

Sentencia T-1110/05

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Causales de procedibilidad

Se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional. Lo cual quiere decir que la incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí sola no cobra el peso suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez de tutela. Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación.

DERECHO DE DEFENSA DEL REO AUSENTE

VIA DE HECHO-Existencia en juzgamiento como reo ausente

PRINCIPIO DE JUICIO JUSTO-Contenido

La estructura del derecho constitucional de defensa en materia penal (art 29 C.N), establece la realización de un juicio justo a través de la satisfacción de garantías que exceden el contenido normativo del derecho de defensa. De conformidad con los casos referenciados, dentro de estas garantías se podrían contar por ejemplo: el acceso de la defensa a la información probatoria con que cuenta el acusador, con el fin de preparar una defensa técnica estratégica; la referencia de todas las pruebas relevantes existentes en el proceso, incluso si la defensa no las alega; y la posibilidad de tomar medidas para nivelar la participación en el proceso del acusador y el acusado de conformidad con los medios con que cuenta cada uno. Como se ve, las garantías anteriores aluden a situaciones concretas dentro del desarrollo del principio de contradicción. Parten del supuesto que el acusado o sospechoso pueda conocer los elementos que sustentan su condición de tal. Además, implica poder controvertirlos tanto antes de la sentencia, como poder impugnar la misma. Por ello, a dicho principio, en tratándose del acceso, conocimiento y valoración de las pruebas, subyace el equilibrio procurado por el principio general del juicio justo. Por esto, el principio constitucional de contradicción en materia penal, como punto esencial en la realización de un

juicio justo, alude al establecimiento de garantías para equilibrar la participación de los acusados en el proceso penal.

Se reconoció un mandato según el cual cada parte del proceso penal debía poder presentar su caso bajo condiciones, que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte, como la que de plano se da entre el acusador y el acusado, en detrimento del segundo. A este principio se le denomina igualdad de armas (equality of arms). Las garantías fundamentales en el procedimiento penal han procurado un alcance más profundo del principio de contradicción. No sólo la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmienden el desequilibrio entre los medios de que dispone éste y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Debe interpretarse a la luz de los principios de juicio justo y de igualdad de armas

Esta Sala de Revisión concluye que el derecho al debido proceso en materia penal debe interpretarse a la luz del principio del juicio justo o equitativo, en procura de garantizar la protección de los imputados, frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso y que no coinciden estrictamente con los supuestos establecidos en las cláusulas del debido proceso de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A partir de ello, el principio de contradicción debe garantizarse, de tal manera que se permita en el desarrollo del proceso penal, tomar medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que la defensa presente el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía. Con ello se proyecta la satisfacción del principio de igualdad de medios o igualdad de armas, cuyo desarrollo implica una ampliación tanto de las garantías para preparar una defensa técnica estratégica, como de la carga de la Fiscalía para sustentar probatoriamente la acusación.

JUICIOS EN AUSENCIA-Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Tal como se desprende de la jurisprudencia, el requisito de un procedimiento previo a la declaratoria de persona ausente, pasa por la ineludible exigencia del funcionario judicial de agotar todos los medios para hacer comparecer al imputado al proceso. El cumplimiento de la carga de la ubicación física del acusado por parte de la autoridad, la ha considerado la Corte como un requisito previo, e incluso verificable, para la validez del proceso en ausencia del procesado. Los precedentes referenciados, muestran que el juez constitucional constata probatoriamente (con las pruebas que obran en el expediente) la verificación del cumplimiento de la orden legal para el Fiscal, de agotar todos los medios a disposición para hacer comparecer a los imputados al proceso. El mandato de agotar todos los medios disponibles jurídicamente para localizar al acusado, hace parte del ámbito de conductas protegidas por el derecho de defensa dentro de un procedimiento penal. Incluso, en los tres códigos de procedimiento penal referidos, la situación excepcional de declarar al acusado como persona ausente se condiciona al requisito que no haya sido posible localizarlo. Con esto, el legislador ha querido darle viabilidad al adelantamiento de un proceso penal en ausencia del imputado, sólo cuando es imposible para la autoridad hacerlo comparecer.

PROCESO PENAL EN AUSENCIA DEL IMPUTADO-Líneas jurisprudenciales que sustentaron constitucionalidad del artículo 339 de la Ley 906/05

Con base en los anteriores elementos, y no obstante el cambio de legislación en materia procesal penal, en la sentencia C-591 de 2005 se dijo respecto del adelantamiento del proceso en ausencia del imputado que las líneas jurisprudenciales presentadas sustentaban la constitucionalidad del artículo 339 de la Ley 906 de 2005. Y, se dispuso que la base constitucional que de manera general ha soportado la declaratoria de persona ausente en materia penal, en los tres códigos son: (i) "...la regla general, [es] que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia...". (ii) Sólo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia (...)[aunque], siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales. (iii) La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías [y por el fiscal, bajo los anteriores Códigos] sólo

procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar [al imputado] (...) [siendo verificable] la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.” Resulta claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la participación del fiscal en el proceso penal, implica exigencias acordes con los medios que posee. En materia de declaratoria de persona ausente, queda pues en cabeza del fiscal demostrar la imposibilidad de localizar al imputado. Por demás, dentro del proceso penal, la referencia a la superioridad de los medios de los fiscales como acusadores frente a los de los acusados, no sólo deriva del respaldo estatal con el que cuenta, en virtud de la facultad del Estado de imponer sanciones legalmente contempladas a quienes infringen el ordenamiento jurídico. Dicha superioridad tiene una referencia más inmediata que es la ley procesal penal misma.

SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Jurisprudencia en relación con declaración de persona ausente

INVESTIGACIONES Y JUICIOS PENALES EN AUSENCIA DEL ACUSADO-Conclusiones conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema y del CDH conforme a la doctrina procesal

(i) La estructura del derecho de defensa, contemplada en el artículo 29 de la Constitución y de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la CIDH se ampara en el principio constitucional del debido proceso (correspondiente a la noción doctrinal de juicio justo) cuya satisfacción consiste en asegurar que el imputado tenga la oportunidad de defenderse “en las mejores condiciones posibles frente al acusador, superior a él en medios.” (ii) La garantía de contradicción interpretada a la luz del principio constitucional del debido proceso, obliga a que - en virtud del principio de igualdad de medios del derecho de defensa - el acusador y el acusado tengan cargas distintas en la participación en el proceso, según los medios a su disposición, siendo la mayor para el acusador. Quien, tiene incluso la carga de probar el desempeño diligente de su labor, lo que se traduce en el mandato legal de citar al imputado en forma personal, para lo cual se deberán adelantar las diligencias necesarias en virtud del principio de lealtad, dejando expresa constancia de ello en el expediente o adjuntando a la solicitud de declaratoria de persona ausente los elementos de conocimiento que demuestren que se ha insistido en ubicarlo. (iii). En materia de garantías fundamentales para el

adelantamiento de procesos penales en ausencia del imputado identificado, el desarrollo de un juicio conforme con el principio constitucional del debido proceso o juicio justo, establece a su favor que: a) si éste no se oculta de la justicia entonces el funcionario debe actuar diligentemente en la tarea de ubicarlo para garantizar su participación en el proceso, con el fin que ejerza su derecho de defensa. Luego, el ejercicio de la contradicción, en desarrollo del principio de igualdad de medios del derecho de defensa, b) incrementa la carga del fiscal de ubicar al acusado, de conformidad con los medios de que dispone, para lo que c) el seguimiento formal de estos requisitos no resulta suficiente, si los funcionarios judiciales no despliegan la utilización de medios efectivos que permitan cumplir con el fin último de éstos, cual es el de localizar al imputado. E igualmente d) aumenta la carga probatoria del fiscal de demostrar el agotamiento de todas las diligencias pertinentes encaminadas a conseguirlo.

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE Y VIA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL

La Sala no encuentra suficientemente justificada la declaratoria de persona ausente del señor, en tanto en el expediente no aparece constancia alguna de que el fiscal hubiese agotado realmente los medios pertinentes para localizar al mencionado y garantizarle su participación directa en el proceso, para el ejercicio cabal de su derecho de defensa. Con esto, se vulnera el derecho al debido proceso y el derecho de defensa del artículo 29 de la Constitución. De ahí, que la sentencia contra la que se interpuso el amparo, adolezca de un defecto procedimental consistente en que no se garantizó el derecho de defensa y se vulneraron los principios de juicio justo e igualdad de medios, por lo que se ocasionó un perjuicio iusfundamental al condenado. Dicho perjuicio se manifestó en el hecho que el actor resultó condenado en un proceso en el que, como se dijo, no se agotaron materialmente los medios, a disposición del funcionario judicial, para localizarlo. Por lo que se presume que éste no pudo defenderse porque no se enteró de la existencia del proceso.

Referencia: expediente T-1150497

Acción de tutela instaurada por Luis María Ardila Morales contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá y la Fiscalía 106 Seccional de la Unidad Segunda de Delitos Contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, de Bogotá.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia.

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil cinco (2005).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá -Sala Penal-, del 25 de abril de 2005, y cuya impugnación fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 15 de junio de 2005, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El señor LUIS JESÚS CHINCHILLA MOLINA instauró denuncia penal contra el señor LUIS MARÍA ARDILA MORALES (Cuad 3. Fls. 2 y 3). El denunciante manifestó al Fiscal que en la notaría 21 del Circuito de Bogotá, se suscribió una escritura “falsificada” en la que él (CHINCHILLA MOLINA) le vendía el inmueble en el que residía a ARDILA MORALES. El documento presentaba una supuesta firma alterada y una fotocopia de su cédula igualmente alterada.

1. En desarrollo de las investigaciones dentro del proceso penal referido, el Fiscal 106 Seccional de Bogotá emitió orden de captura en contra de ARDILA MORALES (Cuad. 3 Fl. 54).

1. El Grupo de Capturas del D.A.S., respondiendo a los requerimientos del Fiscal, informó en dos oportunidades, el 13 de abril de 1998 y 30 de marzo de 1998 (Cuad 3. Fls. 66 y 57), que “con base en los datos suministrados en el oficio en que se ordena la captura (...) no ha sido posible concretar el requerimiento toda vez que a pesar de buscar por diversas fuentes, los resultados arrojados no son positivos”.

1. Por lo anterior, el mencionado fiscal declaró persona ausente al señor LUIS MARÍA ARDILA MORALES, mediante auto del 8 de junio de 1998 (Cuad 3 Fl. 61).

1. Como consecuencia de lo relatado en los dos puntos anteriores, se le nombró al señor ARDILA MORALES defensor de oficio el 14 de julio de 1998 (Cuad 3 Fl. 64 y 79), se practicaron pruebas (cuad. 3 Fls. 69 a 71) y se dictó resolución de acusación en su contra mediante auto del 24 de agosto de 2001 (Cuad. 3 Fls. 91 a 93).

1. Se envió despacho comisorio a Bucaramanga con el fin de notificarlo de la resolución de acusación (Cuad. 3 Fl. 96), el cual fue devuelto porque la residencia de la dirección se encontró desocupada (Cuad. 3 Fl. 99).

1. El Fiscal remitió las diligencias del proceso al juez de la causa el 18 de marzo de 2002 (Cuad. 3 Fl. 108). A su turno, el Juez Tercero Penal del Circuito avocó conocimiento del proceso, mediante auto del dos abril de 2002 (Cuad. 3 Fl. 110).

1. Se celebraron audiencia preparatoria y audiencia pública de juzgamiento el 21 de abril de 2003 (Cuad. 3 Fls. 123 a 126), en ausencia del sindicado y en presencia de su defensor de oficio. Y el Juez 3º Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria el 1º de julio de 2003, en la

que se condenó al ciudadano ARDILA MORALES a la pena principal de tres (3) años de prisión, por encontrársele penalmente responsable del delito de falsedad material de particular en documento público (Cuad. 3 Fls. 128 a 135).

1. El 29 de julio de 2004, fue capturado por agentes de policía, quienes realizaban operativos de requisa de ciudadanos (Cuad. 3 Fl. 162), y fue puesto a disposición del Juez 3º Penal del Circuito para hacer efectiva la condena (Cuad. 3 Fl. 161).

1. El señor ARDILA MORALES fue recluido en la cárcel Picota de Bogotá. El 19 de octubre de 2004, solicita al Juez de Ejecución de Penas la libertad. Con base en un supuesto arreglo indemnizatorio con el denunciante CHINCHILLA MOLINA (Cuad. 3 Fls. 185 a 187). A su vez, el mencionado CHINCHILLA MOLINA envía al del Juez 3º Penal del Circuito oficio del 20 de octubre de 2004, manifestando que el señor ARDILA MORALES lo ha indemnizado integralmente (Cuad. 3 Fl. 188).

Fundamentos de la acción de tutela

El 4 de abril de 2005, ARDILA MORALES interpone acción de tutela contra Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá y contra la Fiscalía 106 Seccional de la Unidad Segunda de Delitos Contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Bogotá, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Argumenta vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, pues en su opinión la declaratoria de persona ausente dentro del proceso que culminó con su condena, se debió a la negligencia de ambos funcionarios judiciales (Fiscal y Juez), lo que no le permitió desvirtuar los cargos en su contra ni acceder a una defensa técnica. Plantea igualmente, que hubiese sido muy sencillo ubicar su paradero, pues en la escritura objeto de la falsificación aparecía el nombre de su esposa, y, tanto ella como él mismo aparecían en el directorio telefónico, además él era usuario de servicios públicos domiciliarios, entre otros aspectos que en su parecer debieron considerar el Fiscal y el Juez para localizarlo.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Resolución de apertura de investigación dictada por el Fiscal 106 Seccional de Bogotá. (Cuad. 3 Fl. 43)

1. Respuesta del D.A.S., de solicitud de antecedentes judiciales de LUIS MARÍA ARDILA MORALES, por parte de la Fiscalía. (Cuad. 3 Fl. 47)

1. Orden de captura contra ARDILA MORALES. (Cuad. 3 Fl. 54)

1. Informes del Grupo de Capturas del D.A.S. (Cuad. 3 Fls. 57 y 66)

1. Edicto que emplaza a ARDILA MORALES para comparecer a indagatoria. (Cuad. 3 Fl. 60)

1. Nombramientos de defensores de oficio al señor ARDILA. (Cuad. 3 Fls. 64 y 76)

1. Experticio de firma y huellas en la escritura objeto de la falsificación. (Cuad. 3 Fls. 69 a 71)

1. Resolución de acusación contra ARDILA MORALES. (Cuad. 3 Fl. 91 a 93)

1. Despacho comisorio e informe del mismo para la notificación de la resolución de acusación. (Cuad. 3 Fls. 96 y 99)

1. Acta de la Audiencia de Juzgamiento. (Cuad. 3 Fls. 123 a 126)

1. Sentencia condenatoria en contra de ARDILA MORALES. (Cuad. 3 Fls. 128 a 135)

1. Informe policial de la captura y boleta de encarcelamiento. (Cuad. 3 Fls. 162 y 161)

1. Oficio de ARDILA MORALES al Juez de Ejecución de Penas, acreditando arreglo indemnizatorio con el denunciante. (Cuad. 3 Fls. 185 a 187)

1. Escrito de la demanda de tutela. (Cuad. 3 Fls. 194 a 198)

1. Sentencia de Tutela de primera instancia. (Cuad. 2 Fls. 13 a 20)

1. Sentencia de Tutela de segunda instancia, (Cuad. 1 Fls. 3 a 12)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá conoció la primera instancia de la demanda de tutela. El a quo denegó el amparo advirtiéndole que realizó el estudio del caso, con base en los

elementos de juicio que le proporcionaron el escrito del tutelante y la relación de las actuaciones procesales que en respuesta a su requerimiento le hizo el Juez 3º Penal del Circuito, únicamente. Esto por cuanto no tuvo acceso al expediente.

El Tribunal basó su sentencia en que el actor contaba con otro mecanismo de defensa, tal como la acción de revisión. A partir de ella, podía hacer valer en el proceso pruebas no conocidas antes del fallo que lo condenó. Por otro lado señaló que la acción de amparo instaurada no cumplía con el requisito de inmediatez, por cuanto ésta se interpuso nueve (9) meses después de que el demandante detectó que su reclusión en la cárcel se había dado con base en una supuesta vulneración de su derecho al debido proceso. También desestimó el hecho que el defensor de oficio que lo representó no hubiese cumplido cabalmente con su defensa. Según el a quo el actor confunde con dicha acusación, la discrecionalidad de los abogados de utilizar una u otra estrategia de defensa, con el hecho de haber sido supuestamente negligente en su tarea. Con fundamento en lo anterior consideró improcedente el amparo y denegó la tutela de los derechos.

Segunda Instancia

Obró como ad quem de tutela la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó el fallo de primera instancia. Según dicha Sala no se encuentra que el juez penal haya incurrido en su sentencia en un defecto que configure la procedibilidad de la tutela. Descartó igualmente que el defensor de oficio haya omitido su deber y encontró que la sentencia dictada fue la "...consecuencia del debate y examen de fondo respecto de la responsabilidad penal del actor como autor de un delito contra la fe pública." Del mismo modo explicó que la acción de tutela contra sentencias judiciales, no puede tener como objetivo discutir "...la valoración probatoria que en su momento hizo el funcionario de conocimiento...", pues esta forma parte del criterio jurídico singular que sustenta las decisiones judiciales; el que a su vez forma parte del principio constitucional de autonomía judicial. Basado en esto, confirma el fallo del a quo de tutela.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número siete, mediante Auto del 22 de julio de 2005 dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Asunto preliminar: acción de tutela contra sentencias. Causales de procedibilidad y el requisito de configuración de un perjuicio iusfundamental.

2.- Como ya ha sido reiterado por esta Corte en numerosas oportunidades¹, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular (Art. 86 C.P)

Si el artículo 86 dispone que el amparo de los derechos fundamentales tendrá lugar frente a cualquier autoridad pública, las decisiones que los operadores judiciales tomen en ejercicio de sus funciones también forman parte de esta categoría. No basta, entonces, mencionar los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, combinados con el argumento de “la potencialidad de error humano”, para negar al juez de tutela la posibilidad de determinar si en cierta actuación judicial fueron vulnerados de manera grave los derechos fundamentales del demandante. Siendo la condición necesaria, la violación o amenaza de derechos fundamentales que haga precisa la intervención inmediata del juez constitucional para contrarrestar los efectos vulneratorios de la decisión judicial en cuestión.

3.- En este sentido debe ser entendida la relación que guardan los principios de autonomía judicial (Art. 246 C.P.) y primacía de los derechos fundamentales (Art. 2 C.P.). Las normas constitucionales no tienen la estructura de reglas que se excluyen de manera absoluta y que fungen como premisa mayor autoevidente en la elaboración de silogismos jurídicos. Por el contrario, la estructura abierta de tales preceptos vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre los contenidos normativos en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado. Uno de los mecanismos para conservar la integridad del principio de autonomía judicial frente a la posibilidad de tutela contra sentencias judiciales es el carácter excepcional de este tipo de amparo, al condicionar

su procedibilidad a la configuración de alguno de los defectos genéricos señalados por la jurisprudencia constitucional.

4.- En procura de lo anterior, la Corte Constitucional desarrolló la tesis de la vía de hecho en la que pueden incurrir los jueces al dictar sus fallos. Dicha postura tuvo como base que ante errores groseros y burdos en que se incidiera en una sentencia judicial, se debía proteger a los ciudadanos de lo que ello implicaba: la arbitrariedad y el capricho desprendidos de la conducta del juez. Ello se consideró como un deber del juez constitucional en los términos explicados en el acápite anterior.

5.- La referencia a la expresión vía de hecho, como forjadora de la idea de violaciones flagrantes y groseras de la Constitución, por sí sola no fue suficiente para englobar la imagen estricta de vulneración de derechos fundamentales a través de un fallo judicial. Por lo que, la Corte Constitucional matizó la utilización de la expresión en comento, presentándola como referida a derechos o principios concretos contenidos en la Carta. Así, estructuró la tesis de la vía de hecho según una tipología de defectos o vicios en los que podrían incurrir los jueces ordinarios al fallar. La vía de hecho por: "(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.²"

6.- Empero, el desarrollo de esta tesis no paró allí. Este Tribunal Constitucional constató que el carácter arbitrario y/o caprichoso de una decisión judicial (primera etapa de la jurisprudencia en materia de tutela contra sentencias), así como la descripción de defectos concretos - en los que se convertía la noción genérica de vía de hecho - con incidencia directa en la vulneración de derechos fundamentales igualmente concretos, en cabeza de los ciudadanos (segunda etapa), tenía como fundamento la mera vulneración de la Constitución y no la presentación de un caso extremo en que tal vulneración fuera grosera frente al orden constitucional, como parece sugerir conceptual y jurídicamente la dicción vía de hecho (tercera etapa).

Surgió la necesidad de depurar la idea que la anulación de los efectos de un fallo judicial por medio de una orden de tutela, es la consecuencia directa de la vulneración de la Constitución, sin más consideraciones adicionales. Esto es, para la procedencia de la acción de tutela no hay vulneraciones más o menos extremas que otras. Si bien el grado de su

afectación puede variar, esto no es óbice para que el juez constitucional deje de revisar el fallo cuestionado.

Causales de procedibilidad de la tutela contra sentencias y la configuración de la vulneración de la Constitución como requisito.

7.- Dijo la Corte recientemente sobre la vulneración directa de la Constitución por parte de los jueces al decidir: “[e]stos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales³”. Esto, conforme ha venido llamando la atención sobre el hecho que “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una ‘violación flagrante y grosera de la Constitución’, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de ‘vía de hecho’.⁴”(Subrayas fuera de texto)

8.- Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias la violación de la Constitución por parte del pronunciamiento en cuestión. Y segundo, se abandona la verificación mecánica de la existencia de tipos de defectos o de vías de hecho, por el examen material de las mencionadas causales de procedibilidad referente a la idoneidad para vulnerar la Carta de 1991.

En otras palabras, se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional. Lo cual quiere decir que la incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí sola no cobra el peso suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez de tutela. Es

indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación.

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

Caso concreto

9.- El tutelante, LUIS MARÍA ARDILA MORALES, fue condenado a pena de prisión de tres (3) años dentro de un proceso penal, por haber sido encontrado responsable del delito de falsedad material de particular en documento público. Durante el desarrollo del proceso, el actor fue declarado persona ausente y todas las etapas procesales se surtieron con un abogado de oficio. Aproximadamente un (1) año después de la sentencia condenatoria del juez penal, el señor ARDILA MORALES es capturado y puesto a disposición del mencionado juez para hacer efectiva la condena. En efecto, es recluido en la Cárcel La Picota de Bogotá.

Interpone acción de tutela y alega que no evadió la acción de la justicia y que los funcionarios judiciales, en especial el Fiscal, actuaron negligentemente para ubicarlo y vincularlo en debida forma al proceso. A raíz de ello consideró vulnerado su derecho de defensa y por ende el del debido proceso. Explicó el tutelante, que siendo el origen del delito una escritura con firmas y cédulas alteradas, allegada a una inmobiliaria supuestamente por él; de forma inepta no se indagó en la inmobiliaria en comento sobre su paradero. Tampoco se intentó ubicarlo por intermedio de su esposa, cuyo nombre aparece en el cuerpo de la mencionada escritura. Esgrime que para ese momento, tanto él como su esposa aparecían en el directorio telefónico. En suma, expone que no se hizo ningún esfuerzo por parte de los funcionarios judiciales por encontrarlo, y él simplemente no se enteró del proceso en su contra ni del fallo condenatorio hasta el momento de la captura. Con el agravante que el defensor de oficio realizó una precaria actuación procesal en su representación.

Por el contrario, los jueces de tutela consideran que el ciudadano ARDILA MORALES pretende excusar su ausencia en el proceso, en las actuaciones de su defensor de oficio, lo cual en su parecer es inaceptable. Encuentran que el tutelante goza de la oportunidad procesal de la acción de revisión del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), para hacer valer "...pruebas, no conocidas al momento de los debates, que establezcan la inocencia del condenado...". Adicionalmente consideran infundado el cuestionamiento según

el cual los funcionarios judiciales no lo vincularon al proceso, por no haber actuado diligentemente. Sugieren sobre lo anterior, que lo alegado por el actor constituye un juicio a la valoración que los funcionarios judiciales hicieron del componente fáctico del proceso, lo que no es posible cuestionar mediante una acción de tutela. Por ello, no encuentran defecto alguno en el desarrollo del proceso, que derive en la vulneración de un derecho fundamental.

Problema Jurídico

10.- Con base en lo relatado, corresponde entonces a esta Sala de Revisión, determinar si en efecto el actor cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos para perseguir lo que ha planteado a los jueces constitucionales y si existió un defecto procedimental en el desarrollo del proceso que terminó con la condena del tutelante, del cual se haya desprendido la vulneración de su derecho de defensa y por tanto, se haya trasgredido el debido proceso constitucional.

Para responder estos interrogantes la Sala expondrá inicialmente (i) los principios constitucionales que delimitan el derecho de defensa de los imputados en un proceso penal y su incidencia cuando éstos son conocidos pero están ausentes durante el proceso. Luego, (ii) a la luz de éstos se analizarán los fundamentos que sustentaron la declaratoria de persona ausente del demandante de la tutela, dentro del proceso objeto de estudio. Y con base en lo anterior (iii) se establecerá si existió o no un perjuicio iusfundamental, y si la acción judicial idónea para repararlo es la acción penal de revisión o el amparo constitucional.

Principios constitucionales y legales que garantizan el derecho de defensa de los imputados en el proceso penal. Principio de Juicio Justo, principio de igualdad de medios (igualdad de armas) y jurisprudencia de la Corte en materia de juicios en ausencia.

11.- El artículo 29 de la Constitución de 1991, estructuró de manera novedosa el derecho al debido proceso, en relación con el artículo 26 de la anterior Constitución de 1886.6 Extendió a su conformación el derecho de defensa con componentes tales como la defensa mediante un abogado, en un proceso público y sin dilaciones, con las garantías del ejercicio pleno del principio de contradicción y del principio de seguridad jurídica (non bis in idem).

De igual manera, a la estructura del derecho de defensa en los términos anteriormente

expuestos, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y 8 de la Comisión Americana de Derecho Humanos⁸, proporcionan elementos adicionales como el derecho a ser oído dentro del proceso judicial con las debidas garantías⁹; a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación en su contra¹⁰; a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal¹¹; a hallarse presente en el proceso¹²; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección¹³; a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, así como a los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo ¹⁴.

12.- La estructura descrita del derecho de defensa, especialmente relevante en materia penal, hace referencia a situaciones detalladas que se han considerado esenciales para garantizar el debido proceso desde el punto de vista de la posibilidad de defenderse dentro de un procedimiento judicial (y/o administrativo según al art. 29 C.N). Dichas situaciones, pese a que son concretas, forman parte del contenido normativo general de la igualdad ante el Derecho y los Tribunales, y constituyen en su conjunto la llamadas garantías judiciales. Su descripción busca precisamente garantizar las condiciones justas y equilibradas para el desarrollo de un proceso judicial. Por ello deben ser vistas como desarrollo de un principio aún más general y determinante que es la configuración de un juicio justo.

Principio del juicio justo.

13.-En efecto, "...el contenido del concepto de 'ser oída con las debidas garantías', [en cabeza de toda persona, según los artículos 14 PIDCP y 8 CIDH] no se limita a eso. Tiene además, un sentido que trasciende la suma de las garantías específicas [contenidas en dichos artículos], el cual requiere que el proceso en su totalidad sea, como indica con más claridad la versión en español de la Declaración Universal, justo y equitativo.¹⁵" Debido a esto, la noción de juicio justo, no sólo engloba, sino también determina el sentido de las distintas garantías que se enumeraron anteriormente.

14.- No obstante, como lo hace notar el Comité de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas en su Observación General Nº 13, las exigencias del numeral 3º del artículo 14 del

PIDCP, son requisitos mínimos que no necesariamente satisfacen el contenido del párrafo 1º del mismo artículo, según el cual “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías.”¹⁶

Esto sugiere que el cabal desarrollo del principio del juicio justo, procure la protección de garantías que no forman parte de los listados contemplados en el artículo 29 de la Carta de 1991, ni en los artículos 14 del PIDCP y 8 de la CIDH. Así lo ha confirmado esta Corte cuando, por ejemplo, en la sentencia T- 266 de 1999¹⁷, consideró vulnerado el derecho al debido proceso de un indígena porque “...ni el Juzgado de Instrucción, ni el de juzgamiento, ni el defensor de oficio, ni el representante del Ministerio Público intentaron localizarlo...”, por los medios considerados eficaces en ese momento. De igual manera, en la Sentencia SU-960 de 1999 consideró que “[e]l 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”¹⁸. Esta Corporación adjudicó en cabeza de las autoridades la obligación de ubicar al sindicado para que éste conociera de la existencia de un proceso penal en su contra, con el fin de crear condiciones justas y equitativas al interior del mencionado proceso, para así garantizar el ejercicio del derecho de defensa. Esta adjudicación se dio no obstante, una garantía como tal no está descrita en los supuestos a los que se ha aludido, los cuales protegen el derecho de defensa.

En otro caso, esta vez el CDH de las Naciones Unidas consideró que se vulneraba la garantía de participación en un proceso judicial con “las debidas garantías” de que habla el artículo 14 del PIDCP, pues el juez omitió poner en conocimiento del jurado una prueba determinante para la defensa, de la cual las partes tenían conocimiento pero la defensa no la había alegado. “Esta omisión debe considerarse una denegación de justicia y, en tal calidad, constituye una violación del párrafo 1º del artículo 14 del Pacto.”¹⁹ De igual manera, como en los casos citados resueltos por esta Corte, en los casos resueltos por el CDH el criterio que subyace a la vulneración de la garantía general del derecho de defensa es la vigilancia judicial por el cumplimiento de las condiciones de un juicio justo.

También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ ha garantizado sistemáticamente situaciones concretas en las que se rompe el carácter equitativo del desarrollo del proceso, en material penal especialmente. A partir de lo estipulado en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se protege de manera general la garantía de que toda persona tenga el derecho a que su causa sea oída equitativamente.²¹ Así, en varios casos en los que a la defensa se le permitió examinar parcialmente los autos en que se basó la orden de detención por parte del juez, el TEDH sostuvo que como quiera que los jueces y tribunales penales deben comprobar que la orden de prisión provisional se base en sospechas razonables, la garantía del principio de contradicción se acentúa hacia la exigencia de un juicio justo, en el sentido de posibilitar la impugnación de dicha razonabilidad mediante la oposición a las pruebas que la sustentan. Esto se manifestó en los pronunciamientos del TEDH, con el señalamiento que pese a la aceptación de la necesidad de que las investigaciones policiales oculten determinadas informaciones en aras de la efectividad de las mismas, no se puede por ello pretender que los “derechos de la defensa se vean sustancialmente recortados.”²² El TEDH verificó igualmente, situaciones que desequilibraron la participación del acusado en el proceso penal, considerándolas vulneraciones al principio del juicio justo.

15.- Como conclusión de lo anterior, encuentra esta Sala de Revisión que la garantía general de la implementación de un juicio justo, trae consigo la obligación de garantizar todas aquellas situaciones que se deriven de una desigual participación en un proceso penal. En cuestiones probatorias los distintos tribunales garantes de derechos fundamentales (Corte Constitucional colombiana, CDH y TEDH) han demostrado la necesidad de nivelar en posibilidades de contradicción al acusado, respecto de su acusador. Y han presentado a los funcionarios judiciales como responsables del cumplimiento de esto.

16.- Según lo dicho hasta el momento, la estructura del derecho constitucional de defensa en materia penal (art 29 C.N), establece la realización de un juicio justo a través de la satisfacción de garantías que exceden el contenido normativo del derecho de defensa. De conformidad con los casos referenciados, dentro de estas garantías se podrían contar por ejemplo: el acceso de la defensa a la información probatoria con que cuenta el acusador, con el fin de preparar una defensa técnica estratégica; la referencia de todas las pruebas relevantes existentes en el proceso, incluso si la defensa no las alega; y la posibilidad de tomar medidas para nivelar la participación en el proceso del acusador y el acusado de

conformidad con los medios con que cuenta cada uno.

Como se ve, las garantías anteriores aluden a situaciones concretas dentro del desarrollo del principio de contradicción. Parten del supuesto que el acusado o sospechoso pueda conocer los elementos que sustentan su condición de tal. Además, implica poder controvertirlos tanto antes de la sentencia, como poder impugnar la misma. Por ello, a dicho principio, en tratándose del acceso, conocimiento y valoración de las pruebas, subyace el equilibrio procurado por el principio general del juicio justo. Por esto, el principio constitucional de contradicción en materia penal, como punto esencial en la realización de un juicio justo, alude al establecimiento de garantías para equilibrar la participación de los acusados en el proceso penal.

17.- Así entendida la garantía del contradictorio en el proceso penal, refiere a la necesidad de equiparación de los medios con los que cuenta la defensa en relación con los que están a disposición del acusador. Tal como hace alusión la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, la igualdad de medios entre la acusación y la defensa es un aspecto esencial del principio del juicio equitativo.²³ Y ello independiente del listado de garantías que tanto las constituciones como los instrumentos internacionales relacionan como garantías propias del debido proceso. Como se dijo anteriormente, para la Corte esto significa que ante aquellas situaciones dentro del desarrollo del proceso penal, que alteren el equilibrio entre acusador y acusado, se debe optar por la protección del principio general del juicio equitativo o juicio justo, y no por el análisis de la correspondencia de la supuesta vulneración con las garantías concretas que enumera el contenido normativo del derecho de defensa. Pues ellas están dentro del marco general del derecho de toda persona a ser oída dentro de un proceso penal, con las debidas garantías (arts 14 PIDC y 8 CADH), y pueden no estar en estricto sentido enumeradas en la Constitución (art 29 C.N, entre otros) ni en los tratados internacionales (PIDC y CADH). Luego, aquellas expresamente consagradas conforman únicamente los mínimos que enmarcan el derecho defensa.

Principio de igualdad de medios (igualdad de armas)

18.- En este orden de ideas, pese a que el principio del juicio justo, correspondió al desarrollo de la jurisprudencia constitucional anglosajona, por lo que se cuestiona su aplicabilidad a otros sistemas jurídicos²⁴, su pertinencia en los procesos penales actuales - como el

colombiano – surge a partir de su origen en reflexiones del derecho anglosajón, similares a las del CDH presentadas anteriormente. De este modo, la jurisprudencia norteamericana determinó que no existía una correspondencia idéntica necesaria, entre los derechos protegidos en la Carta de Derechos (Bill of Rights) y las garantías proporcionadas por la cláusula general del derecho al debido proceso.²⁵ Sino que éste excede lo contemplado en la mencionada Carta porque posee una “potencialidad independiente”; aunque en ocasiones – no siempre – suceda que lo garantizado por el derecho al debido proceso coincida con lo protegido en la Carta en comento.²⁶ Entre tanto, estas reflexiones también trascendieron al derecho penal europeo, y en cabeza del TEDH se amplió la comprensión formal del principio del juicio justo (fair trial) como mera igualdad entre acusador y acusado. Y, se reconoció un mandato según el cual cada parte del proceso penal debía poder presentar su caso bajo condiciones, que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte, como la que de plano se da entre el acusador y el acusado, en detrimento del segundo²⁷. A este principio se le denomina igualdad de armas (equality of arms).

Las garantías fundamentales en el procedimiento penal han procurado un alcance más profundo del principio de contradicción. No sólo la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmienden el desequilibrio entre los medios de que dispone éste y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

19.- Ahora bien, lo anterior soporta el cabal desarrollo de la defensa técnica penal, cuyo cometido pone de relieve el rigor y especialidad de su realización. La garantía en este sentido, corresponde a contar necesariamente con un abogado, un intérprete, o con la posibilidad de ser oído en defensa propia si fuere el caso, así como con el tiempo y medios razonables para interactuar con quien va a obrar como representante y, para ejercer dentro del proceso penal respecto de las pruebas que presenta el acusador. De este modo, los principios de juicio justo o equitativo y de igualdad de medios o de armas traen como

consecuencia que la orientación del ejercicio de la defensa técnica resulta también estratégica. Esto, en la medida en que no sólo busca un fin determinado, como es el de favorecer al acusado, sino que también busca proteger aquellas garantías que permitan tender hacia la equiparación de medios, respecto de los medios con los cuenta el acusador. Incluso si esto es imposible en la práctica. Pues el hecho que la Fiscalía como ente estatal acusador, participe siempre en el proceso penal con superioridad de medios para investigar, acusar o no acusar, no significa que no se deba tender a nivelar dicha situación en relación con los acusados, como optimización del valor justicia en los procesos penales.

20.- En resumen, esta Sala de Revisión concluye que el derecho al debido proceso en materia penal debe interpretarse a la luz del principio del juicio justo o equitativo, en procura de garantizar la protección de los imputados, frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso y que no coinciden estrictamente con los supuestos establecidos en las cláusulas del debido proceso de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A partir de ello, el principio de contradicción debe garantizarse, de tal manera que se permita en el desarrollo del proceso penal, tomar medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que la defensa presente el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía. Con ello se proyecta la satisfacción del principio de igualdad de medios o igualdad de armas, cuyo desarrollo implica una ampliación tanto de las garantías para preparar una defensa técnica estratégica, como de la carga de la Fiscalía para sustentar probatoriamente la acusación.

21.- Al tenor de esto, la jurisprudencia de esta Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial cuya orientación ha sido precisamente buscar la equiparación entre acusador y acusado, en la situación específica de los deberes de los funcionarios judiciales para lograr la comparecencia del imputado al proceso. Como lo expondrá la Sala a continuación, la ubicación física del acusado corresponde a una carga obligatoria del acusador, y la eventualidad de adelantar una investigación o dictar una condena en ausencia del imputado resulta excepcional. Razón por la cual se da bajo el cumplimiento estricto de ciertas reglas que abogan por mantener el equilibrio de un juicio justo y velan por la exigencia del cumplimiento de la carga de la Fiscalía en concordancia con los medios de que dispone, en aras del principio de igualdad de medios.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre juicios en ausencia

22.- Los distintos Códigos de procedimiento penal aplicables durante la vigencia de la Constitución de 1991²⁸, han contemplado la posibilidad de declarar persona ausente al imputado, a quien no hubiere sido posible hacer comparecer para la indagatoria (D.2077/1991 y L.600/2000)²⁹, o para formularle imputación (L. 906/2004)³⁰. Esta figura contemplada en el artículo 356 del derogado Código de Procedimiento Penal expedido mediante el Decreto 2700 de 1991, en esa ocasión fue estudiada en la sentencia C- 488 de 1996³¹. En aquella, la Corte distinguió entre el imputado que evade la justicia y el imputado que no tiene oportunidad de enterarse de su condición de tal dentro de un proceso penal:

“En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

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 tutela³², siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado.”[Énfasis fuera de texto]

Con dicho pronunciamiento esta Corporación atribuyó a las autoridades la obligación de actuar de manera diligente para la ubicación física del imputado. Para la satisfacción de dicho fin, consideró que una correcta protección del derecho de defensa del imputado, supone la comparecencia del acusado al proceso. En otras palabras, el derecho de defensa se garantiza y se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado en el proceso. La apreciación de la Corte en la C-488 de 1996 manifiesta la custodia constitucional de principio del juicio justo o equitativo, al establecer a favor del imputado que su ubicación,

por parte del funcionario judicial, debe ser adelantada de manera diligente.

23.- En sentencias posteriores, la C-62733 y C-65734 de 1996, se estableció que la alternativa de adelantar la investigación y juzgamiento en ausencia del acusado, era posible sólo si se garantizaba el ejercicio de su derecho de defensa. En la C-627 de 1996 concluyó "...que según la normatividad en comento [art. 356 D.2700/91] existe todo un procedimiento que debe ser cumplido en forma estricta y rigurosa para lograr la comparecencia del imputado al proceso. Ello implica que se deben emplear todos los medios idóneos al alcance del funcionario para lograr este propósito."35 Y en la C-657 de 1996 sostuvo que "...la declaración de persona ausente está, necesariamente, antecedida por el adelantamiento de las diligencias y la utilización de los recursos y medios con el fin de comunicarle al absuelto la existencia de la acción de revisión."

Tal como se desprende de la jurisprudencia citada, el requisito de un procedimiento previo a la declaratoria de persona ausente, pasa por la ineludible exigencia del funcionario judicial de agotar todos los medios para hacer comparecer al imputado al proceso. El cumplimiento de la carga de la ubicación física del acusado por parte de la autoridad, la ha considerado la Corte como un requisito previo, e incluso verificable, para la validez del proceso en ausencia del procesado.

24.- En algunos casos concretos, la Corte constató igualmente el cumplimiento de las exigencias previas a la declaratoria de persona ausente. En un caso, en la T-266 de 1999 ya citada, se tuteló el derecho al debido proceso del imputado que no compareció al proceso. La Corte argumentó que para localizar a un indígena (el imputado) residente en Jewrwa (Cesar-Colombia) era "...un hecho que a través del Inspector de Policía de Nabusímaque, de los Mamos, de dos emisoras regionales por medio de las cuales usualmente se cita a los indígenas y residentes rurales del área, era posible ubicar al actor", y la obligación de las autoridades judiciales que dirigieron el proceso penal, era entonces "...localizarlo por esos medios, que son los disponibles y que para el efecto resultan eficaces."

En otro caso, en la sentencia T-945 de 1999 la Corte partió del supuesto según el cual, resulta contrario al "...ordenamiento constitucional, el que el aparato judicial decida tramitar en ausencia un proceso penal, sin utilizar previamente las herramientas que tiene a mano para notificar del proceso al sindicado. Si este deber se omite, el juzgamiento en ausencia

queda viciado de nulidad, a menos que durante el proceso, los sindicatos se apersonen del mismo.” Y, a partir de ello verificó que las diligencias adelantadas por el Fiscal para ubicar a los sindicatos, se ajustaran al mandato legal de agotar los medios para ubicarlos. En dicha tarea concluyó que las pruebas que obraban en el expediente indicaban “...que la orden de aprensión dictada por la fiscalía fue acatada debidamente por parte del C.T.I., pero las circunstancias de inseguridad de la región en la que supuestamente estaban los sindicatos, impidió llevar a buen término la diligencia”, por lo que no estimó vulnerado el derecho al debido proceso de los imputados.

25.- Los precedentes referenciados, muestran que el juez constitucional constata probatoriamente (con las pruebas que obran en el expediente) la verificación del cumplimiento de la orden legal para el Fiscal, de agotar todos los medios a disposición para hacer comparecer a los imputados al proceso.

Cabe señalar que esta orden ha estado vigente en los códigos de procedimiento penal que han regido desde la expedición de la Constitución de 1991. Así, el artículo 330 del Decreto 2700 de 1991 establecía que el Fiscal tenía “...amplias facultades para lograr el éxito de la instrucción y asegurar la comparecencia de los autores o partícipes del hecho punible...”. El artículo 356 del mismo decreto sometía la declaratoria de persona ausente a la imposibilidad del funcionario judicial de hacer comparecer al acusado a la declaratoria. De igual manera la Ley 600 de 2000, en su artículo 344 dispone que si ordenada la captura, no fuere posible hacer comparecer al imputado, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Recientemente, la Ley 906 de 2004 dispuso en el artículo 127, que ante la imposibilidad de localizar a quien requiera para formularle imputación, la solicitud del fiscal para declarar persona ausente al requerido deberá tener adjunto “...los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo.” Como complemento de ello el inciso final del mismo artículo establece que “el juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.”

26.- De lo anterior deriva la Sala que el mandato de agotar todos los medios disponibles jurídicamente para localizar al acusado, hace parte del ámbito de conductas protegidas por el derecho de defensa dentro de un procedimiento penal. Incluso, en los tres códigos de procedimiento penal referidos, la situación excepcional de declarar al acusado como persona

ausente se condiciona al requisito que no haya sido posible localizarlo. Con esto, el legislador ha querido darle viabilidad al adelantamiento de un proceso penal en ausencia del imputado, sólo cuando es imposible para la autoridad hacerlo comparecer.

27.- Posteriormente, la Corte no sólo reiteró los puntos anteriores, sino también los desarrolló en aras de preservar la estricta regulación del seguimiento de procesos penales en ausencia del imputado. En la sentencia C-100 de 200336, se “...insistió en el carácter residual...”³⁷ de esta posibilidad: “...la declaratoria de persona ausente es la ultima ratio frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales...” La sentencia C-330 de 2003, interpretó dicha excepción al tenor del deber de las autoridades judiciales de comunicar a los procesados su vinculación al proceso penal y del derecho de éstos a ser comunicados en dicho sentido. Se estableció entonces que, “{s}obre el particular debe tenerse en cuenta además que el Estado tiene el deber de comunicar oportunamente a la persona involucrada la existencia del proceso que cursa en su contra, e incluso, como lo ha sostenido esta Corporación, la existencia de la indagación preliminar cuando ésta se adelante, y el imputado esté identificado(...). Para ello, el funcionario judicial competente está obligado a utilizar todos los medios o instrumentos eficaces de que dispone, para lograr el objetivo propuesto (Art. 250-1 C.P.), pues `procurar la comparecencia del procesado a la diligencia de indagatoria es, no sólo un derecho de éste, sino un deber del funcionario instructor` 38.”

28.- En las sentencias C-248 de 200439 y C-591 de 200540, este Tribunal constitucional sistematizó la jurisprudencia sobre la materia. En la C-248 desde la perspectiva del procedimiento penal regulado por la Ley 600 de 2000, y en la C-591 a partir del nuevo procedimiento penal establecido por la Ley 906 de 2005. Respecto del procedimiento amparado en la Ley 600 se determinó lo siguiente:

“[L]a validez de la declaratoria de persona ausente se sujeta, entre otros, al cumplimiento de los siguientes requisitos materiales y formales, a saber:

En el orden formal se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal, ya sea en todos los casos mediante la orden de citación, o eventualmente, cuando se trate de un delito frente al cual

proceda la detención preventiva, y el citado se niega a comparecer, mediante la expedición de la orden de captura. De todas estas diligencias debe dejarse constancia expresa en el expediente (C.P.P. art. 336). (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en la orden citación o diez (10) días desde que fue proferida la orden de captura. (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante “resolución de sustanciación motivada” 41 en la que se designará defensor de oficio, (...). (iv) Esta resolución debe notificarse al defensor designado y al Ministerio Público.

29.- Con base en los anteriores elementos, y no obstante el cambio de legislación en materia procesal penal, en la sentencia C-591 de 2005 se dijo respecto del adelantamiento del proceso en ausencia del imputado que las líneas jurisprudenciales presentadas sustentaban la constitucionalidad del artículo 339 de la Ley 906 de 2005. Y, se dispuso que la base constitucional que de manera general ha soportado la declaratoria de persona ausente en materia penal, en los tres códigos son: (i) “...la regla general, [es] que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia...”. (ii) Sólo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia (...)[aunque], siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales. (iii) La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías [y por el fiscal, bajo los anteriores Códigos] sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar [al imputado] (...) [siendo verificable] la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.”⁴³

30-. Resulta claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la participación del fiscal en el proceso penal, implica exigencias acordes con los medios que posee. En materia de declaratoria de persona ausente, queda pues en cabeza del fiscal demostrar la imposibilidad de localizar al imputado. Por demás, dentro del proceso penal, la referencia a la superioridad de los medios de los fiscales como acusadores frente a los de los acusados, no sólo deriva del respaldo estatal con el que cuenta, en virtud de la facultad del Estado de imponer sanciones legalmente contempladas a quienes infringen el ordenamiento

jurídico.⁴⁴ Dicha superioridad tiene una referencia más inmediata que es la ley procesal penal misma. El artículo 316 de la Ley 600 de 2000 establece que el fiscal tiene a su disposición no sólo a la policía judicial, sino que a cualquier servidor público a quien considere que le pueda auxiliar en la investigación, podrá comisionarle que ejerza funciones de policía judicial también. De igual manera el artículo 117 de la ley 906 de 2004, coloca a los organismos que cumplan funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal.

31.- Por último, la Sala considera pertinente hacer referencia a la interpretación que sobre las garantías fundamentales derivadas del debido proceso penal, ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo reglado al respecto por los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 y del 2000. Así pues, en concordancia con lo explicado por esta Corporación, el máximo tribunal penal colombiano ha descrito la forma adoptada por el derecho de defensa, en los casos de declaratoria de persona ausente.

Sobre la base del deber del Estado de agotar todas las vías posibles para lograr la vinculación personal del acusado, considera la Sala de Casación en comentario que “la declaratoria de persona ausente, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que sólo puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material (...)”⁴⁵

En este orden de ideas, agrega la Corte Suprema que,

“[E]n desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, el Estado está en el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone, de manera que la decisión de adelantar el proceso en ausencia suya, sea resultado de una cualquiera de dos situaciones: (1) Que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; y (2) que habiendo sido informado, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria.

En ambas hipótesis, la ley ordena cumplir ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: (1) citación a indagatoria; (2) orden de captura; (3) emplazamiento, siendo cada uno de ellos presupuesto indispensable del siguiente, aunque del primero puede prescindirse cuando el delito por el que se procede permite librar directamente la captura, o

no ha sido posible establecer la dirección concreta del implicado (arts. 356, 375 y 376 del Código [de 1991], y 336 [de la Ley 600 de 2000]).

Lo importante, sin embargo, para que el acto de vinculación en ausencia sea legítimo, y pueda entenderse garantizado el derecho de defensa, no es simplemente que se cumplan los pasos indicados, sino que el funcionario instructor haya realizado las gestiones necesarias para establecer el lugar o dirección donde puede ser localizado el imputado, y que los datos obtenidos sean incluidos correctamente en las citaciones telegráficas, y en las comunicaciones enviadas a los organismos de seguridad encargados de su localización o captura. De nada sirve que en el expediente aparezca registrado el lugar de residencia del implicado, si estos datos son ignorados por el órgano judicial, o equivocadamente transmitidos a las entidades encargadas de su búsqueda.”⁴⁶ [Énfasis fuera de texto]

Como se ve, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia gira en torno a la idea según la cual los pasos que la ley procedimental penal establece en relación con la declaratoria de persona ausente, deben ser llenados de contenido por el hecho de la búsqueda efectiva del imputado. Estos requisitos contienen un componente material que consiste en desplegar la utilización de medios efectivos que permitan hacer comparecer al proceso al imputado.

Conclusiones

32.- Los elementos aportados por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del CDH por la doctrina procesal penal, pueden ser resumidas de la siguiente manera:

i. La estructura del derecho de defensa, contemplada en el artículo 29 de la Constitución y de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la CIDH se ampara en el principio constitucional del debido proceso (correspondiente a la noción doctrinal de juicio justo) cuya satisfacción consiste en asegurar que el imputado tenga la oportunidad de defenderse “en las mejores condiciones posibles frente al acusador, superior a él en medios.”⁴⁷

i. La garantía de contradicción interpretada a la luz del principio constitucional del debido

proceso, obliga a que – en virtud del principio de igualdad de medios del derecho de defensa – el acusador y el acusado tengan cargas distintas en la participación en el proceso, según los medios a su disposición, siendo la mayor para el acusador.⁴⁸ Quien, tiene incluso la carga de probar el desempeño diligente de su labor, lo que se traduce en el mandato legal de citar al imputado en forma personal, para lo cual se deberán adelantar las diligencias necesarias en virtud del principio de lealtad⁴⁹, dejando expresa constancia de ello en el expediente⁵⁰ o adjuntando a la solicitud de declaratoria de persona ausente los elementos de conocimiento que demuestren que se ha insistido en ubicarlo⁵¹.

i. En materia de garantías fundamentales para el adelantamiento de procesos penales en ausencia del imputado identificado, el desarrollo de un juicio conforme con el principio constitucional del debido proceso o juicio justo, establece a su favor que: a) si éste no se oculta de la justicia entonces el funcionario debe actuar diligentemente en la tarea de ubicarlo para garantizar su participación en el proceso, con el fin que ejerza su derecho de defensa⁵². Luego, el ejercicio de la contradicción, en desarrollo del principio de igualdad de medios del derecho de defensa, b) incrementa la carga del fiscal de ubicar al acusado, de conformidad con los medios de que dispone⁵³, para lo que c) el seguimiento formal de estos requisitos no resulta suficiente, si los funcionarios judiciales no despliegan la utilización de medios efectivos que permitan cumplir con el fin último de éstos, cual es el de localizar al imputado.⁵⁴ E igualmente d) aumenta la carga probatoria del fiscal de demostrar el agotamiento de todas las diligencias pertinentes encaminadas a conseguirlo.⁵⁵

33.- Las conclusiones expuestas, ponen de presente que sobre la materia concreta de regulación de las investigaciones y juicios penales en ausencia del acusado, los principios constitucionales que sustentan su realización, así como los mandatos legales que los ajustan a la práctica del procedimiento penal, coinciden en la exigencia del cumplimiento de garantías mínimas para proteger el derecho de defensa. Esto resulta relevante, teniendo en cuenta que el caso que se estudiará a la luz de estos principios y mandatos se inició bajo la vigencia del Código de 1991 y terminó bajo la vigencia del Código del 2000.

Como lo hizo ver esta Corporación en las sentencias C-248 de 2004 y C-591 de 2005, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 356 del Decreto 2700 de 1991 y del

artículo 344 de la Ley 600 de 2000, contienen la condición de la imposibilidad del funcionario judicial para hacer comparecer al imputado al proceso, como condición irrestricta de la declaratoria de persona ausente. También, como ya se ha expresado, ambos códigos regulan la posición del Fiscal dentro del proceso, de tal manera que colocan a su disposición y bajo su coordinación, a la policía judicial y a los funcionarios públicos que pueda requerir para el seguimiento de su labor.

Por ello, como quiera que la posibilidad de declaratoria de persona ausente, para continuar con el proceso cuenta desde 1991 con el mismo sustento que la hace ajustada a la Constitución, el análisis de la Sala se hará con base en aquellos lineamientos.

Entonces, de conformidad con las regulaciones constitucionales y legales sobre la posibilidad de desplegar un proceso penal sin la presencia del acusado, explicadas anteriormente, corresponde a esta Sala de Revisión verificar si en efecto el Fiscal y el Juez del caso sub judice agotaron los medios necesarios para ubicar al acusado y si de ello existe constancia en el expediente.

Caso concreto y vulneración de los derechos fundamentales.

34.- A partir de la Resolución de Apertura de investigación dictada por el Fiscal 106 Seccional de Bogotá, se hallan en el expediente las siguientes diligencias relacionadas con la ubicación del señor ARDILA MORALES:

1. Respuesta del D.A.S., de solicitud de antecedentes judiciales de LUIS MARÍA ARDILA MORALES, por parte de la Fiscalía. (Cuad. 3 Fl. 47)

1. Orden de captura contra ARDILA MORALES. (Cuad. 3 Fl. 54)

1. Recepción del Fiscal de los Informes del Grupo de Capturas del D.A.S., sobre la imposibilidad de localizar a ARDILA MORALES (Cuad. 3 Fls. 57 y 66)

1. Edicto que emplaza a ARDILA MORALES para comparecer a indagatoria. (Cuad. 3 Fl. 60)

Luego de ello el Fiscal en comento declaró persona ausente al señor ARDILA MORALES. Posteriormente se dictaron algunas pruebas en desarrollo de la investigación, y se ordenó un despacho comisorio al fiscal de Bucaramanga el cual fue devuelto en razón a que la residencia de la dirección referenciada en el comisorio estaba desocupada. Finalmente, el juez de conocimiento emplazó al imputado para que compareciera a la audiencia preparatoria de juzgamiento.

35.- En atención a lo anterior, la Sala constata que el Fiscal realizó un seguimiento formal de los pasos que las normas procedimentales exigen para la declaratoria de persona ausente. No obstante, en el expediente no obran pruebas del desarrollo efectivo de dichos requisitos. Esto es, no hay constancia de las diligencias para ubicar una dirección determinada, así como tampoco, la valoración probatoria del fiscal respecto del informe del investigador de D.A.S.

36.- Respecto de lo primero, se considera que tal como se acudió a la Registraduría Nacional del Estado Civil para verificar plenamente la identidad del denunciado, se hubiera podido igualmente realizar diligencias tendientes a ubicar la residencia del mismo. De hecho, el origen del proceso en una solicitud en una inmobiliaria con la escritura alterada, constituía una fuente para intentar revelar los datos y la ubicación de quien se reputaba como responsable de la mencionada alteración. También, con el nombre de quien en el cuerpo de la escritura en comento, aparecía como esposa del imputado, el funcionario judicial debió acometer la ubicación del acusado. La Sala encuentra que, ni sobre lo anterior, ni sobre ninguna otra alternativa de investigación del fiscal para localizar al imputado, obra prueba en el expediente.

37.- Ahora bien, en cuanto a la ausencia de algún tipo de pronunciamiento del acusador respecto del informe del investigador del D.A.S., echa de menos esta Sala que en el expediente no aparezcan diligencias que den cuenta de la interacción coordinada entre el fiscal y el funcionario que adelantó la pesquisa para hacer efectiva la orden de captura. El contenido del documento que le proporciona el funcionario judicial al investigador del D.A.S., contiene únicamente la descripción física del imputado derivada de la carta dactilar que allegó a la investigación la Registraduría del Estado Civil. A su turno los informes del

investigador certifican al fiscal que el resultado de la misión de hacer efectiva la captura, no ha sido posible, pero sobre el desarrollo de aquella misión o sobre las diligencias efectuadas para cumplirla, no se dice nada en el expediente. En otras palabras, ni el funcionario de la División de Capturas (D.A.S) explica al fiscal qué diligencias adelantó, ni el fiscal lo cuestiona.

Configuración de la vulneración de los derechos fundamentales.

38.- La omisión de las constancias relativas a los trámites que demostraran efectividad en el contenido de los requisitos de emplazar y ordenar la captura del acusado, revelan a la Sala la configuración de una vulneración al derecho de defensa del acusado. De conformidad con el principio de igualdad de medios o de armas, la carga del fiscal era dejar constancia en lo actuado, del agotamiento material, y no sólo formal, de los medios a su disposición para localizar al imputado. El derecho de defensa exige del fiscal no sólo el desempeño efectivo de su obligación de hacer comparecer al imputado al proceso, sino también de dejar fe de ello en el expediente. Pues, es esto lo único que da certeza, tanto al juez de conocimiento como al juez que resuelva una eventual apelación, de si el imputado no se defendió directamente en razón a que no quiso o porque no pudo. Y, en caso de duda no se puede optar por la alternativa de renuencia del imputado, en virtud de la presunción de inocencia.

39.- Frente a esto se podría pensar sin embargo, que la obligación explícita de dejar expresa constancia de las diligencias necesarias para hacer comparecer al acusado ante el fiscal, tiene como sustento el artículo 336 de la Ley 600 de 2000, razón por la cual no habría lugar a exigirla en una investigación que se venía adelantando desde 1998. Al menos dos razones hacen improcedente el anterior argumento. La primera de ellas, consiste en que la obligación del juez de constituir el expediente de la investigación con la certificación de todos los trámites surtidos, es un mandato que surge del principio de lealtad del proceso penal, contemplado en el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal de 199156. El cual obliga a mantener la transparencia a lo largo del proceso, y para que ello se cumpla satisfactoriamente el expediente debe dar certeza, al juez de conocimiento o al de segunda instancia, de que la ausencia del acusado no es imputable a alguna omisión del fiscal o del a quo.

Por otro lado en el presente caso, si bien es cierto que las diligencias de la investigación

comenzaron en 1998 (bajo la vigencia del Código de 1991), no lo es menos que la resolución de acusación se dictó hasta el 200157 (bajo la vigencia del Código del 2000). Luego, si el fiscal llegó a considerar erróneamente (en el sentido de no aplicar el principio de lealtad) que no era su deber dejar constancia de los trámites para conseguir la ubicación del imputado, debió tener en cuenta que al momento de proferir la resolución de acusación⁵⁸ ya estaba vigente el artículo 336 de la Ley 600 de 2000. El cual contemplaba el mencionado requisito expresamente, en aras de garantizar el derecho de defensa y la excepcionalidad de la conducción o captura para llevar al imputado a la indagatoria, y en dicho sentido favorecer al requerido. Por lo que configuraba una norma posterior favorable, que debió en todo caso tener en cuenta el acusador.

40.- Lo descrito, representa una vulneración del derecho al debido proceso por falta de garantías para ejercer el derecho de defensa. Esto, se enmarca dentro de la causal de procedibilidad de la acción de tutela descrita tantas veces por esta Corporación como un defecto procedimental. Ha dicho la Corte que en estos casos, “[p]ara que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados - sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental -; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso.”⁵⁹

41.- En atención a esto, y de conformidad con lo expuesto, la Sala no encuentra suficientemente justificada la declaratoria de persona ausente del señor ARDILA MORALES, en tanto en el expediente no aparece constancia alguna de que el fiscal hubiese agotado realmente los medios pertinentes para localizar al mencionado y garantizarle su participación directa en el proceso, para el ejercicio cabal de su derecho de defensa. Con esto, se vulnera

el derecho al debido proceso y el derecho de defensa del artículo 29 de la Constitución. De ahí, que la sentencia contra la que se interpuso el amparo, adolezca de un defecto procedimental consistente en que no se garantizó el derecho de defensa y se vulneraron los principios de juicio justo e igualdad de medios, por lo que se ocasionó un perjuicio iusfundamental al condenado. Dicho perjuicio se manifestó en el hecho que el actor resultó condenado en un proceso en el que, como se dijo, no se agotaron materialmente los medios, a disposición del funcionario judicial, para localizarlo. Por lo que se presume que éste no pudo defenderse porque no se enteró de la existencia del proceso.

Ahora bien, lo anterior no basta para declarar la eventual anulación del proceso objeto de la tutela. Esto dependerá de si la Sala determina si en efecto el actor no contaba con otro medio judicial por medio del cual solicitar el reconocimiento del mencionado derecho.

Inexistencia de otro medio judicial eficaz para proteger el derecho vulnerado.

42.- Los jueces de tutela consideraron que el actor podía interponer la acción de revisión del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000). En su parecer, en razón a que el tutelante alegó que su ubicación era posible por medio de la inmobiliaria a la cual supuestamente allegó la escritura alterada, o por medio de su esposa, o incluso por medio de directorio telefónico; su solicitud podía ser ventilada a partir del supuesto consistente en la aparición de hechos o pruebas nuevas “no conocidas al tiempo de los debates” que pretenden demostrar la inocencia del condenado. Es decir, que contaba con la causal del numeral 3º del artículo 220 mencionado, para alegarla después de la condena.

43.- Frente a esto, esta Sala encuentra que la vulneración del derecho al debido proceso en el caso bajo estudio, configura una falta a las garantías para acudir personalmente al proceso y ejercer el derecho de defensa. Y en ese orden de ideas la reparación de dicha vulneración no puede ser sino lograr la presencia del imputado en el proceso.

Esto no puede confundirse con la técnica de la acción de revisión en materia penal, cuya naturaleza no es de garantía del derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa, sino de verificación de la validez de lo que sustenta una condena. Esto es, establece la posibilidad de alegar la ocurrencia de situaciones que pongan en duda la validez de la sentencia dictada.

44.- La acción de revisión en materia penal busca dar la posibilidad a la defensa de controvertir la validez de las pruebas que soportan la condena penal. Con las garantías del artículo 29 superior se busca en cambio, dar viabilidad al ejercicio de la defensa técnica dentro de un proceso equitativo.

No les asiste pues razón a los jueces de tutela respecto de la procedencia en el presente caso de la acción de revisión, así como tampoco encuentra la Sala que el tutelante tuviera otro medio de defensa judicial. Pues, teniendo en cuenta que éste se enteró de la condena un año después de dictada, la apelación tampoco era procedente.

45.- Esto supone que se dan los requisitos establecidos para reparar la vulneración de un derecho fundamental derivada de una sentencia judicial, mediante la orden del juez de tutela de anular lo actuado en el proceso hasta el momento en que se permita la corrección del defecto. En el presente, debido a que la vulneración se materializó en la no asistencia del imputado al proceso; y en atención a que la resolución de acusación se dictó en el 2001, bajo la vigencia de las etapas procesales del Código de Procedimiento Penal del 2000, esta Sala anulará todo lo actuado en el proceso desde el momento del traslado para la preparación del audiencia preparatoria de que habla el artículo 400 de la Ley 600 de 2000. En el sentido anteriormente explicado se pronunciará la Sala en la parte resolutive de la presente sentencia.

No obstante, antes de pasar a la parte resolutive, la Sala hará referencia a los demás argumentos que los jueces de tutela esgrimen para negar el amparo.

Análisis de otros argumentos de los jueces de tutela para negar el amparo. Requisito de inmediatez, ejercicio del derecho de defensa mediante defensor de oficio e imposibilidad de discutir cuestiones de fondo de la sentencia judicial impugnada por vía de tutela.

46.- El a quo de tutela considera que en virtud de la interposición de dicha acción nueve meses después de la captura del señor ARDILA MORALES, por la vigencia de una condena penal que no conocía, se vulneró el principio de inmediatez de la tutela. El cual atiende a la naturaleza de la acción en el sentido de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de manera eficaz e inmediata.

Frente a lo expuesto por el a quo la Sala reitera su posición en cuanto al principio de

inmediatez, cuando al momento de la interposición de la acción, la vulneración de los derechos fundamentales continúa. Ha dicho la Corte, que en aquellos casos en los que la vulneración de los derechos es permanente, la solicitud de amparo es procedente mientras dure la vulneración.

En el caso concreto, en donde la vulneración del derecho al debido proceso trajo como consecuencia una condena penal sin la posibilidad de defensa, es claro que en tanto la condena esté vigente, la vulneración será susceptible de protección. La condena de ARDILA MORALES a pena de prisión tiene vigencia hasta julio de 2007. Hasta ese entonces, es posible reclamar la reparación del derecho fundamental vulnerado, por lo cual no es de recibo el argumento del Tribunal Superior de Bogotá.

47.- Además, en las sentencias del a quo y del ad quem de tutela se dice que en tanto el condenado contó con un abogado de oficio que lo representó en el proceso, no se vulneró el derecho de defensa. Además, el juez de segunda instancia del amparo agregó que la pretensión del demandante de la acción de tutela no era procedente por esta vía, pues esta acción no es una tercera instancia y a los jueces constitucionales les está prohibido pronunciarse de fondo sobre cuestiones decididas por los jueces ordinarios.

48.- En lo relativo al ejercicio de defensa mediante apoderado judicial de oficio, ha dicho esta Corporación que si bien no resulta igual participar en un proceso penal mediante un abogado escogido conscientemente, que no participar pero estar representado; es indiscutible que la figura del abogado de oficio obra como una garantía constitucional de los intereses de los acusados, en determinadas circunstancias.

No obstante, tal como se ha venido explicando a lo largo de esta sentencia, no es la misma situación la de quien no participa en un proceso penal que se adelanta en su contra porque no quiere, por estrategia o por que evade la justicia, que la de quien no participa porque no conoce de la existencia del proceso (C-488/96). Además, resulta evidente que un mejor ejercicio del derecho de defensa se ejerce estando presente en el proceso. El nombramiento del defensor de oficio no puede en todos los casos garantizar plenamente el derecho de defensa técnica. Si como se dijo antes, la implementación del principio contradictorio implica necesariamente garantizar las condiciones para preparar una defensa técnica estratégica, resulta absurdo pensar que la vulneración del principio de igualdad de medios se considere

subsana por el nombramiento de un defensor ante la ausencia del imputado.

Pues, aceptar que la disposición de un abogado de oficio genera siempre el equilibrio mínimo entre el acusador y el acusado, es aceptar que en todos los casos de declaratoria de persona ausente implica que el imputado no tiene interés en defenderse adecuadamente. Semejante presunción, antes que procurar el desarrollo de un juicio justo y equitativo, asume como regla general que en caso de la duda la interpretación se hará en detrimento del acusado.

49.- Adicionalmente, se invierten las cargas entre acusador y acusado, que la necesidad de igualdad de medios, dispone para participar en el proceso penal. Esto por cuanto la igualdad de armas en el proceso establece que el fiscal, superior en medios al imputado, demuestre que el interés de éste es marginarse del proceso ante lo cual no tiene mas remedio que nombrarle un abogado que lo represente. De lo contrario, no habría por que asumir que un ciudadano cualquiera tenga desinterés manifiesto en defenderse de una acusación penal.

Imposibilidad de discutir cuestiones de fondo de la sentencia judicial impugnada por vía de tutela. Diferencia entre la revisión constitucional del fallo judicial y la supuesta revisión de la controversia decidida por el juez ordinario.

50.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como ad quem de tutela en el presente caso, considera acertadamente que mediante la acción de tutela no es viable impugnar sentencias judiciales, cuando dichas impugnaciones se refieren a existencia de controversias frente al criterio jurídico del juez ordinario. La Sala comparte esta aseveración y agrega que el controversial manejo del amparo constitucional contra sentencias judiciales pasa en gran medida por la errónea creencia de que la tutela es una tercera instancia.

51.- En efecto, la procedibilidad de revisión constitucional de los fallos judiciales, atiende a una única posibilidad: que la decisión del juez vulnere la Constitución. Por esto la revisión del juez de tutela en estos casos consiste en detectar que de la presencia de una causal de procedencia de tutela contra sentencias, se derive un perjuicio iusfundamental. De ahí, que los motivos que pueden esgrimir los tutelantes correspondan únicamente a la vulneración de un derecho fundamental desprendida de un fallo judicial.

Mientras que, la figura de la instancia en la que se resuelve un recurso, permite que los motivos que sustenten dicha impugnación sean los que proponga el recurrente. De hecho, el

derecho fundamental a la doble instancia procura – justamente – que por una segunda vez se pueda controvertir lo pretendido en el proceso. El poder del juez de instancia es entonces volver a juzgar el caso.

Por el contrario, la revisión de un fallo por parte del juez constitucional es reparar las vulneraciones a los derechos fundamentales, derivadas de dicho fallo.

52.- En el caso concreto, la Sala determinó la existencia de una causal de procedencia de tutela contra sentencias, consistente en un defecto procedimental al no agotar los funcionarios judiciales los medios necesarios para hacer comparecer al imputado al proceso. De lo que igualmente se derivó un perjuicio iusfundamental al ser condenado sin la posibilidad de ejercer su derecho de defensa por no estar enterado del proceso. La Sala analizó las pruebas del proceso, solamente en busca de una justificación razonable y suficiente para la declaratoria de persona ausente, encontrando que en el expediente no existía prueba alguna que certificara que se hicieron las diligencias pertinentes para ubicar al imputado, como lo disponen los principios del juicio justo y de igualdad de medios en el debido proceso penal.

Lo anterior no constituye una nueva valoración del caso. De hecho la Corte no realizó, porque no le compete, pronunciamiento alguno sobre el asunto discutido ante el juez penal, esto es, sobre la responsabilidad penal del señor ARDILA MORALES. La constatación del incumplimiento de las garantías contenidas en el artículo 29 de la Carta, permitió al juez constitucional establecer la vulneración del derecho de defensa constitucionalmente protegido. Y en dicho sentido la revisión de las pruebas apuntó sólo a determinar su vulneración a la luz de la Constitución.

53.- Para concluir, la Sala encuentra oportuno aclarar lo siguiente: teniendo en cuenta (i) que la etapa de juzgamiento del proceso objeto de revisión se surtió bajo las reglas procedimentales contenidas en la Ley 600 de 2000, (ii) que la presente sentencia ordenará la nulidad de lo actuado en el proceso desde el momento del traslado para la audiencia preparatoria de juzgamiento, y (iii) que el artículo 533 de la Ley 906 de 200460 establece que el procedimiento penal establecido en dicha ley, se aplicará únicamente a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia; entonces, el presente proceso deberá seguir su trámite a la luz de la ley 600 de 2004.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR las decisiones adoptadas en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, y en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de la Acción de tutela instaurada por Luis María Ardila Morales contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá y la Fiscalía 106 Seccional de la Unidad Segunda de Delitos Contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Bogotá.

SEGUNDO.- En su lugar, DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del traslado para preparar la audiencia preparatoria de que habla el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, en el proceso penal por falsedad adelantado contra Luis María Ardila Morales en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá.

TERCERO.- ORDENAR al Juez Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, que decida sobre la libertad personal del señor Luis María Ardila Morales.

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

2 T-1031 de 2001 citada recientemente en la T-453 de 2005.

3 C-590 de 2005.

4 T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), citada en la C-590 de 2005

5 Constitución colombiana de 1991. "ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá 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.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso [Subrayas fuera de texto].

6 Constitución colombiana de 1886. "Artículo 26.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o

desfavorable”.

7 En adelante PIDCP, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Artículo 14 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior,

conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

8 En adelante CADH, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

9 Inc. 1 Art 14 PIDCP e inc. 1 Art. 8 CADH.

10 Num. 3-a Art 14 PIDCP y num. 2-b 8 CADH.

11 Num 3-f Art 14 PIDCP y num. 2-a Art. 8 CADH.

12 Num 3-d Art 14 PIDCP

13 Num 3-b Art. 14 PIDCP y num. 2-c Art. 8 CADH

15 [Cita del aparte transcrito] Los textos de las versiones en inglés y francés de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP apoyan esta interpretación. Las primeras emplean el término 'fair hearing' y las últimas la expresión 'droit à ce que sa cause soit entendue équitablement'. En cuanto a la Convención americana, la versión en inglés del primer párrafo del artículo 8 consagra el derecho a ser oída, 'with due guarantees', pero el título del artículo es 'Fair Trial' [que se puede traducir como 'Juicio Justo']." Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, autor O'Donnell Daniel. Bogotá. 2004. Pág 368.

16 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Interpretación de las normas internacionales sobre Derechos Humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas. Observación General Nº 13, párrafo 5. Pág. 48

17 M.P Carlos Gaviria Díaz. Criterio que fue reiterado en la C-591 de 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

18 [Énfasis fuera de texto] M.P José Gregorio Hernández Galindo.

19 Comité de Derechos Humanos, caso *Wright (Clifton) c. Jamaica*, párrafo 8.3 (1992), Citado en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. Cit. Pág. 369. En este caso, "[l]a autopsia de un difunto indicaba que su muerte se había producido cuando el acusado se hallaba en detención. Aunque las funciones de un juez en un juicio con jurado son limitadas, el Comité concluyó que, habida cuenta de la importancia de la prueba, el juez tenía la obligación de asegurar que el jurado la tenía presente, a pesar de que el defensor no la presentó." *Ibidem*.

20 En adelante TEDH

21 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950 (CEDH) Artículo 6. (i) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. (ii) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. (iii) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) A ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o habla la lengua empleada en la audiencia.

22 TEDH, sentencia del 21 de diciembre de 2000, nº 24479/94 (Lietzow) y nº 23541/94 (García Alva). Citados en AMBOS Kai, "Lineamientos Europeos para el proceso penal (Alemania). Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el período 2000-2003". En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 2004. Ed. Konrad Adenauer Stiftung (...). Montevideo. 2004.

23 Comité de Derechos Humanos, caso Cambel (j) c. Jamaica, párr. 6.4 (1993)

24 Algunos de estos críticos son citados por el autor Claus Roxín y, menciona que dichas “{o}piniones señalan que una aplicación extensiva del mandato de lealtad elude las valoraciones de la ley común a través de una cláusula general superior y, por último, el mandato de fair trial conduce a una `sobrejudicialización´ y, con ello, contribuye a la dilatación temporal y a la complejidad del proceso penal”. ROXÍN Claus, Derecho Procesal Penal. Ed del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág 80 {Citando a FRISCH, Burns-FS, 1978, 391 y a KUNKIS Driz 93 y 185 y ss}

25 A pesar que la cláusula general del derecho al debido proceso se ha conformado por los Tribunales norteamericanos con apartes de las enmiendas primera, cuarta, quinta, sexta y octava de la Carta de Derechos, estos apartes se han considerado incorporados a la enmienda catorce que es la que estipula la garantía de no ser privado de la vida, la libertad y la propiedad sin las debidas garantías judiciales.

26 WAYNE R. LaFave et al. Criminal Procedure. Ed. West Group. St, Paul Minn., 2000. Pág. 55 y ss

27 AMBOS Kai. “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte” [El Tribunal Supremo europeo para los derechos humanos y el derecho procesal]. En ZStW 115 Heft 3. Pág. 592 y 593. Este autor explica que el principio de igualdad de armas entendido como la nivelación de la participación en el proceso, del acusado frente al acusador, se da a partir del cambio de postura del Tribunal Supremo Europeo para los Derechos Humanos, frente a la posición y al rol del Procurador General austríaco y el Procurador General belga, como entes estatales acusadores (Ibídem).

28 Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004

29 Decreto 2700/1991. “ARTICULO 356. Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco días en un lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada.

Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta, se procederá conforme a lo previsto en este artículo.” [Énfasis fuera de texto]

Ley 600/2000. “ARTÍCULO 344 DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE. Si ordenada la captura, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno.” [Énfasis fuera de texto]

30 Ley 906 de 2004. “ARTÍCULO 127. AUSENCIA DEL IMPUTADO. Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplido lo anterior el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.”

31 M.P Carlos Gaviria Díaz

32[Cita de la Sentencia transcrita] 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.

33 M.P Antonio Barrera Carbonell

34 M.P Fabio Morón Díaz

35 Énfasis fuera de texto

36 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

37 C-591 de 2005

38 {Cita de la sentencia transcrita} Ver la Sentencia C-488/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

39 M.P Rodrigo Escobar Gil

41 [Cita de la sentencia transcrita] Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal.

42 [Cita de la sentencia transcrita] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1999.

43 [Énfasis dentro del texto] C-592 de 2005.

44 Ver SU-960 de 1999. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

45 [Cita del aparte transcrito] Cfr. Cas. Dic. 18/2000, M.P. Dr. Mejía Escobar, entre otras. Citada en la Sent. jun. 6/2002. Rad. 14722 M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

46 Ibídem

47 Esta idea es explicada en detalle en ROXÍN (...) Op. Cit. Pág. 80

48 Art. 318 D.2700-91, art. 316 L. 600-00, art. 117 L. 906-04.

49 Art.18 D.2700-91

50 Art.336 L. 600-00

51 Art. 127 L.906-04

52 C-488-96

53 Art. 316 L. 600-00, art. 117 L. 906-04 y C-627-96

54 Jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia.

55 Art. 336 L. 600-00, art. 339 L.906-05, C-248-04 y C-591-05

56 Decreto 2700 de 1991: "ARTÍCULO 18. LEALTAD. Quienes intervienen en la actuación judicial están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad."

57 Cuad. 3 Fls. 91 a 93

58 Agosto 24 de 2001

59 T-654/98. F. J 5 y 6.

60 ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. (...)