

PROCESO PENAL-Certeza en la identificación e individualización del sindicado

Si bien es cierto que la negligencia o la astucia pueden conspirar contra la plena identificación del encartado, pudiendo ser este un indocumentado o utilizar varios nombres falsos, llegando incluso a poseer varios documentos de identidad ; no ocurre lo mismo con su individualización es decir, con la determinación física del sujeto pasivo de la acción penal. En este orden de ideas, el nombre con que se haya conocido o dado a conocer el procesado cuenta de manera secundaria, importando realmente que no se dude de los rasgos físicos del presunto autor del delito. Por tanto, la exigencia que hace el ordenamiento procesal penal colombiano se refiere ciertamente a la individualización que no a la identificación

VIA DE HECHO POR INDEBIDA DECLARACION DE REO AUSENTE EN PROCESO PENAL-No compareció por deficiente investigación/DERECHO DE DEFENSA DEL REO AUSENTE-Nulidad procesal/DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO-Vulneración por no existir defensor de oficio

No compareció al proceso debido a la deficiente labor de investigación realizada por las entidades judiciales demandadas, que nunca realizaron una verdadera labor de localización y captura como para inferir que se estaba ocultando, relegando la tarea a fecha posterior a la ejecutoria del fallo lo que hizo nugatoria cualquier oposición material del sujeto pasivo del proceso penal. Teniendo en cuenta el marcado carácter dual de la defensa en el sistema penal, en el caso que se revisa no solamente se vulneró la defensa privada o material del sindicado, sino que se coartó la defensa pública o formal que le es propia al defensor de oficio. No es posible alegar incuria o negligencia de la defensa cuando en la etapa de la instrucción no existió contraparte, primero por la ausencia del procesado y segundo, porque el abogado designado en la declaratoria de persona ausente nunca se posesionó y ejerció su actividad en legal forma. El proceso penal a que las personas de este país tiene derecho involucra todas las garantías que señale la Constitución y la Ley, no las que unilateralmente decidan los funcionarios de justicia, que en la presente situación, escogieron aplicar el principio de contradicción solamente para ciertas decisiones y en determinados momentos procesales menguando la defensa técnica del procesado que de acuerdo con el artículo 356 del Código procedimental penal de la época y aún ahora, es obligatoria desde la declaración

de persona ausente sin perjuicio del derecho de defensa que asiste, incluso desde cuando se da inicio a la actividad de indagación preliminar.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-507232

Acción de tutela instaurada por Wilson Nel Hernández Rodríguez contra el Juzgado Cincuenta y uno (51) Penal del Circuito de Bogotá y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de enero de dos mil dos (2002).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1. Hechos

El señor LUIS ALFONSO ESCARRAGA LUGO fue asesinado en hechos ocurridos durante la noche del tres (3) de mayo de 1996. El autor del homicidio huyó del lugar inmediatamente después del crimen, quedando únicamente como testigo presencial el señor DIEGO ESTANISLAO CASTAÑEDA GORDILLO.

CASTAÑEDA GORDILLO describió al autor de los hechos como un sujeto apodado "PATULEJO" y que a sus hermanos le dicen "los Chipaques" por ser naturales de esa población localizada en el departamento de Cundinamarca. Describió físicamente al implicado como una persona

de “1.75 metros de estatura, moreno, más o menos delgado, cabello largo más abajo de las orejas, de bigote poblado y negro, peinado hacia atrás, edad de 29 a 30 años, es de Chipaque”. Adicionalmente, manifestó que era hermano de OSCAR MORENO TORRES.

El día 5 de junio de 1996 el señor JOSE ANTONIO GORDILLO al ser interrogado sobre la identidad del presunto autor manifestó : “Lo vine a distinguir la semana pasada, yo iba con mi hermano, el que fue testigo, en el bus, y pues yo quería saber quien era para poder colaborar y formular el denuncia” (folio 160 c.o). Sobre su descripción física manifestó que era “un muchacho alto, pelo castaño, se peina de para atrás, pelo como ondulado, narizón, color de la piel más bien blanco, como pecosito, lunarejo, de contextura delgada, yo lo vi sentado en el bus” (Folio 160 c.o.). Sobre la ocupación del presunto homicida manifestó que manejaba habitualmente el bus número 17829 y ocasionalmente el número 17700 adscritos a la Empresa Universal de Transportes y que “según lo que le dice su hermana” se llama RICARDO MORA.

Luego de las diligencias realizadas por el Cuerpo Técnico de Investigaciones (C.T.I.), presentadas en informe de julio 18 de 1996, el bus número 17829 “está convertido en camión desde el año 1980” y pertenece al señor WILSON HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En cuanto al bus número 17700 se determinó que el propietario era el señor ALBERTO CARMONA y el conductor permanente era el señor ROBINSON GUACANEME VERGARA a quien se le recibió testimonio el 14 de agosto de 1996, donde manifestó que no conocía a ninguna de las personas implicadas en el proceso y en cuanto al bus número 17829 afirmó que nunca lo manejó y ni siquiera sabía de qué vehículo se trataba (Folios 165-166 c.o.).

Nuevamente compareció al proceso el señor DIEGO CASTAÑEDA GORDILLO y amplió su declaración el día 3 de agosto de 1996, señalando en primera instancia que había visto al implicado en los siguientes términos : “hace como ocho días lo vi en la sexta, ahí por el lado de abajo de la Estación de la sexta bajando, yo lo vi que iba caminando tal vez para donde tenía el camión, porque por ahí son solo talleres” (Folio 167 c.o.). En seguida se le presentó fotocopia de la licencia de conducción en la cual aparece la fotografía del señor WILSON HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a quien señaló el declarante como la persona que se había quedado con el occiso LUIS ALFONSO ESCARRAGA LUGO, cuando él había ido por unas gaseosas y antes de escuchar los disparos fatales.

El coordinador de la URI de Ciudad Bolívar de esta capital mediante resolución del 1 de octubre de 1996 ordenó apertura de la instrucción en contra de WILSON HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, en razón al reconocimiento que hiciera DIEGO CASTAÑEDA GORDILLO como testigo presencial de los hechos, específicamente de los momentos inmediatamente anteriores al suceso y los subsiguientes a los disparos producidos dentro del bus donde se encontraba el occiso.

La Fiscalía 63 Delegada ante los jueces penales del circuito avocó conocimiento del proceso mediante resolución del 16 de octubre de 1996 ordenando la captura en contra de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a fin de ser escuchado en diligencia de indagatoria. Ante la imposibilidad de localizar al sindicado se ordenó el emplazamiento en providencia del 1 de junio de 1998. El edicto emplazatorio fue fijado el 8 de junio de 1998 en cumplimiento de lo señalado en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los acontecimientos.

En decisión del 1 de marzo de 1999 se declaró persona ausente al señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y se le designó como defensor de oficio al doctor IVAN ELY CARDENAS GALLO, quien no tomó posesión del cargo y solicitó ser relevado del mismo en memorial radicado el 12 de julio de 1999.

En resolución del 7 de abril de 1999 la fiscalía 63 Delegada resolvió la situación jurídica del sindicado HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

El 17 de junio de 1999, tomó posesión del cargo de defensor de oficio el doctor EDGAR MONDRAGON PAEZ.

Alegó el actor que existen irregularidades en la identificación e individualización así como la inexistencia de defensa durante todo el proceso que atentan contra el derecho fundamental al debido proceso.

Una vez surtido el traslado a la partes involucradas en el proceso penal, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá luego de realizar un resumen de las actuaciones judiciales surtidas en las dos etapas procesales, consideró que al procesado se le concedieron las oportunidades procesales pertinentes las cuales no utilizó por incuria, y acudiendo a la acción de tutela “como opción adicional o como recurso para suplir el cuidado y diligencia que el procesado

ha debido observar”.

A su turno la Fiscal 63 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, resumió las actuaciones realizadas durante la etapa del sumario, aclarando que dirigió y asumió la investigación desde la resolución que declaró persona ausente a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Finalmente, el informe presentado por el Coordinador de la Unidad de Reacción Inmediata (U.R.I.), relata las diligencias previas realizadas por la Fiscalía Seccional número 299 desde el 3 de mayo de 1996 hasta el 4 de octubre de 1996.

2. Pretensiones.

El demandante solicitó en su escrito :

“Se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro de la causa radicada con el número 1999-0233 y demás determinaciones que en derecho corresponda y se derive de este amparo. Concediéndosele en forma inmediata el beneficio de la libertad y comunicando la correspondiente orden al señor Director de la Cárcel del Circuito de Villavicencio.”

3. Pruebas Recaudadas.

* Acta de inspección de cadáver número 2874-1339 del 3 de mayo de 1996.

* Fotocopia de la resolución del 4 de mayo de 1996 por la cual se decreta diligencia de allanamiento y registro del inmueble ubicado en la Calle 89 No. 35-10 Este.

* Fotocopia de la diligencia de allanamiento y registro del inmueble localizado en la Calle 89 No. 35-10 Este del 4 de mayo de 1996.

* Fotocopia del oficio No. 7602 del 21 de mayo de 1996, suscrito por el Fiscal 299 delegado

ante los juzgados penales del circuito.

* Fotocopia del informe No. 342 del Cuerpo Técnico de Investigaciones (C.T.I.) del 18 de julio de 1996.

* Fotocopia del Oficio U.R.I.C.B. No. 393 del 3 de julio de 1996, suscrito por el jefe de la U.R.I. de Ciudad Bolívar C.T.I.

* Fotocopia de la resolución del 3 de septiembre de 1996 decretando práctica de pruebas.

* Fotocopia de la tarjeta dactilar del señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

* Fotocopia del oficio No. 12827 del 3 de septiembre de 1996, suscrito por el Fiscal 299 delegado ante los jueces penales del circuito.

* Fotocopia acta de la diligencia de inspección judicial, realizada el 18 de septiembre de 1996.

* Fotocopia del contrato de compraventa realizado entre JOSE ABELARDO GUTIERREZ PEREZ y WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

- * Fotocopia de la resolución de apertura de instrucción, del 1 de octubre de 1996.
- * Fotocopia de la resolución del 16 de octubre de 1996, por medio de la cual se decreta la práctica de pruebas.
- * Fotocopia de orden de captura del 24 de octubre de 1996, proferida en contra de WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.
- * Fotocopia del informe del C.T.I. del 6 de agosto de 1996.
- * Fotocopia del oficio No. 82147 del 20 de noviembre de 1996, suscrito por el coordinador del grupo de antecedentes del D.A.S.
- * Fotocopia de la providencia del 1 de junio de 1998, ordenando emplazamiento.
- * Fotocopia del edicto emplazatorio del 8 de junio de 1998.
- * Fotocopia de constancias secretariales del 16 de junio de 1998.
- * Fotocopia de la resolución del 1 de marzo de 1999, por medio de la cual se declaró persona ausente a WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

* Fotocopia de la resolución del 7 de abril de 1999, por el cual se resuelve la situación jurídica de WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

* Fotocopia de constancias secretariales del 27 de abril de 1999.

* Fotocopia del acta de posesión del doctor EDGAR MONDRAGON PAEZ como defensor de oficio de WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ del 17 de junio de 1999.

* Fotocopia de constancias secretariales del 24 de junio de 1999 y 7 de julio de 1999.

* Fotocopia del memorial presentado el 12 de julio de 1999 por el doctor IVAN E. CARDENAS GALLO.

* Fotocopia de la resolución del 5 de octubre de 1999, por medio de la cual se califica el mérito del sumario.

* Fotocopia telegramas del 7 de octubre de 1999.

* Fotocopia del acta de la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2000 en el juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá.

* Fotocopia de la sentencia condenatoria proferida en contra de WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ el 29 de marzo de 2000.

* Informe presentado por la Fiscal 63 delegada el 28 de junio de 2001.

* Informe presentado por el Coordinador de la U.R.I. de Ciudad Bolívar.

* Informe presentado por la Juez cincuenta y uno (51) Penal del Circuito de Bogotá.

* Fotocopia del testimonio rendido por EDGAR ALBERTO MORENO GONZALEZ el 3 de mayo de 1996.

* Fotocopia del informe No. 342 del 18 de julio de 1996, presentado por WILSON GARZON investigador judicial I del C.T.I.

* Fotocopia de la licencia de conducción de WILSON HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

* Fotocopia del testimonio de JOSE ANTONIO GORDILLO rendido el 5 de junio de 1996.

* Fotocopia del testimonio de ROBINSON JULIO GUACANEME VERGARA rendido el 14 de agosto de 1996.

* Fotocopia del testimonio rendido por DIEGO CASTAÑEDA GORDILLO el 3 de agosto de 1996.

* Fotocopia del informe de balística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses.

* Fotocopia del acta de inspección judicial del 18 de septiembre de 1996

3.1. Pruebas practicadas por la Corte.

En cuanto al doctor IVAN ELY CARDENAS GALLO, si bien fue nombrado defensor de oficio del procesado en la resolución por la cual se le declaró persona ausente, no fue posesionado como defensor. Agregó que aparte del anterior letrado se posesionó el 17 de junio de 1999 al doctor EDGAR MONDRAGON PAEZ, quien prosiguió el proceso hasta el final.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 11 de julio de 2001, negó el amparo de tutela con base en los siguientes argumentos :

- La Fiscalía luego de realizar las pesquisas necesarias identificó e individualizó al procesado y luego de ser infructuosa su vinculación mediante indagatoria, lo declaró persona ausente y le designó defensor de oficio de acuerdo con las ritualidades legales. A pesar de que el testigo DIEGO ESTANISLAO CASTAÑEDA inicialmente no sabía el nombre del autor del homicidio, sí reconoció a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en las fotografías presentadas por el funcionario investigador.

- A pesar de haberse librado equivocadamente la orden de captura a la Calle 89 No. 35-10 Este de Bogotá, al momento de proferirse la resolución acusatoria no solamente se le notificó a dicha dirección sino también se procuró su localización ante el Alcalde y el Inspector de Policía de Chipaque (Cundinamarca). Por tanto, no existió vulneración de las garantías propias del proceso, sino que simplemente ante la renuencia del implicado a comparecer en

el proceso, continuó el curso del mismo con defensor de oficio. Lo que solicita el demandante es la injerencia indebida del juez de tutela en el proceso en curso, para controvertir pruebas, tesis o posturas doctrinarias, lo que desfigura la naturaleza excepcional de la acción pública de tutela.

- Finalmente, solamente es procedente la tutela contra sentencias judiciales cuando se vislumbren defectos orgánicos, sustantivos, procedimentales o fácticos que conformen una vía de hecho, lo cuales no se presentan en el asunto bajo estudio.

La anterior decisión fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 28 de agosto de 2001 en la cual manifestó que la acción de tutela no está creada para “suplir desatenciones o descuidos en el ejercicio de los mecanismos previstos por el ordenamiento regular para la protección de los derechos”.

Al no presentarse al proceso HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ perdió la oportunidad de suministrar las explicaciones del caso, no pudiendo ser la tutela un medio supletivo o excepcional. Por otro lado, si el demandante cuenta con nuevas pruebas, no conocidas en el tiempo de los debates debe acudir a la acción de revisión.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, en el expediente de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema planteado.

Alega el demandante que en el proceso penal seguido en contra de WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se incurrió en dos vías de hecho : La primera consiste en graves irregularidades en el proceso de identificación e individualización que llevan a establecer un nexo causal inexistente entre HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y el homicidio por el cual fue condenado. La

segunda, por violación del derecho de defensa porque procesado careció de abogado defensor durante la etapa instructiva y nunca fue notificado de su vinculación al proceso, del cual solamente tuvo conocimiento cuando fue aprehendido para cumplir la condena.

Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha compartido el criterio jurídico según el cual las decisiones judiciales que ponen fin a una actuación judicial, en principio, hacen tránsito a cosa juzgada. Es así como la sentencia C-543 de 19921, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que consagraban la posibilidad de presentar tutela contra providencias judiciales y fallos ejecutoriados.

No obstante lo anterior, como excepción a la regla general existe la posibilidad de que el juez de tutela proteja a las personas de aquellas decisiones judiciales en las cuales se observen ostensibles y manifiestas situaciones de carácter, sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental que atenten contra el orden jurídico erigiendo lo que se ha denominado “vía de hecho”. Frente a la vía de hecho no es posible mantener incólume el principio de la cosa juzgada según lo recuerda la jurisprudencia Constitucional:

“ A este respecto, la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”.²

Corresponde ahora a la Sala revisar el asunto presentado para determinar si existen o no, los presupuestos necesarios para predicar una vía de hecho en el proceso penal seguido en contra de WILSON HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que conlleve la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

4. Identificación e individualización del sindicado y vinculación al proceso penal.

Antes de la apertura formal del proceso penal es necesario que el instructor determine las circunstancias que permiten emprender la iniciación de la investigación, como la ocurrencia real del hecho y si el hecho corresponde a las descripciones abstractas que hace el Código Penal. Así mismo, es necesario identificar o individualizar a los autores o partícipes para que sea dable proferir auto de cabeza de proceso.

Si bien es cierto que la negligencia o la astucia pueden conspirar contra la plena identificación del encartado, pudiendo ser este un indocumentado o utilizar varios nombres falsos, llegando incluso a poseer varios documentos de identidad ; no ocurre lo mismo con su individualización es decir, con la determinación física del sujeto pasivo de la acción penal. En este orden de ideas, el nombre con que se haya conocido o dado a conocer el procesado cuenta de manera secundaria, importando realmente que no se dude de los rasgos físicos del presunto autor del delito.

Por tanto, la exigencia que hace el ordenamiento procesal penal colombiano se refiere ciertamente a la individualización que no a la identificación, esto es, “que se tengan suficientes elementos de juicio para determinar que, pese a sus posibles cambios en sus condiciones civiles, el procesado efectivamente corresponda en su particularización, a quien se señala como el posible infractor”³

Ahora bien, luego de verificar los hechos e individualizar al presunto autor, es necesario vincularlo formalmente a la investigación. En nuestro sistema procesal penal, la vinculación se realiza de dos formas: mediante indagatoria o mediante declaratoria de persona ausente. En la vinculación mediante indagatoria el acusado se presenta ante el funcionario judicial que adelanta la investigación para ejercer directamente su defensa, contravirtiendo los argumentos en su contra y aportando pruebas a favor de sus descargos.

El Fiscal debe procurar por todos los medios a su alcance, que el imputado comparezca personalmente al proceso. Es por ello que la ley procedimental penal ordena al acusador que si no pudo obtener la presencia voluntaria, ordene la captura del inculpado y si este medio tampoco da frutos proceda a su emplazamiento. Es en este estadio cuando el funcionario instructor, en aras de no paralizar el proceso por la inasistencia del inculpado, procede a declararlo como persona ausente y designarle defensor de oficio. Como ya lo expresó la Corte en sentencia C-488 de 1996 la declaración de procesado ausente no pugna con la

Carta Política, pues es una forma de garantizar el debido proceso sin perjudicar la acción de la justicia paralizando el juzgamiento, ni releva la obligación de búsqueda del procesado:

“Es de destacar que la búsqueda del procesado para efectos de informarle sobre la existencia del proceso no se agota con la declaración de persona ausente. Este mecanismo que permite nombrar o designar un defensor que represente al procesado ausente y con él adelantar el proceso, no sustituye la obligación permanente del funcionario judicial de continuar la búsqueda cuando del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallen nuevos datos que permitan la ubicación del procesado, evento en el cual se debe proceder a comunicarle, en forma inmediata, la existencia del mismo, so pena de vulnerar el derecho de defensa del afectado.”

El asunto bajo estudio, es evidente que el señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se encuentra no solamente individualizado, sino identificado al momento de ser vinculado a la investigación penal en calidad de persona ausente. Es así como el propio demandante reconoce que es él y no otra persona la que fue condenada en el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y uno (51) Penal del Circuito de Bogotá. De tal suerte que existe una identidad e individualidad plena del hoy condenado.

Asunto distinto es la inconformidad del señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con el proceso deductivo de la Fiscalía el cual por intermedio de sus delegados a pesar de estar inicialmente realizando las diligencias para localizar al señor RICARDO MORA señalado por uno de los testigos como el presunto autor del delito, terminó concluyendo que el presunto autor era WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Sobre este punto se debe decir en primera instancia que no es el juez de tutela el llamado a desestimar el análisis probatorio realizado por el ente acusador en el caso de autos, porque el señalamiento del señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ lejos de corresponder a la arbitrariedad y al azar encuentra fundamentación en la declaración del señor DIEGO ESTANISLAO CASTAÑEDA quien como testigo presencial de los hechos, bajo la gravedad del juramento identificó la fotocopia de la fotografía del señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como la del presunto homicida.

El desacuerdo con el testimonio y reconocimiento realizado era una actividad que debió realizar la defensa dentro del proceso penal y no lo hizo quedando solamente la posición esbozada por la acusación, que por si sola no es una vía de hecho, ni constituye violación al

debido proceso, pues fue concordante con la función de la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos punibles y señalar a los presuntos responsables. No obstante lo anterior, la violación del derecho de contradicción y defensa será analizada con mayor detalle en los párrafos siguientes.

Ahora bien, aunque la identificación e individualización del señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ corresponde con la de la persona recluida en prisión, debe reconocer la Sala que sí existe negligencia de parte de la Fiscalía 63 delegada, para procurar la captura y vinculación personal al proceso de quien había designado como autor probable. Por un lado, la dirección a la cual se libraron las comunicaciones y la orden de captura, esto es, en la Calle 89 No. 35-10 Este de la capital, de acuerdo con la inspección judicial realizada por la Fiscalía no fue nunca el domicilio del encartado pues en ella se comprobó que residían los señores OSCAR MORENO TORRES, ALBEIRO MORENO RODRIGUEZ y NESTOR MORENO TORRES. Nótese que el reconocimiento realizado por el testigo DIEGO CASTAÑEDA no fue de las fotografías que se encontraron en la diligencia de allanamiento y registro sino de la fotocopia del pase de conducción aportado por los investigadores del C.T.I. producto de una diligencia judicial distinta a la realizada en el inmueble de la Calle 89 No. 35-10 Este, que inequívocamente se sabía no pertenecía a WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y no a ninguno de los residentes en la dirección prenotada (Folio 163 cuaderno número 1 de tutela).

De otro lado, mientras las autoridades judiciales y de policía no encontraban al señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, paradójicamente los testigos bajo juramento informaron que se encontraban con el acusado incluso tres (3) meses después de ocurrido el hecho desarrollando sus labores cotidianas sin ningún apremio y sin la más mínima señal de estar ocultándose de la acción de la justicia. Entonces, cómo puede hablarse de ocultamiento del señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ si buena parte de la investigación se dedicó a buscar al señor llamado RICARDO MORA y nunca requirió a los testigos para que guiaran a las autoridades a los lugares donde libremente circulaba el presunto homicida, conformándose simplemente ordenar la captura y enviar comunicaciones telegráficas a la dirección en la cual ni siquiera había un indicio de que el señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ residiera o hubiera residido.

Sobre esta base no es aventurado concluir que en los hechos que hoy se revisan el señor WILSON HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, nunca fue buscado durante el proceso por las autoridades judiciales y de policía y por lo tanto mal podría predicarse renuencia a comparecer u

ocultamiento de la acción de la justicia. También se observa que contrario al deber permanente de búsqueda del procesado, el juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá de manera indolente envía comunicación notificando la sentencia al condenado a una dirección que ni siquiera aparece en el expediente (folio 217 cuaderno numero 1 de tutela), pues es muy distinta la Calle 89 No 35-10 Este, que la Calle 39 No 35-10 Este consignada en el marconigrama. Por tanto, si la inasistencia del sindicado al proceso proviene de una causa imputable al Estado, es viable que se solicite el amparo a través de la acción de tutela de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, siempre y cuando se demuestre que las entidades demandadas incurrieron en irregularidades sustanciales que vulneraron su derecho al debido proceso:

“Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela⁵, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado.”⁶

No se reprocha el trabajo previo para obtener la identificación e individualización del presunto autor del delito, que concluyó con el señalamiento del señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Lo que se censura son las tibias actuaciones subsiguientes para localizar y aprehender al procesado cuya búsqueda se redujo a librar telegramas a una dirección en la cual se sabía que no vivía, a pesar de tener bases testimoniales que daban luces sobre el lugar en que se encontraba durante los meses subsiguientes al hecho luctuoso.

5. Debido proceso. Derecho de defensa.

El debido proceso y el derecho de defensa se predica de todas las actuaciones judiciales y administrativas, de un manera permanente, no fraccionada. Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte ha expresado que el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas y de interponer los recursos de ley⁷. El proceso penal no es ajeno al respeto del derecho de defensa como lo

expone el tratadista JOSE VICENTE GIMENO SENDRA :

“Por derecho de defensa puede entenderse el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les conceda a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano”⁸

Como se resaltó en el punto inmediatamente anterior, el señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no compareció al proceso debido a la deficiente labor de investigación realizada por las entidades judiciales demandadas, que nunca realizaron una verdadera labor de localización y captura como para inferir que HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se estaba ocultando, relegando la tarea a fecha posterior a la ejecutoria del fallo lo que hizo nugatoria cualquier oposición material del sujeto pasivo del proceso penal.

Teniendo en cuenta el marcado carácter dual de la defensa en el sistema penal, en el caso que se revisa no solamente se vulneró la defensa privada o material del sindicado, sino que se coartó la defensa pública o formal que le es propia al defensor de oficio. A pesar de que la resolución por medio de la cual se declaró persona ausente a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, designó al doctor IVAN ELY CARDENAS GALLO, este nunca tomó posesión del cargo y menos realizó ninguna actividad defensiva hasta el 17 de junio de 1999, cuando se posesionó el doctor EDGAR MONDRAGON PAEZ. Prácticamente todo el proceso de instrucción estuvo huérfano de controversia u oposición de las determinaciones tomadas por la Fiscalía 63 delegada ante los Juzgado Penales del Circuito, quien sin ningún recato, incumplió con lo establecido en el artículo 356 vigente para la época y profirió decisiones de fondo (resolución que resolvió la situación jurídica) dirigiendo comunicaciones al doctor CARDENAS GALLO quien nunca fue sujeto procesal y menos ejerció alguna actividad en favor de WILSON HERNÁNDEZ. Por el contrario manifestó en memorial presentado a la Fiscalía demandada que hacía más de un año que se encontraba retirado del ejercicio profesional y domiciliado fuera de la ciudad de Bogotá.

El agotamiento de los estadios del proceso por parte de la Fiscal 63 fue formalmente legal, pero esa legalidad solamente fue un manto que encubrió la actuación arbitraria seguida por

el ente acusador, en detrimento del principio de contradicción que es consustancial con la idea de proceso. Desobedeciendo la estructura propia del proceso penal moderno adelantó la instrucción sin el ejercicio simultáneo de la defensa, a sabiendas de que esta actividad en razón a la ausencia del sindicado quedaba en manos del defensor de oficio, cuya gestión entonces adquiriría una mayor importancia, como lo puso de relieve la sentencia C-488 de 1996:

“Para una real garantía del derecho de defensa, el mismo artículo 356 dispone un requisito que debe cumplirse al tiempo con la declaración de persona ausente, cual es el deber de la autoridad judicial competente de designar un defensor de oficio que represente al procesado con el fin de que se le garantice el respeto de sus derechos constitucionales y legales, mediante el ejercicio de todas las facultades estatuidas para ello, a saber: solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen en contra, presentar alegaciones, impugnar las decisiones que le sean adversas, etc. En este orden de ideas no puede afirmarse, como lo hace el actor, que el defensor de oficio no es más que “la satisfacción de un requisito de forma para condenar”.

De tal manera que solamente al momento de cerrarse la etapa del sumario existía legalmente una defensa técnica en cabeza del doctor EDGAR MONDRAGON PAEZ. Pero esta designación ni mucho menos puede decirse que convalida o enmienda las omisiones acaecidas durante la etapa de instrucción, sino que contrario sensu, incrementa la trascendencia de las irregularidades y confirman que todo el proceso solamente contó con dos partes : La acusación y el Juez.

En el proceso del señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la defensa únicamente fue un elemento decorativo, dentro de la pantomima que redujo a letra muerta la antítesis de la acusación. Pues mientras la Fiscalía fue acuciosa en recaudar los elementos de juicio necesarios para fundamentar el pliego de cargos, la defensa -que en la etapa de instrucción fue inexistente-, en la etapa del juicio redujo su intervención a unos alegatos lacónicos en la Audiencia Pública de Juzgamiento que desacreditan el silencio permanente del abogado defensor ante las decisiones de los despacho judiciales como “estrategia de defensa”, cuando salta a la vista que la instrucción adelantada sin abogado generaba nulidad del proceso.

Pues bien, dentro de este marco fáctico no es posible alegar incuria o negligencia de la defensa cuando en la etapa de la instrucción no existió contraparte, primero por la ausencia del procesado y segundo, porque el abogado designado en la declaratoria de persona ausente nunca se posesionó y ejerció su actividad en legal forma. El proceso penal a que las personas de este país tiene derecho involucra todas las garantías que señale la Constitución y la Ley, no las que unilateralmente decidan los funcionarios de justicia, que en la presente situación, escogieron aplicar el principio de contradicción solamente para ciertas decisiones y en determinados momentos procesales menguando la defensa técnica del procesado que de acuerdo con el artículo 356 del Código procedimental penal de la época y aún ahora, es obligatoria desde la declaración de persona ausente sin perjuicio del derecho de defensa que asiste, incluso desde cuando se da inicio a la actividad de indagación preliminar.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la defensa del señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, declarando la nulidad de la sentencia condenatoria y de todo lo actuado desde la resolución por medio de la cual se declaró persona ausente en adelante y ordenando que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación del fallo, la Fiscalía 63 delegada ante los juzgados penales del circuito de Bogotá, vincule mediante indagatoria al señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y tome las decisiones que en derecho correspondan frente a la libertad del procesado garantizando una adecuada defensa.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de julio de 2001 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 2001, por las cuales se negó la tutela impetrada y en su lugar, conceder la tutela para la protección del derecho al debido proceso y al derecho de defensa del señor WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Segundo.- DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal seguido contra

WILSON NEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a partir de la declaración de persona ausente, incluida la sentencia proferida por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá de 29 de marzo de 2000, mediante la cual se le condenó como responsable del delito de homicidio simple.

Tercero.- ORDENAR a la Fiscalía 63 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reponga las actuaciones anuladas vinculando mediante indagatoria al señor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y tome las decisiones que en derecho correspondan frente a la libertad del procesado además de garantizar la adecuada defensa.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Crf. Sentencia No. T-231 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Octubre 01 de 1991. M.P. Gustavo Gómez Velásquez.

4 M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Mediante sentencia T-039 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia del mismo. De manera reciente se encuentra la sentencia T-759 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

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

7 Sentencias C-617 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-589 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-990 de 1990 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 GIMENO SENDRA , José Vicente. Constitución y Proceso. Editorial Tecnos. Madrid :1988. Pag. 89.