Sentencia T-062/02

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE-Vinculación/PROCESO PENAL-Conocimiento de éste por medios diferentes a la notificación

Si bien una persona a la que se le imputa, sindica o procesa como presunta autora o partícipe de uno o más delitos en un expediente penal, y sabe de la existencia del mismo, puede asumir su defensa material en la forma que estime pertinente, esto es, compareciendo voluntariamente al proceso, o no haciéndolo, la verdad es que si opta por esto último, no puede a posteriori alegar válidamente que justo por su condición de ausente se le violó el debido proceso, y específicamente el derecho de defensa, pues la postura de contumaz que libremente asume, como es apenas obvio, anula su defensa material y puede limitar de paso y de manera ostensible un eficaz ejercicio de la defensa técnica, porque el defensor de oficio que por disposición constitucional y legal se impone nombrarle al ausente, se enfrenta, en la mayoría de los casos, indiscutible y básicamente a lo que le presentan las pruebas de cargo, en tanto desconoce cuáles podrían ser las explicaciones de su procurado frente al comportamiento delictivo que se le atribuye, para así determinar cuáles podrían ser las pruebas conducentes y pertinentes que apuntarían a demostrar la inocencia. En el caso bajo estudio, aparece probado que el actor, aunque por medio distinto a la propia actividad del funcionario judicial correspondiente, efectivamente se enteró de que en su contra se adelantaba el proceso penal, y ese hecho ocurrió el 8 de marzo de 2000, fecha para la cual en la investigación penal, sin bien se había ordenado su vinculación, ni siquiera se había impartido orden de captura en su contra porque ello se materializó el 27 de marzo de esa anualidad. Resulta igualmente inobjetable que el hoy accionante contó con la oportunidad de concurrir al proceso penal, y sí así lo hubiera hecho, muy seguramente habría podido remediar lo que ahora pretende solucionar a través de la acción de tutela, y como reiteradamente se ha sostenido por la Corte, el amparo no tiene cabida en tales eventos.

Referencia: expediente T-484992.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., seis (6) de febrero de dos mil dos (2002).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dicta la siguiente

SENTENCIA

Referida al proceso de revisión de los fallos adoptados por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Penal, el 16 de mayo de 2001, y por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 3 de julio de la misma anualidad, en razón de la acción de tutela promovida por el ciudadano RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ contra la Fiscalía Seccional y el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. Petición y hechos que generan la acción.

Mediante demanda presentada el 4 de mayo de 2001 y dirigida a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el señor RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, privado de su libertad en la cárcel de Bellavista ubicada en el municipio de Bello, interpuso acción de tutela contra el Fiscal Seccional y la Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, para lograr la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la libertad y a la defensa técnica, en virtud de lo cual debía ordenársele a dichos funcionarios judiciales "dejar sin efecto todas las providencias judiciales a partir de mi declaratoria como persona ausente" y, consecuencialmente, decretar su "libertad personal".

Refirió el accionante que en denuncia penal formulada por el Gerente de la oficina de Girardota del Banco de Bogotá el 6 de mayo de 1998, por los hechos punibles de falsedad en documento privado y hurto agravado contra JUAN DAVID LOPEZ SIERRA, se mencionó su nombre como determinador de tales delitos y, en el decurso procesal, por solicitud de la apoderada de la parte civil reconocida en el proceso, se ordenó vincularlo para que respondiera por esas ilicitudes y también por concierto para delinquir. Así se dispuso y por ello el 27 de marzo de 2000 se libró en su contra orden de captura en la que se registró como su dirección la "calle 50ª No. 27ª 14 de Medellín", pese a que el Banco de Bogotá había

allegado a la investigación un escrito en el que indicó que su residencia estaba ubicada en la "calle 50ª No. 39-16 Apartamento 301, teléfono 2161776", la que efectivamente era correcta, con excepción del número del apartamento, pues en realidad era el 302 de la misma edificación.

El 9 de octubre de 2000 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de hurto agravado, falsedad documental y concierto para delinquir. El 8 de marzo de 2001 se celebró la audiencia pública y mediante sentencia del día 12 siguiente, el Juzgado Penal del Circuito de Girardota lo condenó a la pena principal de 60 meses de prisión. El fallo fue notificado por edicto y el defensor de oficio designado no interpuso recurso alguno quedando debidamente ejecutoriado.

Consideró el actor que se le quebrantó el derecho fundamental al debido proceso y particularmente el de defensa (artículo 29 C. P.), por cuanto la Fiscalía instructora incurrió en un yerro a lo largo del proceso, en tanto que, en forma negligente, lo citó reiteradamente a una dirección que no correspondía a la de su residencia, pese a que el Banco de Bogotá había suministrado la dirección correcta. Además, la Fiscalía pudo obtener información para ubicarlo verificando que aparecía como "abonado telefónico" de las Empresas Públicas de Medellín, y también a través de las Oficinas de Instrumentos Públicos y de Catastro de dicha ciudad, pues en ambas aparecía como propietario del apartamento de la calle 50 No. 39-16. Así mismo, se le pudo haber ubicado teniendo en cuenta que dos años atrás su apartamento había sido allanado por orden de la Fiscalía Seccional de Medellín y ese hecho fue mencionado por el Banco de Bogotá en uno de los escritos aportados a la investigación. Igualmente, en autos se conocía que era miembro del Sindicato de Trabajadores Bancarios – Aceb – y allí era fácilmente localizable.

Estimó el petente que también se le quebrantó el debido proceso porque su vinculación al expediente penal se produjo el 27 de marzo de 2000, fecha para la cual ya se habían practicado todas las pruebas, sin su presencia física ni la de su defensor de oficio, razón por la cual no pudieron ser controvertidas. Además, se vulneró su derecho a la defensa técnica, puesto que los defensores de oficio no hicieron gestión alguna para una adecuada defensa frente a los cargos formulados, porque la abogada inicialmente nombrada no presentó memorial alguno, y quien la sucedió en el cargo, si bien participó en la audiencia pública, hizo una tímida defensa de su accionar, sin un análisis serio de la prueba, de las nulidades

presentadas y ni siquiera recurrió la sentencia pues fue notificado por edicto.

Concluyó que la juez penal accionada incurrió en una vía de hecho al dictar la sentencia condenatoria no obstante todas las anomalías presentadas, ya que no ejerció el control de legalidad que por disposición legal y constitucional le correspondía efectuar.

El accionante acompañó a la demanda fotocopia del proceso penal que se adelantó en su contra, así como de un certificado de tradición y libertad correspondiente al inmueble ubicado en la "Calle 50 A # 39-16 APTO 302", en el que aparece como propietario del bien.

2. El proceso penal adelantado contra el accionante.

Las copias del proceso penal adelantado contra el ahora accionante RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, permiten sintetizar la actuación cumplida de la siguiente manera:

2.1. La denuncia penal fue formulada el 6 de mayo de 1998 por el ciudadano NEVARDO DE JESÚS RAMÍREZ RESTREPO, Gerente de la Oficina Girardota del Banco de Bogotá. en el texto de la queja penal, el señor RAMÍREZ refirió que, según versión del señor JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA, quien se desempeñaba como auxiliar de operaciones-ahorros-, de la oficina Girardota, a partir de 1997 recibió instrucciones del señor RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, también empleado del Banco y sindicalista, para que se apropiara de tarjetas débito no personalizadas (no demarcadas con nombre alguno o cuenta), de cuentas de ahorro de dicha oficina, para que, una vez activadas por el propio LOPEZ SIERRA las entregara a diversas personas enviadas por FERNÁNDEZ MÁRQUEZ. De ese modo, se sustrajeron en múltiples oportunidades dineros de las cuentas de ahorros a través de cajeros automáticos, por cifra superior a los 27 millones de pesos.

Así mismo, el señor RAMÍREZ RESTREPO aseveró en la denuncia que: "Vale la pena mencionar que el denunciado RAMIRO FERNANDEZ MARQUEZ se ha visto involucrado en varias investigaciones por delitos cometidos al interior del Banco de Bogotá, por lo cual en la actualidad la Fiscalía Seccional 19 de esta Ciudad, adelanta el sumario nro. 5534 y bajo el cual se profirió a FERNANDEZ MARQUEZ, medida de aseguramiento consistente en caución

prendaria” (Subrayas y negrillas fuera de texto) (Fls. 8).

2.2. El 15 de mayo de 1998, la Fiscalía 15 Delegada de Medellín ordenó adelantar “INVESTIGACIÓN PREVIA” (Fl. 32).

2.3. Con escrito fechado el 18 de mayo de 1998, el denunciante aportó a la investigación las hojas de vida de los señores JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA y RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ1. Señaló en el memorial que “el Señor Ramiro Fernández Márquez, quien se identifica con la C.C. 9.133.712 de Magangue, reside en la Calle 50 Nro. 39-016 Apartamento 301, teléfono 2-16-17-76 de Medellín” Igualmente, afirmó el denunciante: “Estamos allegando a esta investigación pruebas fundamentales por medio de las cuales se establece con claridad “la identificación e individualización de por lo menos dos de los autores del hecho punible”. Finalmente, solicitó que se profiriera resolución de apertura de instrucción. (Folios 33 a 55).

2.4. La investigación previa fue remitida por competencia a la Unidad de Fiscalía Seccional Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, y mediante resolución de 1º de junio de 1998, el Fiscal 103 asumió su conocimiento. El 11 de junio siguiente, se recepcionó declaración a GUSTAVO ALBERTO GARCIA ORLAS, gerente de la oficina de Girardota del Banco de Bogotá para esa fecha, quien aportó como prueba el documento original suscrito por JUAN DAVID LOPEZ SIERRA en el que éste admitió su participación en los hechos delictivos (Folios 60 a 65). Al día siguiente se escuchó en declaración a FABIO ARGIRO TILANO VEGA, Contador de la entidad bancaria, región Antioquia, quien aseveró que los señores JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA y RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ estaban siendo investigados por hechos similares “en la Fiscalía 21 y 19 de la Alpujarra”. (Folios 66 a 68).

2.5. Mediante providencia de 19 de junio de 1998, El Fiscal 103 Seccional con sede en Girardota, decretó “APERTURA DE LA INSTRUCCIÓN”, contra JUAN DAVID LOPEZ SIERRA y ordenó su captura. Ninguna alusión hizo el funcionario judicial respecto de RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ (Fl. 69).

2.6. JUAN DAVID LOPEZ SIERRA se presentó voluntariamente a rendir indagatoria. En la diligencia, el señor LÓPEZ efectivamente confesó haber incurrido en la delincuencia investigada, pero pretendió justificar el hecho aduciendo que había actuado por temor y en razón de amenazas que hizo el señor RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ contra él y los

miembros de su familia.

2.8. El 1º de junio de 1999, el procesado JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA solicitó que se le dictara SENTENCIA ANTICIPADA (Fl. 157)

2.9. El proceso pasó a conocimiento de la Fiscalía 82 Delegada con sede en Girardota. Mediante resolución de 27 de marzo de 2000, el titular de esa oficina ordenó la captura de RAMIRO FERNÁNDEZ MARQUEZ (folio 187).

2.10. El mismo 27 de marzo de 2000 se expidió orden de captura a la Policía Judicial contra RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ y en la misma se indicó como su lugar de residencia la "Cll. 50 # 27 A 14 Medellín", esto es, la que aparecía consignada en su Hoja de Vida aportada por el Banco de Bogotá (folio 189).

2.11. El 19 de mayo de 2000, el Grupo de Capturas de la Policía Judicial de Medellín informó al Fiscal 82 que en razón de la orden de captura impartida contra RAMIRO FERNÁNDEZ MARQUEZ, se adelantaron labores en la dirección señalada en la orden, en donde se indagó con el señor OSCAR DE JESÚS HENAO, quien manifestó que él residía en ese lugar desde hacía diez años y no conocía al solicitado (Fl. 225).

2.12. El 15 de junio de 2000, el Fiscal 82 Delegado ordenó el emplazamiento del implicado FERNÁNDEZ MÁRQUEZ. El 28 de junio siguiente se le declaró "sindicado ausente" al mencionado, nombrándosele como defensora de oficio a la doctora DIANA M. ARBOLEDA P., quien se notificó personalmente de la providencia el 30 de junio y se posesionó en esa misma fecha. El Fiscal, el 28 de junio libró oficio No. 698 al procesado FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, a la "Calle 50 Nro. 27A-14", para informarle de la decisión adoptada (Folios 221 a 227).

2.13. El 16 de agosto de 2000, se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos contra el procesado JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA para dictarle sentencia anticipada. En tal virtud, el fiscal dispuso en la misma acta el rompimiento de la unidad procesal para enviar el cuaderno original del proceso al Juzgado Penal del Circuito y continuar la investigación respecto del incriminado RAMIRO FERNÁNDEZ en el cuaderno de copias. (Fls. 252 a 254).

2.14. El 2 de agosto de 2000, la Fiscalía 82 resolvió la situación jurídica del vinculado en ausencia RAMIRO FERNÁNDEZ, afectándolo con medida de aseguramiento de detención

preventiva. La providencia fue notificada personalmente a la defensora de oficio del procesado el 8 de agosto de 2000. El día 9 siguiente, el Fiscal envió el oficio No. 825 con destino a RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, a la Calle 50 No. 27A-14, solicitándole que compareciera para notificarse de su situación jurídica. En esa misma fecha, el Técnico Judicial II de la Fiscalía dejó constancia según la cual "marcó varios números telefónicos diferentes que el señor Ramiro Fernández (sic) Márquez (sic) dejó impreso (sic) en la Hoja de vida que le presentara al Banco de Bogotá obrante en el expediente a fl 44 fte. Ello con el objeto de tratar de ubicarlo y poder notificarle la resolución que definió la situación jurídica como persona ausente". Contra la providencia no se presentó recurso alguno (Fls. 238 a 250).

2.15. El 4 de septiembre de 2000, el Fiscal 82 Delegado solicitó a las Fiscalías 21 y 19 de Medellín, respectivamente, que enviaran a su Despacho "el estado actual del proceso que se adelanta en esa unidad en contra de RAMIRO FERNANDEZ MARQUEZ y JUAN DAVID LOPEZ SIERRA. Por presuntos ilícitos de falsedad y Estafa y donde figura como afectado el Banco de Bogotá" (Fls. 279 y 280).

2.16. El mismo 4 de septiembre de 2000 el Fiscal 82 Delegado declaró cerrada la investigación. La providencia se notificó personalmente a la defensora de oficio del procesado FERNÁNDEZ MÁRQUEZ el 5 de septiembre y, con el fin de notificar a éste, se le envió oficio, nuevamente, a la Calle 50 No. 27-A 14. (Fls. 281 y 283).

2.17. Sin que la defensora de oficio hubiera presentado alegato de conclusión alguno (la apoderada de la Parte Civil sí lo hizo), la Fiscalía 82, mediante providencia de 9 de octubre de 2000 calificó el mérito del sumario afectando con RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN a RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, por los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documentos y hurto. Declaró que el procesado no tenía derecho al beneficio de "excarcelación", razón por la cual se recabaría en su captura (Fls. 293 a 298)).

2.18. La apoderada de oficio se notificó personalmente de la resolución de acusación el 11 de octubre, sin que interpusiera recurso alguno (Fl. 299).

2.19. Remitido el proceso al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, el 15 de febrero de 2001, la Juez dictó auto en el cual, además de señalar nueva fecha y hora para celebrar la audiencia pública, tomando en cuenta que la doctora DIANA M. ARBOLEDA P., "se alejó de esta población, sin que hasta la fecha haya sido posible su localización", la reemplazó y

nombró al doctor JOHN JAIRO CORREA BOTERO para que asumiera la defensa oficiosa del contumaz (Fl. 317).

2.20. El 8 de marzo de 2001 se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, y en ella el defensor de oficio del procesado demandó su absolución sobre la base de que existía "duda probatoria" que debía resolverse en favor de éste, porque la acusación se apoyó exclusivamente en el testimonio de JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA y creer que éste actuó en todas las oportunidades instigado por las amenazas de RAMIRO FERNÁNDEZ era una ingenuidad. Destacó que los demás testimonios allegados señalaban únicamente a LÓPEZ SIERRA como único autor de los hurtos y de las falsedades. Finalmente, argumentó que el hecho de que su defendido tuviera la condición de contumaz no indicaba absolutamente nada comprometedor para él, porque cada quien enfrentaba a su manera el proceso penal y el miedo a la privación de la libertad (Fls. 329 a 330).

2.21. El 12 de marzo de 2001, el Juzgado Penal del Circuito de Girardota dictó la sentencia de rigor, en la que condenó al procesado en ausencia RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ a la pena principal de 60 meses de prisión, por hallarlo penalmente responsable como coautor material de los delitos de concierto para delinquir, "en concurso material homogéneo y sucesivo (sic)" con los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado. Igualmente, indicó que el Juzgado se abstenía de conceder al sentenciado "subrogado penal alguno" por no reunirse los requisitos del artículo 68 del Código Penal.

El contenido del fallo pone de presente que la sentenciadora consignó las razones por las cuales confería credibilidad a los dichos del señor JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA al señalar a FERNÁNDEZ MÁRQUEZ como el artífice de la delincuencia, pese a no haberle creído a aquél sus explicaciones en el sentido de que había actuado por insuperable coacción ajena (Fls. 331 a 338).

2.22. La sentencia fue notificada personalmente al Fiscal y al Agente del Ministerio Público. El Secretario del Juzgado, el 14 de marzo de 2001, dejó constancia en el sentido de haber citado telefónicamente al defensor de oficio del procesado para que se notificara del fallo, al igual que a la apoderada de la Parte Civil. El 16 de marzo igualmente hizo constar que se había fijado edicto para surtir la notificación (Fl. 339).

2.23. El 4 de abril de 2001, RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ fue capturado por el CTI de la Fiscalía, cuando se encontraba rindiendo una declaración en las instalaciones del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, en virtud de la información que sobre ese hecho se suministró por parte del Departamento de Seguridad del Banco de Bogotá. 2

4. Pronunciamiento de las autoridades judiciales accionadas.

El doctor OVIDIO A. RESTREPO A., argumentó que el despacho a su cargo sí trató de hacer comparecer al entonces sindicado RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, a quien se intentó localizar para su captura con la colaboración de la apoderada de la Parte Civil y el Grupo de Seguridad del Banco de Bogotá, obteniéndose información de que el mencionado debía presentarse a un Juzgado Laboral, pero la aprehensión sólo se produjo con posterioridad al fallo.

Explicó el funcionario accionado que las citaciones se enviaron a la dirección que aparecía indicada en la Hoja de Vida del señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ que se allegó al expediente por el Banco de Bogotá. Afirmó que él mismo tuvo la precaución de buscar el nombre del procesado en el directorio telefónico por aquella época y no aparecía como suscriptor, como tampoco aparecía en la actualidad. Igualmente, dijo que solicitó a su auxiliar que llamara al mayor número posible de personas señaladas por el hoy accionante en su hoja de vida, lo que el subalterno hizo en su presencia, y le contestaron que no lo conocían. Como si ello fuera poco, con el afán de garantizar el derecho de defensa del sindicado, le pidió ayuda a la Cadena Radial Caracol, con amplia difusión en el área metropolitana (de Medellín), para que el señor FERNÁNDEZ se presentara y éste no lo hizo.

Concluyó que no fue deseo del accionante enfrentar a la justicia y buscó en todo momento eludir la acción de la misma, pues era un hecho irrefutable que en el proceso laboral adelantado en el Juzgado Segundo, por información de la doctora MARIA DEL PILAR ZULETA (apoderada de la Parte Civil), el señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ se enteró de que se adelantaba una investigación en su contra por los delitos señalados en el proceso, y que se le requería desde el año anterior, pero nunca compareció, evidenciándose su contumacia.

En cuanto a la falta de defensa técnica planteada por el actor, el Fiscal accionado puso de presente que la Fiscalía enteró de todas las decisiones a la defensora de oficio, de modo que si ésta consideró oportuno no presentar alegatos en su momento, ello no significaba que

abandonó la defensa del contumaz, pues, como lo ha sostenido la Corte, ese puede ser un medio defensivo. Posteriormente, el Juzgado de conocimiento le nombró a otro profesional del derecho ante inconveniente presentado por su antecesora, pronunciándose (en la audiencia pública) “de manera corta pero con peticiones claras”, luego no hubo falta de defensa.

4.2. De la Juez Penal del Circuito de Girardota.

La doctora MARÍA GISELA BARRIENTOS TOBÓN explicó que en razón de que el procesado RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ había sido declarado persona ausente, el Despacho a su cargo no reiteró las citaciones a éste para efecto de las notificaciones. Agregó que fue necesario reemplazar a la abogada inicialmente designada como defensora de oficio, por otro profesional que sin restricción alguna y de acuerdo con sus capacidades dirigió y concretó las alegaciones orientadas a la defensa del hoy accionante, notificándose la sentencia a dicho defensor y a la parte civil por edicto, luego de citársele mediante llamada telefónica.

II. LOS FALLOS OBJETO DE REVISION

1. Primera instancia

Mediante sentencia de 16 de mayo de 2001, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, RECHAZÓ, por improcedente, la acción de tutela promovida por RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ. El sustento de la decisión se redujo a que se estaba frente a un fallo penal ejecutoriado y el Fiscal y la Juez accionada observaron las formalidades propias del debido proceso, que incluye el derecho a la libertad y a la defensa técnica o material, última que no ejerció el accionante por su estado de contumacia. Agregó que el proceso fue rituado conforme a las formalidades legales y las normas sustantivas aplicadas fueron las correctas.

2. Impugnación.

El accionante cuestionó el fallo dictado con la aspiración de que fuera revocado, porque en éste no se analizaron todos los puntos que motivaron su demanda de tutela, esto es, la violación al debido proceso por indebido emplazamiento, el quebrantamiento del derecho a la contradicción de la prueba y la ausencia de defensa técnica, todo lo cual confluyó para que se dictara una sentencia que en su sentir constituía una vía de hecho.

Luego de reiterar que era indispensable que la Fiscalía agotara todos los trámites necesarios para localizarlo y que en ese sentido existió negligencia, el impugnante agregó que era inadmisible la explicación del Fiscal 82 el sentido de que él (el accionante) sabía de la existencia del proceso, pues se fundamentaba en "explicaciones increíbles" y no en pruebas que así lo acreditaran. Insistió en que el Fiscal debía gestionar su búsqueda máxime si aparecía su dirección en el expediente como también obraba que por Estafa se le adelantaba otro proceso por la Fiscalía Diecinueve Delegada de Medellín.

Recabó en que debió averiguarse en las Empresas Públicas de Medellín, en Aceb (Asociación de Empleados Bancarios) y el Catastro para tratar de localizarlo y, además, si el funcionario judicial sabía de la existencia de la demanda en el Juzgado Laboral, también debió oficiar allí, toda vez que en el acápite de direcciones aparecía la suya, la cual no era la misma a donde la Fiscalía le envió las citaciones. Para el mismo efecto, en  diligencia de descargos que rindió en la Fiscalía Diecinueve de Medellín en el proceso por estafa que se le siguió, también aparecía su dirección, pudiéndose probar que concurrió a defenderse de los cargos injustos que le hizo el Banco de Bogotá y por ello fue absuelto por un Juzgado Penal del Circuito de Medellín.

Reseñó que la Juez Penal del Circuito de Girardota, por su parte, también incurrió en "violencia legal en contra del mandato de la Constitución", puesto que su única actuación para localizarlo fue la de "publicar un aviso en Caracol", de cuya publicidad no aparece constancia, como si el sindicado estuviese obligado a escuchar una determinada cadena radial. Agregó que la función del juez no podía ser tan simplista porque tenía a su cargo el control de legalidad del proceso, aún de manera oficiosa, si el defensor no ejercitaba ninguna acción de nulidad.

Afirmó el impugnante que no concurrió al proceso penal adelantado en su contra porque el Estado, a través de sus órganos competentes, no obstante aparecer su dirección en el expediente, intentó notificarlo en sitio distinto y por ello vulneró su derecho a la defensa, debiéndose destacar que la persona que realmente recibió el citatorio, le expresó al grupo de Policía (que trató de localizarlo para su captura), que residía desde hacía diez año allí, pero pese a ello, la Fiscalía, en forma absurda, no se percató de esa circunstancia y siguió notificándolo allí (enviándole citaciones).

En punto a la violación de su derecho de defensa –como aspecto particular del derecho al debido proceso-  y del derecho a la contracción, el impugnante recabó que todas las pruebas en el proceso penal se practicaron con anterioridad a su vinculación al proceso y su defensor (a), que sólo existió de nombre, no las controvirtió, no presentó memorial alguno, no interpuso recursos ni solicitó la práctica de pruebas, y el togado que fue finalmente nombrado intervino apenas por tres minutos en la audiencia pública y tampoco interpuso recursos ni gestionó nulidad alguna frente a la "aberración procesal" que se seguía en su contra.

3. Coadyuvancia de la Defensoría del Pueblo.

Mediante escrito recibido en la Corte Suprema de Justicia el 20 de junio de 2001, el señor Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, intervino para coadyuvar en la impugnación presentada por el accionante contra la decisión de primera instancia.

El funcionario puso de presente en su memorial que la Corte Constitucional, de una parte, ha precisado que estando de por medio la libertad personal y la presunción de inocencia, el juzgador debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, agotando todos los medios posibles para localizarlo y asegurar así el ejercicio de su derecho de defensa (Sentencia SU-960 de 1999), y de otro lado, que si el procesado no se oculta, y no comparece al proceso por falta de diligencia de las autoridades competentes, éste cuenta con la posibilidad solicitar la nulidad de lo actuado en cualquier momento, pero si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela (Sentencia C-488 de 1996).

Sobre tales bases, consideró el representante de la Defensoría del Pueblo que en el caso materia de la acción de tutela propuesta, los autoridades judiciales no actuaron en forma diligente para comunicarle al procesado la existencia del averiguatorio penal en su contra, pues les era exigible citarlo a la dirección que suministró el Banco de Bogotá, pero como no lo hicieron no tuvo conocimiento del expediente penal para hacerse presente y ejercitar su derecho a la defensa, sin que tal omisión se justifique por el hecho de que la Fiscalía pretendió notificarlo a una dirección donde el sindicado se localizaba con anterioridad,

porque en el proceso ya existía constancia aportada por el Banco acerca de su nuevo paradero. Concluyó, entonces, que de ese modo también se le cercenó al procesado la posibilidad de designar un defensor de confianza.

Así mismo, estimó que la premisa fáctica en que se fundó la acción de tutela promovida –falta de defensa técnica y material- es correcta, porque la defensora de oficio inicial no intervino para nada en el proceso, e idéntica situación se podía predicar respecto de quien la reemplazó, pues se limitó a intervenir en la audiencia pública y no apeló la sentencia condenatoria, como exigencia mínima de una adecuada actividad profesional en pro de los intereses del procesado.

Concluyó que evidenciándose fallas en la defensa técnica del procesado, sin posibilidad de ejercerse los recursos ordinarios y extraordinarios del caso ante la sentencia condenatoria no apelada, esa situación habilitaba la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa que le fueron vulnerados al actor dentro de la actuación penal surtida en su contra.

4. Segunda Instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia de 3 de julio de 2001, CONFIRMÓ el fallo de tutela dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en Sala de Decisión.

En la sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se refiere a las irregularidades indicadas por el demandante, y al respecto, observa que:

a) Los funcionarios accionados tenían competencia para instruir, acusar y juzgar al peticionario (artículos 72 y 127 del Código Procesal Penal).

b) El accionante no formula reparo alguno a la sentencia condenatoria dictada en su contra, ni a la valoración probatoria efectuada por la juez, ni en lo relativo a la dosificación punitiva, como tampoco a la clase sanción impuesta.

c) Las críticas que formula el actor al trámite procesal no alcanzan a afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la defensa técnica, debido proceso y contradicción, cuya protección reclama.

d) Durante el transcurso del proceso penal el accionante contó con un defensor de oficio que estuvo atento a las citaciones que se le hicieron, se notificó personalmente de algunas determinaciones e intervino en la vista pública. Se plantea por el actor una crítica de manera general y abstracta, a la falta de actividad de la defensa, representada en la no petición de pruebas, sin indicación de que del contexto procesal se desprendía la posibilidad de pedir alguna prueba en concreto, cómo hubiera favorecido la situación procesal del accionante de haberse practicado, o de qué modo pudo el defensor de oficio haber ejercido el derecho de contradicción respecto de las pruebas obrantes, ya que en virtud del estado de contumacia del procesado sólo contaba con los elementos de juicio que le brindaba el proceso, quedándose el cuestionamiento en el plano de lo abstracto, cuya particularización o concreción no puede suplir el juez constitucional entrando a definir un aspecto que está fuera de su competencia.

e) El defensor de oficio mal podía argumentar la existencia de una nulidad sobre bases no ciertas -la omisión en el envío de citaciones al procesado a la dirección correcta que aparece en el proceso- por cuanto, la reportada por el denunciante no era tampoco la correcta. De otra parte, si el ejercicio de la interposición de recursos está condicionado a que las decisiones sean desfavorables al sujeto procesal, desborden el marco legal o resulten equivocadas, pero el defensor estimó que las providencias no eran lesivas para los intereses del sindicado, mal podía interponer recursos sin propósito alguno.

f) El accionante estructuraba la vía de hecho en que obrando su dirección en el proceso, reportada por el denunciante el 18 de mayo de 1998, ni la Fiscalía ni el Juzgado accionados lo citaron a la misma, ni fue reportada a los organismos de seguridad para garantizar su comparecencia al proceso. Empero, confrontada tal dirección con la que aparecía en el certificado de tradición del inmueble aportado por el actor, se colegía que su afirmación no era cierta, porque la dirección indicada por el denunciante fue la calle 50 No. 39-016, apartamento 301, y el documento aportado por el accionante señalaba que el inmueble está localizado en la calle 50 A No. 39-16, apartamento 302, esto es, que la dirección que reposa en el proceso penal no es la del peticionario.

g) No obstante que en el curso del proceso ninguna citación se dirigió a la otra dirección reportada por la perjudicada por los delitos, sino que la Fiscalía se limitó a citar el procesado a la dirección que él mismo había suministrado a la entidad bancaria, lo cual “constituía una

irregularidad porque era su deber agotar todos los medios a su alcance para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso”, lo cierto era que tal omisión, de no haberse producido, en nada hubiera cambiado el rumbo del proceso, por cuanto esta dirección tampoco correspondía al sindicado y las comunicaciones a la misma hubieran resultado intrascendentes.

h) En el proceso no existe ninguna manifestación referida a que el señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ perteneciera al sindicato Aceb, sino una referencia tangencial de que era sindicalista y no un dato cierto que permitiera establecer un vínculo claro con alguna de las muchas organizaciones sindicales. No se tenía conocimiento de que fuera propietario de bienes inmuebles, de lo cual pudiera colegirse que podía obtenerse información de las oficinas de registro.

i) La inactividad que se predicaba del funcionario instructor no fue caprichosa. Intentó por los medios a su alcance localizar al procesado para que pudiera ejercer el derecho de defensa material, pues así lo indicaban las reiteradas comunicaciones que se enviaron a la dirección que él reportó a la entidad para la cual trabajaba y que no se preocupó por actualizar en los diez años de su vinculación laboral. El funcionario también indicó el mismo lugar como su domicilio en la orden de captura que expidió para surtir la indagatoria, se le buscó a través de las personas que señaló como sus referencias (en la Hoja de Vida) y se le citó por medio de una radiodifusora, esto es, que se realizaron todas las actividades posibles y razonables para que tuviera conocimiento del proceso.

j) Se puntualizó textualmente en el fallo: “… [e]l procesado tuvo conocimiento de la existencia del proceso, por cuanto, su artífice fue procesado, detenido y condenado; además, de señalar el proceso que en su contra se adelantaban otras investigaciones penales, como así lo refiere el contador del Banco (fl. 66)y lo reflejan sus antecedentes; a su vez, el Fiscal Delegado, en la respuesta que da a la demanda de tutela, indica que por información que obtuvo de la apoderada de la parte civil, la existencia de este proceso había sido informada al Juzgado Laboral del Circuito, donde cursa el proceso laboral iniciado por el accionante en contra del Banco, por despido injustificado, en cuyo desarrollo se produjo la captura, información que debe dársele crédito por provenir de un funcionario judicial. Luego, el accionante, contribuyó con su conducta procesal a que fuera juzgado en contumacia, al omitir el deber de comparecer al proceso”. (Se destaca y subraya por la Sala).

k) De los elementos de juicio reseñados, se colegía que el fallo condenatorio no fue producto de la arbitrariedad o el capricho del juzgador, sino que obedeció a un análisis razonado del acervo probatorio, por lo que se concluía que la decisión no configuraba 'vía de hecho', motivos por los cuales no podían atenderse las pretensiones del accionante y de la Defensoría del Pueblo.

III. SOLICITUD DE INSISTENCIA DE REVISIÓN POR PARTE DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO.

En escrito recibido el 31 de agosto de 2001 en esta Corporación, el señor Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, solicitó a la Corte Constitucional la revisión del expediente, encaminada a propiciar la consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional sobre los alcances de los derechos al debido proceso y defensa en relación con el emplazamiento del procesado y su declaratoria de persona ausente. Para tal efecto, el funcionario reiteró los argumentos que esbozó a tiempo de coadyuvar la impugnación que el accionante presentó contra el fallo de primer grado.

La Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional, mediante auto de 27 de septiembre de 2001, aceptó la insistencia de revisión de los fallos de tutela dictados dentro del expediente.

IV. PRUEBA PRACTICADA POR LA CORTE

La Sala Novena de Revisión solicitó al Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín que remitiera a la Corte copias de la demanda, del escrito de contestación a la misma y del acta de la diligencia de interrogatorio de parte que hubiese sido absuelto por RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, obrantes en el proceso ordinario laboral que éste inició contra el Banco de Bogotá.

El funcionario judicial requerido allegó en su oportunidad las piezas procesales solicitadas.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La Competencia.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 87 y 241, numeral 9 de

la Constitución Política, en armonía con lo previsto en Decreto 2591, artículos 33 a 36, reglamentario de la acción de tutela.

2. La materia. La acción de tutela contra providencias judiciales por constituir vías de hecho. El debido proceso penal y el derecho de defensa como elemento esencial del mismo. Reiteración de jurisprudencia.

El caso que compete abordar a la Sala, guarda similitud con otros que ya han sido objeto de examen en varias oportunidades por la Corte Constitucional.

Es procedente, entonces, reiterar:

2.1 Sentencia SU.1722 de 2001. M. P. (E) Jairo Charry Rivas:

"… la acción de tutela es viable para restaurar el imperio del derecho quebrantado, cuando la decisión judicial constituye por sí misma una arbitrariedad y no existen o están agotados los medios judiciales de defensa apropiados que hagan procedente la adopción de medidas definitivas de protección 3.

"2.3. Para justificar la procedencia de la tutela frente a la vía de hecho, la Corte ha recogido, lo que podría denominarse los "presupuestos de la acción", que se concretaron, entre otras decisiones en la sentencia T-567/98, en donde se expresó:

'La Corte ha considerado que una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico'.

“Por la misma naturaleza de la vía de hecho, este vicio, que justamente se consagra como un “abuso de poder” del operador jurídico, no puede predicarse en relación con las controversias que surjan por motivo de la interpretación que el juez del conocimiento del fallo acusado haya hecho de las normas que aplicó para decidir el caso particular, porque ello excedería las posibilidades de la tutela, y atentaría, por el contrario, contra el principio de autonomía judicial, en cuya virtud el juez es responsable de fijar el alcance de las normas que aplique, cuando ello sea necesario.

“2.4. En materia penal, el principio de legalidad se traduce en la necesidad imperiosa e insoslayable de que el legislador defina previamente el delito y la pena, el juez competente y las formas propias de cada juicio. Esa exigencia constitucional constituye, como lo ha señalado la jurisprudencia4 de la Corte una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y correlativamente, un medio de limitación del poder punitivo del Estado que ejerce a través de los operadores judiciales.

2.2. Sentencia SU.960 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo:

“2. El derecho de defensa, elemento esencial del debido proceso

“El artículo 29 de la Carta Política consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Según el mandato constitucional, nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“La norma ordena a los funcionarios competentes en tales actuaciones partir de la presunción de inocencia de la persona imputada mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

“El caso objeto de análisis expone a las claras una situación de absoluta imposibilidad del procesado para conocer que se le adelantaba un proceso y, por tanto, para ejercer su derecho constitucional a defenderse, lo que lleva a esta Corte a formular algunas consideraciones en torno a la función del proceso y a la responsabilidad del Estado por no garantizar, como lo manda la Constitución, que los procesados tengan efectiva y real oportunidad de hacer valer sus razones durante la investigación y el juicio.(Subrayas y negrillas fuera de texto).

“…”

“Por supuesto, el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria.

“Así lo tiene dicho esta Corte:

‘Para la Corte Constitucional es ilusorio el concepto del Estado de Derecho y vana la idea de justicia si el ordenamiento jurídico -no solamente por cuanto atañe al plano normativo Fundamental sino en la esfera legal y en las escalas inferiores de la normatividad- carece de una mínima certidumbre, resguardada por mecanismos idóneos y efectivos, acerca de que nadie será objeto de sanción sin oportunidades de defensa.

‘…’

‘El artículo 29 de la Carta, por expresa voluntad del Constituyente plasmada en su mismo texto, es de obligatoria e ineludible observancia en toda clase de actuaciones tanto judiciales como administrativas, de tal modo que, ante la meridiana claridad del precepto, ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular  encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades, si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora.

‘El Estado no puede condenar a un individuo sino sobre la base de haberlo oído y vencido en juicio, esto es, la decisión de la autoridad que impone sanción al inculpado como consecuencia de su conducta únicamente puede estar fundamentada en que se haya discernido y declarado que es culpable, desvirtuando la presunción de inocencia dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que aseguran sus posibilidades de defensa y contradicción.

‘…’

‘Tal como lo dispone el artículo 29 de la Carta, quien sea sindicado de haber incurrido en infracción de la ley tiene derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes a la acción u omisión que se le imputa; a que el correspondiente juicio o actuación se adelante ante juez, tribunal o funcionario competente, con plena observancia de todas las formas contempladas en la ley para ese proceso o actuación; a que se le aplique de preferencia la norma favorable si se trata de un asunto penal; a su defensa; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la decisión que lo condena y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-007 del 18 de enero de 1993).’

“Pero, para que todo ello pueda realizarse, es necesario que el imputado conozca que se adelanta un proceso en su contra, sepa los motivos de su vinculación al mismo y establezca cuáles son las pruebas que al respecto han sido aportadas, así como los mecanismos idóneos previstos en la ley para su protección, pues adelantar el proceso sin conocimiento o audiencia del procesado desconoce su dignidad y hace inútil la presunción de inocencia, a la vez que lesiona de modo flagrante la garantía constitucional en cuanto imposibilita la defensa, retrotrayendo el Derecho Penal a las épocas más oscuras de la historia. (Se subraya y destaca por la Sala Novena de Revisión).

“Ello implica que la notificación, como medio de conocimiento oficial y cierto sobre la existencia del proceso, inclusive en sus etapas preliminares, es requisito sine qua non para la validez de la actuación correspondiente. Si falta, todo lo que se haya llevado a cabo es nulo, incluida la sentencia condenatoria.

“Es claro que, estando de por medio no solamente el derecho a la libertad personal sino la presunción de inocencia, que, como se recalca, requiere ser desvirtuada en forma contundente para llegar a la condena, el juzgador debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a obtener la comparecencia del sindicado al proceso, agotando todos los medios posibles para localizarlo y asegurar así el ejercicio de su derecho de defensa.(Negrillas y subrayas fuera de texto).

“Carece de toda explicación y sindéresis, a la luz del Derecho, que se pretenda trasladar al inculpado la responsabilidad de hacerse presente en el proceso, buscando al funcionario que pueda estarlo investigando o juzgando, como parece exigirlo una de las providencias

examinadas, exigencia que resulta absurda e irrealizable si para aquél ha sido materialmente imposible tener conocimiento sobre la iniciación del trámite judicial.(Subrayas y negrillas fuera de texto)

3. El caso concreto.

Para la Corte Constitucional en este caso no pasa inadvertido que el proceso penal que se adelantó contra el ahora accionante, en realidad no es precisamente un modelo a seguir tratándose de una investigación de carácter penal, pues no son pocos los cuestionamientos que pueden hacérsele.

A manera de simple enunciación, porque el caso y la decisión que finalmente se adoptará por la Sala así lo ameritan, puede decirse que eventualmente pudo haberse quebrantado el debido proceso al hoy accionante, por hechos tales como el de haberse dispuesto su vinculación a la investigación de manera tardía, cuando a partir del propio texto de la queja penal podía apreciarse que existía mérito para adelantar investigación en su contra. No obstante el 19 de junio de 1998 se ordenó apertura de instrucción solamente contra uno de los dos denunciados, dejándose de lado a otro, el hoy accionante, a quien el denunciante había señalado con indicación del número de la cédula de ciudadanía y el presunto lugar donde se podía localizar, de modo que era apenas de esperarse que la decisión de apertura también lo cobijara.

Sin embargo, la vinculación al proceso del señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ como presunto implicado, sólo se ordenó hasta el 28 de mayo de 1999, esto es, casi un año después de haberse iniciado la instrucción propiamente dicha (19 de junio de 1998). En ese lapso, se escuchó en indagatoria a LÓPEZ SIERRA, se recepcionaron varias declaraciones y se aportó variada prueba documental. En la injurada LÓPEZ SIERRA ratificó el contenido de la denuncia en el sentido de que FERNÁNDEZ MÁRQUEZ fue quien lo coaccionó para que incurriera en la delincuencia investigada.

La doctrina y la jurisprudencia han precisado que la vinculación tardía del imputado o sindicado al proceso, bien mediante indagatoria ora a través de la declaración de persona (reo) ausente, cuando desde el comienzo del averiguatorio existía mérito para vincularlo,

constituye una omisión que atenta contra el derecho de defensa, por cuanto ve cercenada su posibilidad de contradecir de manera oportuna las pruebas que se esgrimen en su contra5.

Ahora bien. Como se reseñó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estando de por medio no solamente el derecho a la libertad personal sino la presunción de inocencia, el funcionario judicial (Fiscal o Juez) debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a obtener la comparecencia del sindicado al proceso, agotando todos los medios posibles para localizarlo y asegurar así el ejercicio de su derecho de defensa.

En el caso bajo examen, el Fiscal accionado arguyó que efectivamente hizo todo lo posible para hacer comparecer al proceso al sindicado RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, pues lo citó a la dirección que le aparecía registrada en su Hoja de Vida diligenciada ante el Banco de Bogotá, ordenó a su auxiliar judicial que llamara a los teléfonos que aparecían registrados en el mismo documento de personas que lo conocían e, inclusive, solicitó ayuda a una emisora radial para que anunciara que su Despacho lo requería en razón del proceso penal que adelantaba en su contra.

Todo ello fue cierto. Empero, ¿se pregunta la Sala si esa actuación del Fiscal accionado puede calificarse como suficiente para sostener que agotó todos los medios a su alcance para localizar al implicado FERNÁNDEZ MÁRQUEZ?. Para la Corte la respuesta a ese interrogante es negativa.

En primer lugar, el Fiscal no advirtió que el denunciante señaló en uno de sus escritos en qué dirección se podía localizar para ese entonces al inculpado RAMIRO FERNÁNDEZ, y esa dirección era distinta a la que aparecía consignada en la Hoja de Vida.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de tutela de segunda instancia materia de revisión, para desechar la presunta vía de hecho alegada por ese aspecto, argumenta que al confrontar tal dirección con la que aparece en el certificado de tradición del inmueble aportado por el actor con la demanda de tutela, se colige que la dirección indicada por el denunciante fue la calle 50 No. 39-016, apartamento 301, y el documento allegado por el accionante señalaba que el inmueble está localizado en la calle

50 A No. 39-16, apartamento 302, esto es, que la dirección que reposa en el proceso penal tampoco es la del ahora accionante, de modo que, así se le hubieran enviado las citaciones a aquella dirección, su resultado hubiera sido intrascendente.

Esa apreciación no es del todo exacta, porque si bien la dirección aportada por el denunciante fue errática, se pasa inadvertido que el autor de la queja penal también indicó el número del teléfono donde se podía ubicar al encartado, y no hay constancia alguna de que el Fiscal o su auxiliar, como tampoco la juez de conocimiento o uno de sus subalternos hubiera intentado siquiera llamar a ese número telefónico en orden a establecer si allí se podía localizar al señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ.

En segundo término, también es claro que el Fiscal instructor podía agotar otro medio para tratar de averiguar por el paradero del denunciante, y éste no era otro que pedir oportunamente información a las Fiscalías 19 y 21 Seccionales de Medellín, en donde, al decir del denunciante, al inculpado FERNÁNDEZ MÁRQUEZ también se le investigada por otros delitos cometidos al interior del Banco de Bogotá.

No obstante, el Fiscal solo vino a advertir esa situación justamente el mismo día en que resolvió clausurar la investigación, y fue así como en la misma fecha se oficio a las mencionadas Fiscalías 19 y 21 Seccionales. No obra constancia en el proceso acerca de que esos despachos judiciales hubieran dado respuesta a las tardías solicitudes del Fiscal accionado, y con todo, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación.

De otra parte, es del caso reseñar la Sala que la apoderada de oficio del procesado, si bien se notificó personalmente de algunas de las decisiones adoptadas por la Fiscalía, no presentó memorial o recurso alguno. Sobre ese tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuestionó que el accionante planteaba una crítica de manera general y abstracta a la falta de actividad de la defensa, en tanto no indicaba cuáles pruebas debían practicarse de manera concreta y cómo su evacuación hubiera favorecido la situación procesal del actor, o de qué modo pudo la defensora de oficio haber ejercido el derecho de contradicción respecto de las pruebas obrantes, frente a lo cual al juez constitucional de tutela le está vedado suplir esas falencias por estar fuera de su competencia.

No cree esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional que ese razonamiento sea aplicable de modo absoluto cuando se trata de resolver una solicitud de tutela, porque el argumento indudablemente es válido cuando el asunto versa sobre el examen de la demanda y la definición del recurso de casación en razón de la técnica que caracteriza el recurso extraordinario. Empero, cuando se trata de la acción de tutela, y más concretamente cuando se plantea la violación del debido proceso –por ausencia del derecho a la defensa técnica como aspecto particular de aquél-, nada le impide al juez constitucional de tutela suplir las falencias en que pueda incurrir el actor sobre ese punto específico al formular la demanda, dada la informalidad que rige el trámite del amparo y con mayor razón si quien acude a éste es lego en materia jurídica. En ese propósito, la referencia inmediata del juez de tutela es el artículo 29 de la Constitución Política, y no las exigencias de orden legal o jurisprudencial que se han determinado para la prosperidad de un cargo específico cuando se trata del recurso extraordinario de casación. Por ello, no sobra recordar como la Corte Constitucional ha encontrado que se vulnera el derecho de defensa por la omisión del fiscal en practicar todas las pruebas conducentes y pertinentes6.

Al respecto y en el caso concreto, el Director Nacional de Acciones y Recursos Judiciales opina que existió una absoluta inactividad de la profesional defensora de oficio que inicialmente le fue nombrada al ahora accionante RAMIRO FERNÁNDEZ, pues no solicitó la práctica de prueba alguna y tampoco interpuso recursos.

A ello agrega la Sala que, según se desprende del contenido del auto de 15 de febrero de 2001 dictado por la Juez Penal del Circuito de Girardota, la defensora de oficio, doctora DIANA M. ARBOLEDA P. dejó la población sin que volviera a tenerse noticia de su paradero, esto es, que en detrimento de la pronta y cumplida administración de justicia, abandonó el cargo que le había sido conferido por virtud de la ley y cuyos deberes estaba obligada a cumplir. Por ello, no es aventurado presumir que la mencionada abogada no se enteró del traslado que se corrió para la preparación de la audiencia pública y, por ende, dejó precluir el término para solicitar la práctica de pruebas y las nulidades que se hubieren generado en la etapa de instrucción (artículo 446 del C. de P. P. de 1991). Y esa situación, mal podía remediarla el defensor oficioso que finalmente fue nombrado por la Juez accionada, pues su designación y posesión se produjo con posterioridad al vencimiento del aludido término legal.

Sin embargo, a juicio de la Sala, en este caso el silencio o la inactividad de la defensora

resulta explicable y apunta a demostrar que esa fue su estrategia defensiva, pues obsérvese que la acusación contra su defendido sólo estaba edificaba en el señalamiento que le hizo el coprocesado JUAN DAVID LÓPEZ SIERRA, quien no mencionó a persona alguna que pudiera corroborar esa sindicación. No había ninguna otra prueba en contra de RAMIRO FERNÁNDEZ y mal podría ella darse a la tarea de solicitar que se allegara información acerca de otros procesos que, al decir del denunciante, se adelantaban contra éste, o pedir que se aportaran copias de esas actuaciones procesales porque, de ser ciertas, sin duda irían en perjuicio de los intereses de su procurado. Igualmente, descabellado hubiera sido que la defensora de oficio inicial hubiese demandado nulidad por la no práctica de pruebas que nunca solicitó, o que no se decretaran de manera oficiosa, cuando se notificó personalmente de varias decisiones. Esta situación no fue advertida por el representante de la defensoría del pueblo y por ende no son admisibles sus disquisiciones sobre el particular.

No obstante, todo lo anteriormente expuesto se queda en el plano de la crítica constructiva y la mera enunciación, porque en el expediente finalmente aparece probado un hecho que impide la concesión del amparo solicitado por el accionante RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ.

En efecto, en el fallo de tutela de segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en la credibilidad que ameritaba la explicación ofrecida por el Fiscal accionado a tiempo de responder a la demanda, afirmó que el accionante RAMIRO FERNÁNDEZ contribuyó con su conducta procesal a que fuera juzgado en contumacia, al omitir su deber de comparecer al proceso, puesto que, el funcionario aseveró que por información que obtuvo de la apoderada de la Parte Civil, la existencia del proceso penal adelantado le había sido dada a conocer a FERNÁNDEZ MÁRQUEZ en el proceso iniciado por éste contra el Banco de Bogotá en un juzgado laboral.

Para obtener mayor claridad sobre tal situación, la Sala Novena de Revisión de la Corte solicitó al Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín que allegara copias de la demanda, su contestación y del interrogatorio de parte que hubiera absuelto el demandante RAMÍREZ MÁRQUEZ en esa actuación.

De esas piezas procesales, se extracta lo siguiente:

a) La demanda fue contestada a través de apoderada, mediante escrito presentado el 8 de

marzo de 2000. En él, la procuradora judicial del Banco demandado, en el capítulo de pruebas, consignó:

“4ª.- Téngase como prueba la siguiente documentación que llevaré a una de las audiencias de trámite: (…); denuncias penales formuladas por el Banco; demandas de constitución de parte civil en cada proceso penal (…); copia de las resoluciones de la Fiscalía; versión inicial y declaraciones juramentadas del señor JUAN DAVID LOPEZ  en la que hace cargos en contra del actor (…) y documentos que tienen relación con el asunto y las respectivas investigaciones administrativas y penales”.

“7ª. Ofíciese a la FISCALIA CUARENTA SECCIONAL DE GIRARDOTA para que certifique sobre el proceso 1128 indicando su estado actual, delitos que se investigan, implicados y que diga el estado actual del proceso en relación con el señor RAMIRO FERNANDEZ MARQUEZ. Así mismo para que compulse copias con destino a este proceso de las declaraciones juramentadas del señor JUAN DAVID LOPEZ.” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

b) En el curso de la tercera audiencia de trámite, llevada a cabo el 4 de abril de 2001, el señor RAMIRO FERNÁNDEZ absolvió interrogatorio de parte en el que se lee:

“Pregunta seis. Es cierto sí o no que Ud está actualmente vinculado en un proceso de investigación penal en la Fiscalía de Girardota donde igualmente está vinculado el señor JUAN DAVID LOPEZ SIERRA. Contestó.- No, la verdad es que no sabía, hasta ahora supe eso.- Pregunta siete.- Sírvase decir si ud ha comparecido a dicha fiscalía de Girardota a hacerse presente en dicha investigación. Contestó.- No, es que no sabía de ese proceso, no tengo conocimiento. (…) Pregunta quince. Es cierto si o no que dentro de otra investigación penal que cursa en la Fiscalía fue vinculado el señor JUAN DAVID LOPEZ SIERRA quien manifestó que Ud había proferido amenazas en su contra contra (sic) con el fin de lograr su concurso en la utilización de tarjetas debitos (sic) no personalizadas de algunas cuentas de ahorro de clientes de la oficina Girardota. Contesto. Como le repito no tenía conocimiento de que cursa un proceso penal en contra de mi persona…”

El examen de esos elementos de juicio permiten concluir que si bien el señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ en el interrogatorio de parte negó saber de la existencia del proceso penal que se adelantaba en su contra en la Fiscalía de Girardota, es evidente que mintió porque sí se enteró de tal existencia en virtud de la contestación a la demanda laboral que él promovió, y ello se produjo el 8 de marzo de 2000, puesto que la apoderada del Banco, en su escrito, reseñó claramente que contra el demandante se adelantaba proceso penal e, inclusive, indicó su número de radicación (1128), a tiempo que solicitó que se oficiara la Fiscalía 40 Seccional de Girardota para que informara su estado actual y concretamente respecto del señor FERNÁNDEZ MÁRQUEZ.

En tales condiciones, la afirmación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia de tutela materia de revisión, en el sentido de que el ahora accionante "contribuyó con su conducta procesal a que fuera juzgado en contumacia", no admite reparo alguno y corresponde a un hecho medular que neutraliza la prosperidad del amparo propuesto.

Lo anterior porque si bien una persona a la que se le imputa, sindica o procesa como presunta autora o partícipe de uno o más delitos en un expediente penal, y sabe de la existencia del mismo, puede asumir su defensa material en la forma que estime pertinente, esto es, compareciendo voluntariamente al proceso, o no haciéndolo, la verdad es que si opta por esto último, no puede a posteriori alegar válidamente que justo por su condición de ausente se le violó el debido proceso, y específicamente el derecho de defensa, pues la postura de contumaz que libremente asume, como es apenas obvio, anula su defensa material y puede limitar de paso y de manera ostensible un eficaz ejercicio de la defensa técnica, porque el defensor de oficio que por disposición constitucional y legal se impone nombrarle al ausente, se enfrenta, en la mayoría de los casos, indiscutible y básicamente a lo que le presentan las pruebas de cargo, en tanto desconoce cuáles podrían ser las explicaciones de su procurado frente al comportamiento delictivo que se le atribuye, para así determinar cuáles podrían ser las pruebas conducentes y pertinentes que apuntarían a demostrar la inocencia.

En el caso bajo estudio, aparece probado que el actor RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, aunque por medio distinto a la propia actividad del funcionario judicial correspondiente, efectivamente se enteró de que en su contra se adelantaba el proceso penal, y ese hecho

ocurrió el 8 de marzo de 2000, fecha para la cual en la investigación penal, sin bien se había ordenado su vinculación, ni siquiera se había impartido orden de captura en su contra porque ello se materializó el 27 de marzo de esa anualidad.

A partir de la emisión de la orden de captura el 27 de marzo de 2000, en el proceso, con apego al rito procedimental de la materia, se ordenó el emplazamiento de RAMIRO FERNANDEZ MÁRQUEZ, se nombró y posesionó a la defensora de oficio, se le resolvió la situación jurídica, se cerró la investigación, se calificó el mérito del sumario, se nombró y posesionó a un nuevo defensor de oficio, se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, hasta que el 12 de marzo de 2001, el Juzgado Penal del Circuito de Girardota dictó la sentencia de rigor, en la que condenó al procesado en ausencia RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ a la pena principal de 60 meses de prisión.

Y, todo ello se consumó sin la presencia e intervención del ahora accionante, pero, porque éste, por razones que sólo él conoce, así lo decidió. Se recalca, para la Sala es indudable que RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ se enteró de la existencia del proceso penal en su contra, por lo menos, a partir de la contestación de la demanda laboral que promovió a través de apoderado ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín como ya se destacó con anterioridad.

Entonces, si lo anterior fue lo que sucedió, resulta igualmente inobjetable que el hoy accionante contó con la oportunidad de concurrir al proceso penal, y sí así lo hubiera hecho, muy seguramente habría podido remediar lo que ahora pretende solucionar a través de la acción de tutela, y como reiteradamente se ha sostenido por la Corte, el amparo no tiene cabida en tales eventos.

En casos como el que se estudia, a juicio de ésta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, en modo alguno puede aceptarse la prosperidad de la acción de tutela. Obrar en contrario sería abrir una compuerta expedita para enervar actuaciones y sentencias judiciales penales y propiciar eventual caos de dimensiones inimaginables. En casos similares al expuesto por el ahora accionante, en los que esta Corporación concedió el amparo, su prosperidad se fundamentó en que las autoridades judiciales no agotaron los medios a su alcance para ubicar al procesado, pero dando por entendido de que el actor nunca se enteró, por ningún

medio, que se adelantaba un proceso penal en su contra. Aquí, en este evento concreto, se demostró justamente lo contrario y por ende mal se haría en conceder la tutela solicitada, y mucho menos cuando, como sucedió, el peticionario, sin reticencia alguna, faltó a la verdad al referir la situación fáctica que motivó su solicitud.

Se confirmarán, en consecuencia, las sentencias que no concedieron el amparado demandado.

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

RESUELVE

Primero:  CONFIRMAR los fallos adoptados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Penal, el 16 de mayo de 2001, y por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 3 de julio de la misma anualidad, que negaron la acción de tutela promovida por el ciudadano RAMIRO FERNÁNDEZ MÁRQUEZ contra La Fiscalía Seccional y el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia.

Segundo: ORDENAR que por la Secretaría General de la Corporación, se libren las comunicaciones previstas por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia T-062/02

DEBIDO PROCESO PENAL-Vulneración por falta de notificación/DEBIDO PROCESO PENAL-Notificación debe hacerse por autoridades judiciales encargadas de hacerla (Salvamento de voto)

Con el respeto debido a las sentencias de la Corte Constitucional, me veo en este caso precisado a salvar el voto con respecto a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión en la Sentencia T-062 de 6 de febrero de 2002, (expediente T-484992), por las razones que van a expresarse:

1ª. La Sala Novena de Revisión, mediante el fallo acabado de mencionar decidió confirmar las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín –Sala de Decisión Penal- el 16 de mayo de 2001, y por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- de 3 de julio del mismo año, mediante las cuales se denegó la acción de tutela promovida por el ciudadano Ramiro Fernández Márquez contra la Fiscalía Seccional y el Juzgado Penal del Circuito de Girardota –Antioquia-.

2ª. Conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución, es claro que el debido proceso constituye una garantía de imperativo cumplimiento en todas las actuaciones judiciales, así como en las administrativas de manera tal que si se trata de un proceso penal el Estado, para decidirlo, ha de observar con rigor que no sufra desmedro alguno el debido proceso a que tiene derecho el justiciable.

3ª. Precisamente, en desarrollo de dicha garantía se requiere la citación oportuna al sindicado para que pueda participar desde el inicio de la investigación correspondiente en el proceso penal, e igualmente, cuando la investigación culmine, habrá de otorgársele la oportunidad efectiva de ser oído en la etapa de juzgamiento.

4ª. Ello implica, entonces que al Estado corresponde adelantar las diligencias previstas en la ley procesal tendientes a la citación personal y oportuna al ciudadano contra quien pueda llevarse a efecto un proceso penal, de tal manera que desde la indagatoria que lo vincula al

mismo pueda ejercer materialmente y procesalmente su derecho a la defensa.

Es decir que sólo ante la imposibilidad de obtener la comparecencia personal puede acudirse a la declaración de ausencia para que el proceso se surta con apoderado de oficio, agotada desde luego la etapa previa del emplazamiento respectivo.

5ª. En el caso concreto al sindicado y ahora actor en esta acción de tutela, Ramiro Fernández Márquez, se le vinculó al proceso penal de que se trata un año después de haberse iniciado la instrucción propiamente dicha, a la cual se dio apertura el 19 de junio de 2001, y en la que fue oído en indagatoria Juan David López Sierra, a raíz de cuyas declaraciones se ordenó vincular también al proceso a Ramiro Fermández Márquez.

6ª. Es claro que en la hoja de vida del actor como trabajador del Banco de Bogotá, se señaló como dirección suya la Calle 50 A No. 39-16 apartamento 301, teléfono 2161776 de Medellín, e igualmente es claro que efectivamente no se trataba del apartamento 301 sino del 302, circunstancia esta que no eximía a la Fiscalía General de la Nación a través de su Fiscal Seccional de intentar la localización del sindicado en esa dirección, y en ese teléfono, con lo cual habría podido disiparse la imprecisión en cuanto al número del apartamento, nada de lo cual se hizo. Es decir, no se adoptaron por las autoridades respectivas las diligencias necesarias para la localización personal de aquel a quien se le imputaba en la investigación la comisión de unos delitos, sino que, sin más se dispuso su emplazamiento y se le declaró persona ausente y así se le condenó luego.

7ª. Se afirma en la sentencia que el procesado Ramiro Fernández Márquez tuvo conocimiento de la existencia del proceso penal por cuanto cuando se dio contestación por el Banco de Bogotá a una demanda laboral por él incoada ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, la citada entidad crediticia solicitó como prueba que se oficiara a la Fiscalía Cuarenta Seccional de Girardota para que certificara sobre la existencia del proceso penal 1128, con indicación de su estado actual, delitos que se investigan y la actuación en relación con Ramiro Fernández Márquez.  Y se agrega, además, que en la tercera audiencia de trámite, llevada a cabo el 4 de abril de 2001, el demandante absolvió interrogatorio de parte en el que manifestó que no sabía de la existencia de ese proceso penal.

No puede concluirse, como se hace en la sentencia de la cual discrepo, que por haber mencionado el demandado en el proceso laboral aludido la existencia del proceso penal,

Ramiro Fernández Márquez quedó anoticiado de su existencia y que desde entonces tenía la carga procesal de comparecer a este último, pues la citación a una investigación penal debe hacerse por las autoridades judiciales encargadas de la misma, no puede ser de oídas, ni a través del demandado en otro proceso, pues ello equivale tanto como afirmar que puede realizarse la citación personal de cualquier modo, por cualquier persona, en cualquier actuación distinta a la del proceso penal y sin las formalidades señaladas por la ley en este último, todo lo cual vulnera de manera grave la garantía señalada expresamente como un derecho fundamental por el artículo 29 de la Carta.

8ª. Así las cosas, a mi juicio, el fundamento para negar la acción de tutela en este caso, que en la Sentencia T-062 de 2002 se hace descansar en que el demandante contó con la oportunidad de concurrir al proceso penal y en la supuesta conducta suya de contribuir con sus actos a que fuera juzgado en contumacia, no resulta conforme a la realidad fáctica que obra en el proceso penal y, por consiguiente, ha debido ser concedida la tutela impetrada por el actor, en vez de negarla como se hizo y, por ello, salvo el voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

1 Se observa que en la Hoja de vida de Ramiro Fernández Márquez, visible a folio 51, aparece consignada una dirección de su residencia, pero por tratarse de una fotocopia no es cabalmente legible.

2 El señor Ramiro Fernández Márquez rendía interrogatorio de parte dentro del proceso laboral que éste inició contra el Banco de Bogota en razón de su despido como trabajador de esa entidad bancaria.

3 T-121/99

4 SU-327/95

5 Ver "El proceso penal", de Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett. Cap. IV "Nulidad por violación del derecho de defensa".

6 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-589 de 13 de agosto de 1999. M. P.  Eduardo Cifuentes Muñoz