si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no lo releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo. (...) La imperativa forma que los actos de defensa técnica deben reunir para satisfacer la garantía constitucional (son) su necesidad, obligatoriedad, realización efectiva y con contenido fundado en una crítica oposición a la tesis acusatoria. Toda defensa que no se consume bajo esos parámetros viola la garantía en cuestión y con ello el debido proceso legal, lo cual debe conducir, en tal caso, a la nulificación del proceso”<sup>7</sup>

4. Descendiendo las anteriores precisiones jurisprudenciales y doctrinarias al caso sometido a estudio, ante la evidencia procesal, la Sala concluye que le asiste razón al demandante al asegurar que el aquí acusado careció durante la fase instructiva y buena parte del juicio de defensa, tesis acogida por el Ministerio Público para coadyuvar la petición de casar la sentencia y decretar la nulidad del proceso.

4.1. En efecto, la presente actuación, desde la apertura de la investigación y hasta el inicio del debate oral propiamente dicho, estuvo signada por un lánguido desfile de al menos seis abogados que nada hicieron por representar de manera idónea, seria, real y permanente los intereses del procesado, sin que la circunstancia de haber estado ausente aquél constituya motivo que justifique la inercia e indiferencia de los letrados frente al trámite procesal.

Obsérvese que el abogado designado para representarlo desde su declaración de ausencia, el 11 de enero de 2000, fue renuente y no compareció a tomar posesión, razón por la que el 31 de agosto siguiente el funcionario nombró otro letrado que se excusó de

aceptar el cargo por llevar varias defensas de oficio; en consecuencia, el 31 de septiembre sobrevino el nombramiento de otra abogada, que hasta el 20 de diciembre de 2000 concurrió a posesionarse y notificarse de la declaración de persona ausente (f. 232, 236, 247, 249, 251, 253, 261 y 262 cuaderno # 1).

Luego de esa actuación de la abogada, que sirvió exclusivamente para impulsar la ejecutoria del auto mediante el cual se vinculó al procesado, la defensora no desarrolló ni materializó acto alguno de gestión propio del cargo, limitándose a reaparecer, por apremio de la Fiscalía, dos años después, el 9 de diciembre de 2002, para notificarse de la resolución que definió la situación jurídica de quien estaba en la obligación de representar, sin importarle que para esa fecha, contra tal pronunciamiento, el Ministerio Público había interpuesto y sustentado una impugnación tendiente a desmejorar los intereses del sumariado (f. 288 cuaderno # 1, y 7 y 11 cuaderno # 2).

La abogada simplemente guardó silencio y tampoco se ocupó de estar pendiente del sentido en que fuera resuelta la pretensión del agente de la Procuraduría, acogida en su integridad por el instructor en auto de 31 de diciembre de 2002, del que no se notificó personalmente, sino por estado, acto que invalidó el fiscal, percibiendo la inercia de la letrada, y ordenó su notificación personal, como en efecto ocurrió el 19 de febrero de 2003 (f. 13, 20, 21, 33 y 34 cuaderno # 2).

Sin embargo, de nada valió esa reconvención a la abogada, pues cerrada la investigación el 3 de marzo siguiente, como a aquella no le asistía interés de desempeñar su función, no volvió a comparecer al proceso, razón por la que el 28 del citado mes la fiscal invalidó la notificación por estado de la clausura del ciclo instructivo, por cuanto advirtió que el procesado “carecía de defensa técnica”, y en consecuencia designó otro abogado al cual notificó personalmente, en esa fecha, de la aludida decisión (f. 37, 39, 40, 49 y 50 cuaderno # 2).

No obstante, ese abogado, como su antecesora, nada hizo en desarrollo de su labor como defensor, toda vez que no presentó alegatos de conclusión, limitando su ejercicio a la notificación personal, previa citación, de la resolución de acusación de 29 de abril de 2003, contra la que tampoco interpuso recursos (f. 67, 72 y 73 cuaderno # 2).

Lo anterior revela, simple y llanamente, que durante la fase de investigación, verificada entre el 3 de julio de 1996 y el 29 de abril de 2003, dilatada por demás, como que se extendió por espacio de seis años y nueve meses, cuando no podía durar mas de treinta meses, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos<sup>8</sup>, no existió una defensa técnica real, tangible y traducible en actos que revelaran, al menos, una estrategia de defensa pasiva pero expectante.

En la etapa de la causa la situación tampoco varió con relación a lo ocurrido durante la instrucción, ya que el letrado que formalmente venía asistiendo al acusado, no desarrolló gestión durante el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), y pese a que fue citado en dos ocasiones para celebrar la audiencia preparatoria, dejó de asistir sin excusa, ocasionando su aplazamiento, y en la tercera fecha en que fue requerido para ese acto, presentó un memorial, el 12 de febrero de 2004, exigiendo se le recordara un día antes de su realización porque estaba “colaborando de oficio” y la diligencia había sido programada con seis meses de antelación, para el 8 de junio siguiente, lo cual, en otras palabras, como lo resalta el Ministerio Público, implica que el abogado no estaba interesado en realizar labor alguna en beneficio de los intereses de su representado antes de la señalada fecha (f. 4, 10, 11, 13, 13, 18 y 21 cuaderno # 3).

El acusado fue capturado, con ocasión de este proceso, el 7 de junio de 2004, circunstancia que el juez tuvo como fundamento para aplazar la audiencia preparatoria, la cual tampoco se pudo llevar acabo el 22 de ese mes por inasistencia del defensor contractual, ni el 11 de agosto siguiente por renuncia del mismo profesional (f. 25,

29, 38, 48 y 49 cuaderno # 3).

Finalmente, el 9 de septiembre de 2004 se tramitó la audiencia preparatoria, con la intervención de un abogado de la Defensoría del Pueblo, diligencia en la que el juez se limitó a fijar fecha para el debate oral, advirtió al procesado que esa era la última oportunidad que tenía para acogerse al trámite de sentencia anticipada, y no accedió a practicar las pruebas que en ejercicio de su defensa material el acusado había solicitado previamente a través de sendos memoriales (f. 54 a 64 cuaderno # 3).

No puede desconocerse que en el debate oral propiamente dicho, iniciado el 21 de febrero de 2005, otro defensor público, este sí acucioso, asistió al acusado, y que a instancia del juez se ordenó la ampliación de testimonio de las víctimas sobrevivientes del suceso de marras y el reconocimiento en fila de personas por parte de estas, diligencias que, dicho sea de paso, nada aportaron, pues por el paso de los años los testigos no pudieron ratificar el señalamiento en cabeza del procesado como autor de los hechos, quedándose, en cambio, sin constatar todas las manifestaciones que en relación con el comportamiento atribuido hizo en su única intervención en el proceso para probar su inocencia.

En efecto, durante su interrogatorio en la audiencia pública el procesado manifestó que desde cuando abandonó las filas del Ejército Nacional, hasta la fecha de su captura, residió en la vereda Acapulco, del municipio de Floridablanca (Bucaramanga), que nunca había venido a Bogotá y que la agenda hallada en el teatro de los acontecimientos le había sido hurtada con otras pertenencias en el Batallón; en la vista oral se estableció que el aprehendido no presentada el “tatuaje” que en uno de sus brazos, como señal distintiva, había referido el testigo que lo incriminaba como responsable del evento delictivo; además, como la defensa solicitó la exhibición de la referida agenda, y tal elemento había permanecido extraviado en la Fiscalía sin auscultar, cuando fue posible su aporte al debate, en ella se encontraron documentos que

el procesado rechazó como de su propiedad, anotaciones que dijo no corresponder a su puño y letra, incluso la cédula de ciudadanía perteneciente a José Manuel Muñoz, fallecido en los lamentables hechos.

Esas y otras circunstancias advertidas por el enjuiciado quedaron sin esclarecer, por su tardía vinculación y la inercia de los abogados que antecieron a quien en este recurso representa los intereses del procesado, inactividad que pudo ser enmendada por el juez, pero éste, en un excesivo formalismo a los términos, por haber precluido la oportunidad para solicitar pruebas, no accedió a practicar las que al inicio del debate oral quisieron proponer la defensa y el acusado (f. 92, 93, 101, 102 y 103 cuaderno original # 3).

4.2. La anterior circunstancia, consistente en la ausencia de defensa técnica durante una fase basilar del proceso, como lo es la de instrucción, es trascendente para concluir la invalidez de la actuación desde ese estadio, pues aun cuando el instructor se ocupó en designar de manera sucesoria abogados que representaran al inculcado, lo cierto e indiscutible es que los aludidos profesionales cumplieron un papel simplemente formal, nominal, sin involucrarse en el cabal desarrollo de sus funciones, sin que pueda decirse que por la contumacia del procesado no tenían otra alternativa para cumplir con el cargo confiado.

En aras de evidenciar la trascendencia del abandono y desprotección del procesado por parte de sus defensores de oficio en la fase instructiva, la Sala se ve precisada a resaltar que si aquellos hubieran puesto un mínimo de interés en el cumplimiento de su función, se habrían percatado de que la vinculación de aquél como persona ausente era discutible por no haber agotado en debida forma el Estado los recursos a su alcance para obtener que compareciera en forma personal.

En efecto, la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal mediante

indagatoria, sino residual o supletorio, al que únicamente puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material<sup>9</sup>, acorde con lo establecido en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991. Ley 600 de 2000, artículos 332 y 344).

En desarrollo de la actividad dirigida a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, al Estado le asiste la obligación de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone, de suerte que la opción de adelantar el proceso en ausencia de aquél, obedezca a que: o no fue posible su localización, pese a haberse acudido a los medios disponibles para lograrlo; o que habiendo sido informado, asume una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria<sup>10</sup>.

Consecuente con lo anterior, la ley prevé el cumplimiento de algunos pasos previos a la vinculación en ausencia, son ellos: citación a indagatoria, orden de captura, y emplazamiento, constituyendo cada uno presupuesto indispensable del siguiente, aun cuando del primero puede prescindirse cuando el delito por el que se procede permita librar directamente la orden de captura, o no haya sido posible establecer la dirección concreta del implicado (Decreto 2700 de 1991, artículos 356, 375 y 376, y Ley 600 de 2000, artículo 336).

Sin embargo, para que el acto de vinculación en ausencia garantice el derecho de defensa, lo importante no es simplemente que se cumplan los pasos señalados, sino que el funcionario judicial realice las gestiones necesarias para establecer el lugar o dirección donde puede ser localizado el imputado, y que los datos obtenidos sean incluidos correctamente en las citaciones telegráficas, y en las comunicaciones enviadas a los organismos de seguridad encargados de su localización o captura, pues de nada sirve que en el expediente aparezca registrado el lugar de residencia del implicado, si estos

datos son ignorados por el órgano judicial, o equivocadamente transmitidos a las entidades encargadas de su búsqueda.

En el presente evento, ha de recordarse que para el 3 de julio de 1996 ya se había logrado individualizar e identificar al probable autor de los hechos de marras, y por ello se ordenó la apertura de la investigación, pero, el Estado demoró tres años y seis meses, hasta el 11 de enero de 2000, para ordenar la vinculación legal del procesado mediante de declaración de persona ausente, sin que durante ese lapso la Fiscalía hubiese desarrollado una actividad diligente y razonable para enterar al imputado del inicio de la investigación, no obstante que con base en la inspección efectuada al Batallón del Ejército Nacional al que perteneció, obtuvo copia de su hoja de vida, en la que aparecían, no sólo los datos de su lugar de residencia en el municipio de Floridablanca (Santander), sino también los de sus familiares más próximos (f. 68 a 75 cuaderno # 1).

Ahora bien, no obstante que los delitos de los que este proceso se ha ocupado autorizaban impartir directamente orden de captura para efectos de la indagatoria, se constata una actuación ligera por parte del funcionario, toda vez que al momento de la apertura de la investigación tan sólo libró una orden de captura al jefe de la respectiva dependencia en el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, lo cual no redundó en una labor efectiva y suficiente para la vinculación personal del sumariado (f. 81, cuaderno # 1).

Obsérvese que por ausencia de resultados de ese requerimiento de captura, al cual no le dio respuesta el C.T.I., el 30 de marzo de 1999 el fiscal dispuso reiterar la solicitud, esta vez con destino al DAS y la DIJIN, empero, en las respectivas órdenes no incluyó los datos relativos al domicilio y lugar de residencia del procesado (f. 207, 209 y 210 cuaderno # 1); así sin posibilidad de hacer efectiva la captura, por la omisión del domicilio, al no recibir respuesta de las autoridades a quienes se encomendó ejecutarla, el fiscal procedió a emplazar y declarar persona ausente al implicado.

Es incuestionable que al Estado, por tener a su servicio los organismos de seguridad y las diversas agencias de investigación e inteligencia, le asiste la responsabilidad de usar apropiadamente la información que posea para la localización de cada sindicado o de recaudar esa información si no la tiene. En todo caso el deber procesal de vinculación es suyo y es por tanto a quien le compete realizar las gestiones materiales suficientes en virtud de cuyo fracaso se imposibilita hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria. También es cierto que a ello le caben dos excepciones: la de aquellos que notoriamente se hallan en rebeldía, a ciencia y paciencia propias; y, la quienes cuya captura se torna en requerimiento público o suficientemente conocido, de modo que no puede haber lugar a que el proceso se construya a espaldas suyas, pero aún en esas hipótesis, la evidencia de su postura debe ser diáfana en el trámite mismo y no puede suponerse, ni fundarse en juicios puramente subjetivos.

Respecto de este tema se ofrece oportuno reiterar el siguiente antecedente jurisprudencial elaborado por la Corte en un caso similar:

“Ahora bien, en cuanto a ese trámite debe recordarse que en tratándose de una persona que no ha podido ser localizada, es necesario que se agoten las pesquisas adelantadas por las autoridades policivas para lograr su captura y que haya avisado negativamente sobre los esfuerzos realizados; o tratándose de sindicatos que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar el respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa, en la medida en que la posibilidad de ejercerlo es mayor con la presencia física dentro del proceso; así lo han reiterado el propio legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Es por ello que proceder a realizar emplazamiento y a la posterior declaratoria de ausencia, sin que previamente se hubieran hecho los esfuerzos de búsqueda además de que quebrantan el debido proceso,

vulneraría el derecho de defensa, porque se estaría dando carácter de contumaz a quien posiblemente sí tiene interés en presentarse ante las autoridades para ejercer la defensa material y disponer de los auxilios profesionales pertinentes para garantizar la defensa técnica. Aún en el caso de que el sindicado sea renuente a tal presentación personal ante las autoridades de la justicia, al Estado le corresponde finalmente el deber de garantizar el derecho de defensa, realizando todos los esfuerzos para lograr la captura y que con ella se cumpla una de sus múltiples finalidades, la de procurar la presencia física del sindicado en el proceso y de esa manera darle todas las garantías legalmente previstas en relación con la real existencia de una defensa material y técnica”<sup>11</sup>.

4.3. Recapitulando se tiene entonces que, en alguna medida, por ineficacia de los organismos estatales, se dio la vinculación en ausencia del procesado, lo que permitió el adelantamiento del proceso a sus espaldas, sin que pudiera ejercer el derecho de defensa material, y además tampoco fue el Estado capaz de garantizar que en el mismo trámite, o al menos durante la mayor parte de éste, el implicado contara con una defensa técnica, real, eficaz y permanente.

Ha de recordarse que el proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejerce su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, empero, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, pues la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del fiscal, el juez y las partes.

Esa manera en la que se encuentra ordenado el debate procesal, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñida a los principios impuestos por la [Constitución Política](#), como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en

inconstitucional, debiendo acudir al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación

Reconocido por la Carta el derecho de defensa con carácter de fundamental, su ejercicio está regido por ella y por la ley, y la condición reconocida de sujetos procesales tanto del sindicado (para su defensa material) como del defensor (responsable de la defensa técnica), dentro de un proceso como el penal cobra una especial significación, en la medida en que éste cada vez mas evoluciona, como corresponde a la organización Constitucional del Estado social de derecho (artículo 1), hacia un trámite caracterizado por la participación activa de los sujetos procesales. Por lo tanto, esa condición de sujetos que la Ley procesal le reconoce a quienes intervienen en el proceso penal, no es una definición vacía de contenido sino que al contrario se nutre de obligaciones y derechos, cuya precisión y alcance se define por la fase del rito en la que se actúa y las características de la diligencia en la que se interviene.

A partir de tales caracterizaciones del proceso penal, en un sistema como el colombiano, en el cual la función de acusación está en cabeza del Estado, el ejercicio de esos derechos sólo es posible si al procesado se le ofrecen las garantías e instrumentos necesarios para su ejecución, y se le brinda la oportunidad de enfrentar en condiciones de igualdad a su contraparte: el Estado, el cual debe permitirle, sin cortapisas, desarrollar a plenitud su derecho fundamental de defensa, en su carácter dual, esto es, tanto material, como técnica.

La definición del proceso penal como un trámite caracterizado por su bilateralidad, no es simplemente teórica, sino que constituye una acepción llena de contenido por cuanto esa es la única naturaleza que permite avenir el proceso penal a la Constitución y la ley. De ahí que sea obligación del Estado establecer esa relación jurídica bilateral y generar los actos para que si llega a ocurrir el extrañamiento personal del procesado, sea fruto de su decisión voluntaria o de la física imposibilidad de hacerlo comparecer, sin que ello licencie

el descuido de su derecho a la asesoría técnica, aún en su ausencia.

Consecuente con lo expuesto, si como aquí ocurre, no se construyó un proceso de partes por cuanto el imputado no tuvo la oportunidad de constituirse en tal, y quienes lo representaron abandonaron sus deberes para fungir de manera eficaz, real y permanente en pro de los intereses de aquél, mostrándose indiferentes a la pretensión punitiva de la Fiscalía, se trató entonces, no de un proceso, sino de la actuación unilateral de una parte: el Estado, en contra de otra: el sindicado ausente.

Esa unilateralidad injustificada pone de presente un desbalance de la actuación penal, en cuanto se estableció deficientemente la relación jurídica que caracteriza el proceso penal, única forma en que la Constitución y la ley reconocen como válido y auténtico el ejercicio del derecho de defensa. Es allí en la oportunidad de construcción de ese balance procesal, Estado - defensa (material y técnica), donde se define la medida y límite del deber estatal de establecimiento de la relación jurídica procesal.

La decisión de la Fiscalía, de emplazar al procesado de manera tardía y sin antes haber agotado de manera razonable, por todos los medios a su alcance, la localización del procesado, indiscutiblemente limitó de manera severa su derecho a una defensa material e incluso le impidió designar defensor técnico de confianza, sumándose a lo anterior la injustificada inercia y abandono de los deberes profesionales de los abogados designados de oficio para representarlo. La posibilidad de ejercitar el procesado su derecho de defensa en su concepción dual se materializó muy avanzada la etapa de la causa, antes de ello y durante todo el sumario, se le privó de esa facultad, resquebrajando con ello seriamente el contradictorio durante las fases de investigación y calificación, y posteriormente durante parte del juicio.

En conclusión, como las anotadas irregularidades proyectaron sus consecuencias en la garantía de la defensa, es ésta la que debe restablecerse desde un momento procesal

oportuno, que para la Sala se consigue retrotrayendo la actuación a la fase del sumario.

En consecuencia, se casará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, declarando la nulidad de lo actuado a partir inclusive del cierre de investigación, comprendiendo todos los actos que dependan de él, menos los de prueba.

Dado que el procesado ENDER RODOLFO LOZANO se encuentra cobijado con medida de detención preventiva por cuenta de este proceso, con fundamento en el artículo 365, numeral 4°, inciso segundo, 366 y 368 de la Ley 600 de 2000, se le concederá libertad provisional, garantizada mediante caución prendaria que la Sala fijará en el equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, atendidas las condiciones económicas del procesado y la gravedad de las conductas punibles que se le imputan.

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

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 16 febrero de 2007, mediante la cual confirmó la condena emitida contra de ENDER RODOLFO LOZANO, en razón de la prosperidad del cargo principal formulado en la demanda interpuesta por el defensor de aquél.
2. DECLARAR LA NULIDAD del proceso, inclusive, desde la resolución de 3 de marzo de 2003 mediante el cual se dispuso el cierre de la investigación, momento a partir del cual deberá reponerse la actuación con pleno respeto del derecho a la defensa del procesado.
3. ORDENAR la libertad provisional de ENDER RODOLFO LOZANO, previa verificación

de que no sea requerido por otra autoridad judicial. Para recibir la caución prendaria, suscribir la correspondiente acta de compromiso y librar la respectiva boleta de libertad se comisiona al Juez de Primer Grado.

4. Devuélvase la actuación a la Fiscalía de conocimiento, para lo de su cargo.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Comisión de servicio

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Impedida

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÊS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Sentencias de 11 de julio y 6 de septiembre de 2007. Radicaciones N° 26827 y 16958, respectivamente.

2 Cfr. Sentencia de 19 de octubre de 2006. Proceso N° 22432.

3 Cfr. Sentencias de 22 de junio de 2006 y 6 de septiembre de 2007, Radicaciones N° 22304 y 16958, respectivamente.

4 Sentencia C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Cfr. Fallo de tutela T-957 de 17 de noviembre de 2006.

6 JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. Rubinzal-Culzoni Editores. 2005. Pág. 154 y 155.

7 Ob. Cit. Pág. 158, 160 y 161.

8 Decreto 2700 de 1991, artículo 329, modificado por el 42 de la Ley 81 de 1993. De acuerdo con la Ley 600 de 2000, artículo, 329, el término máximo es de veinticuatro meses.

9 Cfr. Sentencias de 6 de junio de 2002 y 12 de mayo de 2004, Radicaciones N° 14722 y 19421, respectivamente.

10 Cfr. Sentencia de 18 de diciembre de 2000, Radicación N° 12780.

11. Sentencia de 30 de abril de 1993, en Gaceta Judicial No. 2.463, primer semestre de 1993, Volumen II, página 826.