

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP15868-2016

Radicación N° 44943

Aprobado acta N° 346

Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Sala el recurso de casación presentado en nombre de LEOMAR GAMEZ VERA, contra la sentencia proferida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la cual fue confirmada la del Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití (Bolívar), por cuyo medio aquél y Luis Alberto Rojas Muñoz, Juan Carlos Gómez Ramírez y Jhon Alexander Ríos Esparsa, fueron declarados coautores responsables de homicidio y lesiones personales en persona protegida.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. El 24 de octubre de 2006, en horas de la madrugada, llegó al corregimiento de Norosí, municipio Rio Viejo (Bolívar), el sargento segundo del Ejército Nacional, Ramiro Cujaban Torres¹, al mando, entre otros, de los soldados regulares LEOMAR GAMEZ VERA, Jhon Alexander Ríos Esparsa, Juan Carlos Gómez Ramírez y Luis Alberto Rojas Muñoz², en cumplimiento de la “Misión Táctica de Control Militar Soberanía III”.

Después de que la tropa hizo presencia en el caserío en diversas actividades, al finalizar

la tarde, tras instruir el citado suboficial a sus escuadras para ubicarse en sitios estratégicos de la localidad, aquél y los cuatro aludidos soldados se dirigieron a un cerro adyacente a la quebrada Norosí, distante del pueblo a unos diez minutos; allí observaron, a eso de las 8:00 p.m., por entre la vegetación, luces de linternas que parecían hacerse señales de una orilla a otra de la cañada. Cujaban Torres ordenó a un soldado hacer la proclama de rigor en dos ocasiones para identificarse, y como no obtuvo respuesta y las luces se apagaron, ordenó “hacer algunos disparos disuasivos” en dirección al arroyo, en espera de que si eran unidades del “enemigo” tendrían que “contestar el fuego”.

Los soldados GAMEZ VERA, Rojas Muñoz y Gómez Ramírez acataron la orden y cada uno accionó su fusil de dotación (AR GALIL, calibre 5.56x45mm), una o dos veces, tiro a tiro, hacia la quebrada, mientras Ríos Esparsa vigilaba un sendero por donde suponían saldrían los “enemigos” hostigados.

Sin embargo, tras las descargas, escucharon la voz de alguien que gritaba “no disparen somos civiles”, y al descender los militares a verificar lo ocurrido, a trescientos metros de donde estaban, encontraron el cuerpo sin vida de Leber Enrique Castrillón Sarmiento, el cual presentaba una herida por arma de fuego³, quien en compañía de sus hijos M. C. F., y M. E. C. F., estaba en el río en labores de pesca, para lo cual los jóvenes, cada uno con una linterna, iluminaba el lugar hacia donde aquél lanzaba la atarraya, la apagaban, y luego volvían a encenderla para verificar los frutos atrapados en la red.

El último de los aludidos jóvenes también resultó herido con un fragmento (recuperado) de proyectil que le impactó los tejidos blandos de la rodilla derecha, a consecuencia de lo cual se le dictaminó una incapacidad definitiva de veinte (20) días y como secuelas, por la “cicatriz irregular y ostensible que afecta la estética del cuerpo”, deformidad física de carácter permanente⁴.

2. El sargento segundo Cujaban Torres presentó ante su superior un informe en el que puntualizó los reseñados sucesos, cuyo esclarecimiento, en principio, lo asumió el Juez Treinta y Ocho de Instrucción Penal Militar, no obstante que de manera paralela la investigación de los mismos también fue avocada por la Fiscalía Cuarenta y Cinco Delegada ante el Juzgado Promiscuo de Río Viejo, cuyo titular luego remitió a la citada autoridad las diligencias que adelantó, al estimar que eran de competencia de esa Jurisdicción⁵.

3. Los mencionados militares comprometidos en los eventos fueron escuchados en indagatoria, excepto Luis Alberto Rojas Muñoz, quien fue vinculado por declaración de persona ausente, y mediante decisión de 16 de enero de 2007 el Juez Treinta y Ocho de Instrucción Penal Militar les resolvió su situación jurídica en el sentido de imponer únicamente a Cujaban Torres medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación por los delitos de homicidio y lesiones personales en modalidad culposa, en tanto que a los demás se abstuvo de infligirles cautela alguna en relación con los señalados acontecimientos⁶.

El 9 de noviembre de 2007, la Fiscalía Treinta y Tres Especializada, adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (UNDH-DIH), reclamó el conocimiento de los hechos y propuso ante el Juez Penal Militar colisión de competencia positiva, pretensión que al ser rechazada por éste fue resuelta el 6 de febrero de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de asignarla a la Fiscalía Especializada, pues estimó que los uniformados “pudieron haber desconocido el principio-deber de distinción” del DIH “que les imponía verificar que no se tratara de personal civil”, además que ignoraron el “decálogo de las armas de fuego”, y por lo tanto su “garantía foral” quedaba “seriamente en duda” ya que “este tipo de comportamientos se apartan diametralmente de la misión constitucional

encomendada a la Fuerza Pública”7.

4. Sin adelantar pruebas distintas a las practicadas en su oportunidad en la Jurisdicción Militar, el 27 de diciembre de 2010 el Fiscal Treinta y Tres UNDH-DIH de Barranquilla declaró cerrada la investigación y mediante providencia de 30 de junio de 2011 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Cujaban Torres —no obstante que respecto de éste su defensor allegó un registro civil de defunción—, GAMEZ VERA, Rojas Muñoz, Gómez Ramírez, y Ríos Esparsa, en calidad de “probables autores dolosos” de los delitos de homicidio y lesiones personales en persona protegida (Ley 599 de 2000, artículos 135 y 136), al considerar que los acontecimientos “no fueron producto de un azar sino de una bien organizada acción cuyo único fin era presentar un resultado positivo a costa de lo que fuera, pues de otra manera no se entiende cómo un pelotón del Ejército dispara contra unas luces sin verificar la calidad de sus portadores, (...) [los militares] causaron el insuceso (sic) para presentar un resultado positivo ante sus jefes y obtener unos reconocimientos inmerecidos...”8.

5. La fase de la causa se adelantó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Simití (Bolívar), cuyo titular, el 16 de noviembre de 2012, ordenó la extinción de la acción penal respecto de Cujaban Torres con base en la acreditación de su fallecimiento, y declaró a GAMEZ VERA, Rojas Muñoz, Gómez Ramírez, y Ríos Esparsa “coautores responsables” de los delitos imputados en el pliego de cargos.

En consecuencia, a cada uno de los sentenciados le impuso las penas principales de trescientos noventa y cinco (395) meses de prisión y multa equivalente a dos mil quinientos veinte (2.520) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de veinte (20) años; además, les negó los subrogados penales, y como varios familiares de las víctimas directas se constituyeron en Parte Civil, pretendiendo la

condena de la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por los perjuicios ocasionados, el fallador reconoció la correspondiente obligación y sentenció a la demandada al pago de daños materiales y morales en favor de la esposa, hijos, progenitora y hermanos de los afectados⁹.

6. Del expresado fallo apeló el defensor del procesado GAMEZ VERA, así como la apoderada de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió la impugnación el 26 de abril de 2013, en el sentido de revocar la vinculación y condena de la entidad accionada frente a la pretensión civil, y confirmar la declaración de responsabilidad penal de los acusados, sentencia de segundo grado contra la cual la asistencia técnica del citado procesado interpuso y sustentó oportunamente recurso de casación, cuya demanda la Corte admitió¹⁰.

II. LA DEMANDA

7. El apoderado de LEOMAR GAMEZ VERA propuso dos reproches: uno con base en la causal tercera de casación, por considerar que el fallo se produjo en un juicio viciado de nulidad, y otro, subsidiario, con sustentó en la causal primera, cuerpo primero, por violación directa, cuyos fundamentos se sintetizan a continuación.

7.1. Acerca de la invalidez de la actuación sostiene, en primer lugar, que su representado careció durante toda la actuación de defensa técnica, pues en la instrucción los abogados que ejercieron en tal condición no desplegaron actividad alguna que indique gestión real y concreta en favor de los intereses del acusado, y en el juicio el profesional designado de oficio para representarlo cumplió una labor que el casacionista califica como incompetente.

Puntualiza que a la inexistente o deficiente labor por parte de los abogados que lo antecedieron, debe sumarse que a su representado tampoco se le garantizó la

oportunidad de ejercer la defensa material, ya que para enterarlo de las decisiones tomadas en desmedro de sus intereses no le fueron enviadas citaciones a la dirección que suministró cuando rindió indagatoria, y a pesar de ser militar activo tampoco se intentó ubicarlo a través del Ejército Nacional.

Con base en lo anterior, solicita casar la sentencia de segunda instancia, y declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir del cierre de investigación.

7.2. De manera subsidiaria el memorialista denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 22 del Código Penal, habida cuenta que a su prohijado le dedujeron responsabilidad a título de dolo frente a los delitos de homicidio y lesiones personales en persona protegida, no obstante que los hechos reconocidos en los fallos acreditan que la conducta de su asistido fue culposa, por lo que la atribución debió hacerse con sustento en el artículo 23 del Ordenamiento Penal Sustantivo.

Luego de diversas citas de doctrina y jurisprudencia el censor advierte que de acuerdo con el acontecer fáctico decantado en la actuación y que fue reconocido en los fallos, su representado no actuó con la intención de causar daño alguno en la vida o integridad de personas civiles.

Advierte que ello es así porque, con sujeción a lo probado, su asistido cumplió la orden de su comandante de realizar unos disparos disuasivos, sin que pudiera representarse el resultado muerte o lesión de los pescadores que se hallaban en la quebrada, de una parte, porque como lo indicó en su injurada, él y los otros soldados no dispararon en dirección hacia donde habían visto las luces, y de otra, porque teniendo en cuenta que los habitantes de la población sabían de la presencia de tropas del Ejército Nacional en la localidad, y la hora en que se desencadenó el suceso, la posibilidad de que en ese sector se encontraran civiles era remota.

Destaca que de acuerdo con las versiones suministradas en indagatoria por su prohijado y los otros implicados, la acción emprendida en desarrollo del operativo militar puede calificarse de imprudente, si se tiene en cuenta que aquéllos coinciden en que no tenían equipamiento adecuado, como radio de comunicaciones, porque éste se les había averiado, ni lentes de visión nocturna, elementos con los que hubieran podido, o bien confirmar con la escuadra que se hallaba más próxima a la quebrada, la identidad de las personas que allí estaban, o bien, desde el lugar donde se encontraba el sargento Cujaban Torres y los otros soldados implicados, distinguir en la oscuridad la actividad que desarrollaban los pescadores.

Por ello, asegura, la conducta desarrollada por el acusado y los otros implicados debe calificarse de negligente, de donde surge la necesidad de casar el fallo para que la Corte emita la respectiva sentencia de reemplazo y, en armonía con los fines de este mecanismo, se desarrolle la jurisprudencia en cuanto a si es admisible la culpa como modalidad de atribución de responsabilidad penal frente a los delitos objeto de acusación.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

8. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal rindió concepto en los siguientes términos:

8.1. Acerca del reproche principal, tras consignar una explicación acerca de la intangibilidad del derecho a la defensa y de la importancia que para la efectividad de esa garantía, en sus dos aristas (material y técnica), reviste la observancia de los ritos de notificación, la agente del Ministerio Público destaca que en la actuación es evidente la carencia de adecuada defensa calificada frente a los intereses del procesado demandante.

Resalta que si bien le fueron nombrados de manera sucesiva diversos abogados, ya de

oficio o pertenecientes a la Defensoría Pública, nunca se concretó de parte de tales profesionales ejercicio probatorio o de alegaciones, y menos la interposición de los recursos de ley, con el fin de resguardar los intereses confiados y obrar en correspondencia con los deberes que les imponía el cargo.

Advierte que a la sucesánea designación de letrados para cumplir desde el punto de vista formal la asistencia técnica del acusado, se suma la pretermisión de la garantía de defensa material de éste, pues aun cuando al rendir indagatoria el aludido implicado suministró una dirección de residencia y a la misma siempre se enviaron citaciones, la verdad es que el instructor y el juzgador no se percataron de que los respectivos aerogramas siempre eran devueltos, además que dejaron de indagar en el Ejército Nacional acerca del paradero del enjuiciado, pese a que se sabía que era militar activo, y solo a último momento, para la notificación de la sentencia, a través de la señalada entidad, fue localizado en el Batallón de Tolemaida (Melgar-Tolima).

Con base en lo anterior la Representante de la Sociedad indica que el cargo por nulidad está llamado a prosperar y en consecuencia solicita acceder a la invalidación de lo actuado a partir del cierre de investigación.

8.2. Respecto de la segunda censura, precisa que con base en las pruebas allegadas a la actuación se concluye que el procesado y demás enjuiciados, como miembros del Ejército Nacional, en ejercicio de una misión militar inherente al conflicto armado que soporta el país, dieron muerte a una persona adulta e hirieron a un menor de edad, ambas víctimas integrantes de la población civil, resultados que los acusados causaron a sabiendas de que cuando se dispara un arma de fuego en la oscuridad, en dirección al área donde se sabe merodean personas, alguna de ellas puede resultar herida de gravedad o muerta, y no obstante dejaron librada al azar la materialización de esos sucesos, lo cual, en criterio de la Agente del Ministerio Público, sin lugar a duda configura los elementos de un “dolo eventual en persona protegida”.

Precisa que los encausados, sin constatar a ciencia cierta que los “transeúntes” (sic) eran alzados en armas, no tuvieron en cuenta que era al menos previsible en grado de probabilidad que se tratara de población civil, ya que el lugar del operativo era una vereda habitada por campesinos y pescadores, estos últimos quienes acostumbran a desarrollar esa labor en horas de la noche por ser el momento más adecuado para la captura de peces.

Luego de referirse a los elementos objetivos del tipo penal de homicidio en persona protegida, indica que los mismos se encuentran acreditados en la actuación, sin que pueda aceptarse que los acusados actuaron en cumplimiento de una orden legítima, ya que la impartida por el superior de los soldados en las circunstancias anotadas deviene ilegítima ante la eventual posibilidad de afectar población civil, motivo por el que el segundo reproche no debe prosperar.

IV. CONSIDERACIONES

9. Como la demanda presentada por el apoderado de LEOMAR GAMEZ VERA fue declarada ajustada a derecho, la Sala tiene el deber de resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de este mecanismo extraordinario, orientados a la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes, y unificar la jurisprudencia, tal como lo estipula el artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

Para ello, la Corte debe desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, para referirse a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

Por lo tanto, en atención al principio de prioridad que gobierna este recurso extraordinario, la Sala se ocupará del primer cargo por nulidad, ya que de prosperar la respectiva

queja, por sustracción de materia, la Corte quedaría relevada de hacer pronunciamiento frente a la segunda censura.

10. No despierta controversia señalar que la Constitución Política prevé en su artículo 29 que quien sea sindicado de una conducta punible tiene derecho a la defensa, garantía fundamental erigida como norma rectora en el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal que gobernó el presente asunto.

La misma prerrogativa también está consagrada en diversos Tratados Internacionales, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14. 3. b y d¹¹ (Ley 74 de 1968), y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2. literales d y e¹² (Ley 16 de 1972), instrumentos que hacen parte del llamado Bloque de Constitucionalidad (Constitución Política, artículo 93), cuya aplicación también está prevista en el citado ordenamiento penal adjetivo (Ley 600 de 2000, artículo 2).

El derecho de defensa como se sabe, se descompone en un doble cariz: de una parte, el derecho a contar de manera real, efectiva, permanente e ininterrumpida con la asistencia de un abogado, de confianza o provisto por el Estado; y de otra, la facultad de intervenir directamente en resguardo de los propios intereses, actividad esta última que se manifiesta, entre otras formas, mediante el derecho a ser oído.

10.1. En tratándose de la asistencia jurídica cualificada o técnica durante la investigación y juzgamiento, escogida por el procesado o provista por el Estado, es por sí misma una garantía de rango superior autónoma e independiente, cuya 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 inculcado¹³.

Tiene dicho la Corte¹⁴ que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características sustanciales, a saber, intangible, real, y permanente, sin las cuales no puede aseverarse el respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el inculcado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio o a través de la Defensoría del Pueblo.

El carácter real implica que no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos y perceptibles de gestión defensiva que la vivifiquen, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia¹⁵.

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 esos atributos, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, e impone la declaratoria de nulidad.

De acuerdo con lo precisado por esta Corporación en criterio reiterado en asuntos gobernados por el modelo procedimental diseñado en la Ley 600 de 2000, constituye un deber-obligación del director del proceso (juez o fiscal) realizar un control constitucional y legal con el fin de verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa¹⁶.

De suerte que al constatar que esa garantía en su contenido técnico ha sido

vulnerada, bien porque el nombramiento ha recaído en una persona que no se encuentra acreditada como abogada, o porque teniendo los conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos eficaces y reales de gestión defensiva, o porque 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.

10.2. Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el derecho de defensa desde su arista material, esa garantía para el imputado es sustancial, dado que le garantiza, entre otros: el derecho a estar presente y ser oído en persona para que si lo estima a bien suministre las explicaciones pertinentes; la posibilidad de vigilar directamente el desarrollo regular del procedimiento; ofrecer pruebas de descargo y controlar la producción de las de cargo; presentar alegatos para exponer las críticas de hecho (o incluso de derecho) acerca de la valoración de las pruebas y contra los argumentos acusatorios, y recurrir las decisiones adversas a sus intereses, en especial, la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad.

En todo sistema procesal que acoja los estándares internacionales atrás citados, es carga del Estado garantizar las condiciones para que la persona señalada de ser autora o partícipe de una conducta punible pueda hacer cabal ejercicio de su facultad de defensa material, esto es, para que disponga como a bien tenga de esa garantía, de manera que una vez el Estado Jurisdicción le ha ofrecido la posibilidad cierta de activarla, pueda el procesado disponer cómo la desarrollará atendiendo su carácter renunciable.

11. Al aplicar los anteriores criterios, decantados por la doctrina y la jurisprudencia, al devenir procesal del caso sometido a estudio, se aprecia lo siguiente:

11.1. Tanto al acusado GAMEZ VERA como a los otros procesados a quienes el fallo censurado vincula con la decisión condenatoria, no se les garantizó a cabalidad

el ejercicio directo del derecho a la defensa material.

Con posterioridad, la situación jurídica de los implicados fue resuelta de manera provisional mediante resolución de 16 de enero de 2007, de acuerdo con la cual no fueron afectados con cautela alguna por los hechos investigados GAMEZ VERA, Ríos Esparsa, Gómez Ramírez y Rojas Muñoz, ya que la responsabilidad se radicó únicamente en cabeza de su superior, el sargento Ramiro Cujaban Torres (quien falleció tiempo después) por los delitos, hasta entonces calificados, de homicidio y lesiones personales en modalidad culposa¹⁷.

En la actuación no obra constancia de citación remitida a los implicados para enterarlos del referido pronunciamiento, ni de los posteriores, esto es, de la decisión de 9 de enero de 2008 mediante el cual la Jurisdicción Penal Militar trabó el conflicto positivo de competencia propuesto por la Fiscalía General de la Nación UNDH-DIH para conocer de este asunto¹⁸, como tampoco de la emitida el 6 de febrero de ese año por la cual el Consejo Superior de la Judicatura resolvió la anterior tensión asignando el asunto a la Jurisdicción Ordinaria¹⁹.

El fiscal a quien correspondió conocer de la actuación avocó su conocimiento el 16 de octubre de 2008. Luego de ello, el 30 de junio de 2009, ordenó practicar algunas diligencias, ninguna relacionada con escuchar a los procesados en ampliación de injurada, y el 27 de diciembre de 2010 cerró la investigación, tras lo cual, el 30 de junio de 2011, calificó el mérito probatorio del sumario (compuesto apenas por las indagatorias, los testimonios de la esposa e hijos del fallecidos, y los de otros soldados, y la inspección judicial en el lugar de los hechos) con resolución de acusación en los términos atrás precisados (supra 4), sin librar comunicación alguna a los procesados para comunicarles las referidas actuaciones²⁰.

La revisión del trámite recapitulado permite advertir que luego de cumplirse el acto de vinculación legal de los implicados frente los eventos investigados, durante la fase instructiva no volvieron a ser enterados del desarrollo del proceso, el cual tuvo significativos cambios que no tuvieron oportunidad de conocer para adoptar las medidas necesarias para la real y efectiva defensa de sus intereses.

Tal y como lo denuncia el demandante y la Delegada del Ministerio Público, pese a que desde los albores de la investigación se allegaron al expediente las hojas de vida de los acusados en las que figuran datos personales para su ubicación (como dirección y teléfono, entre otros)²¹, y aun cuando en las injuradas suministraron igual información²², la judicatura nunca libró o intentó comunicación con ellos. Sólo en una ocasión el Fiscal de la UNDH-DIH, luego de cerrada la investigación (más de cuatro años después de ocurridos los hechos), se limitó a requerir del Ejército Nacional información sobre la unidad militar a la que pertenecían los procesados, entidad del Estado que respondió con una parca comunicación en la que apenas advirtió que Ríos Esparsa, Gómez Ramírez y Rojas Muñoz se retiraron del servicio activo entre el 2006 y el 2007, bien por solicitud propia o por tiempo de servicio cumplido, sin señalar nada en relación con GAMEZ VERA²³.

Ahora bien, aun cuando en la fase de juzgamiento, para enterarlos de las actuaciones inherentes, el funcionario que la adelantó libró citaciones a las direcciones que seis años atrás habían dejado registradas los procesados, lo cierto es que esa tardía actividad, que tampoco arrojó un resultado concreto, no conjura el adelantamiento de la etapa instructiva a espaldas de aquéllos, ciclo procesal en el que no pudieron enfrentar la severa atribución penal que se consolidó contra los mismos, quebranto del derecho a la defensa material al que se suma con más hondo e irreparable calado, el completo abandono o ausencia de una efectiva y real asistencia técnica tanto en la investigación como en el juicio, como ahora

pasa ilustrarlo la Sala.

11.2. Los procesados GAMEZ VERA, Ríos Esparsa y Gómez Ramírez en sus respectivas injuradas fueron asistidos por una misma abogada designada de oficio para esa diligencia, profesional que en esa condición fue nombrada para representar a Rojas Muñoz en el acto mediante el cual fue vinculado como persona ausente²⁴.

De la aludida defensora, en la fase instructiva, no se advierte actuación distinta a la aceptación del cargo y la notificación personal del auto mediante el cual de manera provisional se resolvió la situación jurídica de sus prohijados absteniéndose de imponerles cautela alguna por los delitos de homicidio y lesiones personales en modalidad culposa atribuidos al sargento Cujaban Torres.

Con posterioridad a ello no hay de parte de la aludida abogada despliegue de actividad alguna concerniente a la representación de los intereses confiados; no fue citada ni asistió a notificarse de los autos con los que se corrió traslado a los sujetos procesales de la necropsia del fallecido, del reconocimiento médico del menor lesionado, y el dictamen de balística practicado a los fusiles de dotación de los uniformados; y tampoco se pronunció en relación con el conflicto positivo de competencia trabado entre la Jurisdicción Penal Militar y la Ordinaria.

El Fiscal de la UNDH-DIH con sede en Barranquilla que avocó el conocimiento del asunto omitió enviar a la abogada comunicación (la sede de su oficina era en Barrancabermeja) para enterarla de esa circunstancia. Para notificarla del cierre de la investigación ordenado el 27 de diciembre de 2010 le remitió una citación, pero a pesar de que ella no compareció para ese efecto y que tal pronunciamiento tampoco fue comunicado a sus

representados, declaró formalmente notificado el mismo y surtió el término para alegar entre el 17 y 28 de febrero de 2011²⁵.

Sólo el 4 de abril de 2011 aparece un escrito mediante el cual la profesional en cuestión le sustituye el poder a un abogado de la Defensoría Pública²⁶, letrado que ninguna actividad desarrolló, pues aun cuando fue citado para notificarlo personalmente de la resolución de acusación de 30 de junio de 2011 (lo mismo que al apoderado de Cujaban Torres, quien había acreditado el fallecimiento de éste), dado que ese acto se cumplió sólo con el Agente del Ministerio Público, por resolución de 26 de julio siguiente el instructor designó una defensora de oficio para todos los implicados, la cual se limitó a avalar con su firma el enteramiento personal del pliego de cargos²⁷.

En la causa la falta de adecuada y permanente asistencia técnica en favor de los procesados no varió, pues empezando porque para comunicar el inicio de esa fase se libró citación al abogado a quien la primera defensora había sustituido poder y con él se surtió el traslado para la preparación del juicio; al percatarse el juzgador de esa irregularidad el 15 de febrero de 2012 invalidó lo actuado y ordenó rehacer el trámite con la abogada de oficio que se notificó del pliego de cargos, pero como ésta presentó su renuncia, en su reemplazo designó otro profesional, quien no aparece tomando posesión del cargo y nada distinto hizo a asistir a la audiencia preparatoria y a la de juzgamiento, y a convalidar con su firma la notificación personal del fallo de primer grado emitido el 16 de noviembre de 2012²⁸.

La Sala destaca que en el asunto examinado no puede decirse que los sucedáneos letrados carecieron de insumos para el ejercicio de su labor por ausencia de explicaciones de los procesados frente a los hechos debatidos o por el peso adverso de los medios de prueba, pues, por el contrario, lo característico de esta actuación es la despreocupación de quienes ejercieron la representación de los intereses de los

implicados y la falta de iniciativa de los funcionarios para el esclarecimiento de los hechos.

Faltó en la instrucción y en el juicio practicar otras pruebas, como un dictamen para establecer las trayectorias de los proyectiles con base en la ubicación establecida de los protagonistas de los hechos, en el cual además el perito conceptuara si las lesiones de las dos víctimas eran compatibles con disparos directos o por rebote, y si las heridas resultaban coincidentes con el tipo de munición del arma oficial de los militares (fusil AR GALIL, calibre 5.56x45mm).

Tampoco se llamó a declarar a Beatriz Elena Calle Sánchez, Luz Celis Contreras Campuzano y Juan Bautista Campo Contreras, a quienes personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General, el mismo día de la inspección judicial, les tomó entrevistas en las cuales indicaron que los militares llevaban en el corregimiento de Norosí uno o dos días, que los moradores estaban enterados desde principios de 2006 de la permanente presencia de tropas del Ejército Nacional por los lados de la quebrada, y que los militares en sus visitas siempre se comportaron con respeto hacia los derechos de los habitantes de esa población²⁹.

En síntesis, la asistencia técnica omitió cumplir tareas esenciales a su rol que habrían arrojado claridad acerca del suceso, y en términos generales no controló el devenir procesal.

Frente a la potestad punitiva que el aparato judicial ejerce en nombre del Estado ante la ocurrencia de comportamientos lesivos del orden jurídico, además de garantizar la defensa material del sujeto activo de las respectivas conductas, que en este caso no se satisfizo, es menester que esa función estatal encaminada a imponer una pena cuente con fiscalización cierta a través de

la defensa técnica, la cual, según la doctrina:

...es la ejercida por [un] 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 descargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad³⁰.

El carácter real o efectivo de la defensa técnica debe traducirse, como también lo entiende la doctrina, en:

...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 proceso³¹.

En conclusión, en el presente asunto durante la investigación y hasta el fenecimiento del juicio, la representación letrada de los procesados fue inexistente, dado que quienes fungieron como defensores de aquéllos nada hicieron por representar de manera idónea, seria y real los intereses de los procesados, pues no ejercieron una labor tangible que se tradujera en actos que revelaran, al menos, una estrategia de defensa pasiva pero expectante y permanente.

La anterior situación, consistente en la ausencia de defensa técnica durante todo el proceso, es trascendente para concluir la invalidez de la actuación desde ese estadio, pues aun cuando el instructor designó de manera sucedánea abogados para que representaran a los implicados, lo cierto e indiscutible es que los aludidos profesionales cumplieron un papel simplemente formal, nominal, sin involucrarse en el cabal desarrollo de sus funciones.

12. Recapitulando, se tiene entonces que por falta de cuidado y rigurosidad de los funcionarios de investigación y juzgamiento a los procesados les fue cercenado su derecho a la defensa material, y además el Estado tampoco fue capaz de garantizar que en todo el trámite procesal contaran aquéllos con una defensa técnica, real, eficaz y permanente.

La Sala destaca que el proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejerce su derecho de investigar, juzgar y sancionar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico; empero, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, sino con estricto apego a las reglas establecidas en la ley para su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del fiscal, el juez y los sujetos procesales.

Esa manera en la que está ordenado el debate procesal debe estar permanentemente ceñida a los principios impuestos por la Constitución Política, como condición de validez de los actos judiciales. 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 inconstitucional el diligenciamiento, debiendo acudir al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la respectiva violación.

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 de sujetos procesales tanto del sindicado (para su defensa material) como del defensor (responsable de la defensa técnica), dentro de la actuación penal cobra una especial significación, en la medida en que éste cada vez más evoluciona, como corresponde a la organización Constitucional del Estado Social de Derecho, hacia un trámite caracterizado por la participación activa de los sujetos intervinientes.

Por lo tanto, esta categoría (sujetos procesales) reconocida por la ley, 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 considerar ajustado 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 en algún momento llega a ocurrir el extrañamiento personal del procesado, ello 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.

Por lo tanto, si como aquí ocurre, no se construyó un proceso que garantizara la controversia entre el sujeto procesal que acusa (Fiscalía) y el sujeto pasivo receptor de la imputación penal (los procesados), y quienes asistieron a este último abandonaron el deber de representar de manera eficaz, real y permanente los intereses encomendados, mostrándose, por el contrario, indiferentes a la pretensión punitiva de la Fiscalía, se trató entonces, no de un proceso, sino de la actuación unilateral del Estado, encarnado en el aparato judicial, en contra de los aquí encausados, privados todos ellos de una asistencia técnica idónea.

Las anotadas irregularidades proyectan sus consecuencias en la garantía de defensa, en su doble concepción material y técnica, debiendo ser restablecida la misma desde un momento procesal oportuno, motivo por el que, de acuerdo con la pretensión de la defensa y el concepto del Ministerio Público, la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena será removida en sus efectos de cosa juzgada, y en su lugar esta Sala declarará la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación dispuesto mediante auto de 27 de diciembre de 2010.

En consecuencia, las diligencias serán remitidas al fallador de primer grado para que devuelva el expediente completo al funcionario instructor, quien sin dilaciones

procederá a rehacer la actuación subsanado los vicios evidenciados y velando por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todos los sujetos procesales reconocidos en esta actuación.

No sobra precisar que aun cuando la demanda fue interpuesta en nombre de GAMEZ VERA, puesto que la vulneración de la garantía fundamental de defensa, en sus componentes material y técnico, afectó también a los procesados Rojas Muñoz, Gómez Ramírez y Ríos Esparsa, como quedó explicado en las consideraciones que anteceden, la Corte hará extensiva la decisión invalidante también respecto de éstos en armonía con lo dispuesto en el artículo 229 de la Ley 600 de 2000.

13. Con ocasión de la nulidad de la actuación en los términos atrás precisados y, por contera, debido a la consecuente remoción de la providencia calificatoria, debe la Sala pronunciarse acerca de la libertad del procesado GAMEZ VERA dado que en tal pronunciamiento se ordenó su captura, lo mismo que la de los implicados Rojas Muñoz, Gómez Ramírez y Ríos Esparsa.

Visto el estado en que queda la actuación, y como quiera que al momento de definir provisionalmente la situación jurídica de los precitados no les fue impuesta medida cautelar, lo procedente entonces es disponer la libertad inmediata del primero de los mencionados procesados, y la cancelación de las órdenes de captura respecto de los demás, como en efecto así lo hará esta Sala a través de la Secretaría Penal.

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. CASAR la sentencia impugnada con base en el cargo primero propuesto por el

recurrente.

2. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir, inclusive, del auto de 27 de diciembre de 2010, mediante el cual se declaró cerrada la investigación.

3. OTORGAR a LEOMAR GAMEZ VERA libertad inmediata e incondicional por cuenta de este proceso, y CANCELAR las órdenes de captura libradas respecto de Luis Alberto Rojas Muñoz, Juan Carlos Gómez Ramírez y Jhon Alexander Ríos Esparsa con ocasión de la presente actuación.

4. REMITIR, una vez cumplido lo anterior, el expediente al juzgado de origen, para que por su conducto la totalidad de la actuación sea enviada al funcionario instructor quien se encargará de reponer el trámite subsanando los vicios evidenciados y velando por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todos los sujetos procesales reconocidos en esta actuación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 De 36 años de edad para entonces, incorporado a la institución castrense desde septiembre de 1993.

2 En su orden, de 19, 20, 19 y 23 años de edad para entonces, incorporados al servicio militar, los dos primeros, en octubre de 2005, y los otros dos en mayo de ese año.

3 Según la necropsia el proyectil (o fragmento) dejó un orificio de entrada de 0,3 x 0,5 cm, ubicado en la zona lumbar izquierda, a nivel de 5º espacio intercostal sobre la línea axilar; hizo una trayectoria ínfero-superior, postero-anterior, y dejó un orificio de salida en el hueco axilar derecho de 2 x 2 cm, luego de golpear y fracturar la cabeza del hueso humero.

4 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 3, 4, 9-11, 13, 31, 40, 50, 89, 106-110, 112-116, 117-120, 122, 133, 134, 137-141, 150-174, 256-263, 265-276 y 299. Cuaderno # 2, de la instrucción, folio 8, 13, 14, 25, 28, 36-38, 50-57 y 66-70.

5 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 1, 2, 5-101 y 104-146.

6 Ídem, folios 150-154, 156-159, 165-168, 170-173, 184-189 y 206-219.

7 Cuaderno # 2 de la instrucción, folios 43-46, 71-81 y 83-104.

8 Ídem, folios 134-136, 158, 171, 172 y 195-203.

9 Cuaderno de la causa, folios 2, 16, 25, 26, 29, 85-88, 103-113 y 140-172. Cuaderno de la Parte Civil, folios 1-16.

10 Cuaderno de la causa, folios 190-217 y 225-240. Cuaderno del Tribunal, folios 14-41 y 87-143. Cuaderno de la Corte, folio 10.

11 Artículo 14, numeral 3. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”.

12 Artículo 8, numeral 2: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí

mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”.

13 Cfr. SP 11 jul. 2007, rad. Nº 26827, y SP 6 sep. 2007, rad. Nº 16958.

14 Cfr. SP 19 oct. 2006, rad. Nº 22432.

15 Cfr. SP490-2016, 27 Ene. 2016, rad. Nº 45790.

16 Cfr. SP 8 may. 2008, rad. Nº 28115.

17 Cuaderno # 1, folios 206-219.

18 Cuaderno # 2, folios 43-46 y 71-82.

19 Cuaderno # 2, folios 83-106.

20 Cuaderno # 2 de la instrucción, folios 110, 124-126, 155, 156, 158 y 195-203.

21 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 21-31, 35-40, 44-50, 68-73 y 89.

22 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 156-159, 165-168 y 170-173.

23 Cuaderno # 2 de la instrucción, folios 161 y 162.

24 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 156-159, 165-168, 170-173, 184, 185, 189 y 192.

25 Cuaderno # 2 de la instrucción, folios 158, 159 y 167.

26 Cuaderno # 2, de la instrucción, folios 169 y 170.

27 Cuaderno # 2 de la instrucción, folios 212 y 213.

28 Cuaderno de la causa, folios 2, 7, 15, 16, 25, 31, 41, 43, 46, 56, 85-88, 103-113 y 140-172.

29 Cuaderno # 1 de la instrucción, folios 275 a 276.

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

31 JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. Rubinzal-Culzoni Editores. 2005. Pág. 158, 160 y 161.