

Sentencia T-412/12

(Bogotá D.C., mayo 31)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEBIDO PROCESO PENAL Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por cuanto se presentaron serias irregularidades en el proceso y no se respetaron las garantías procesales

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, el derecho al debido proceso tiene la finalidad de resguardar garantías básicas o esenciales de cualquier tipo de proceso, como son: el derecho al juez natural, a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la segunda instancia, al principio de legalidad, el derecho de defensa material y técnica; la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales, la prohibición de jueces sin rostro o secretos. Además de plantear, que en materia penal, se debe dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley. En el ámbito penal, la protección al derecho al debido proceso tiene una especial connotación, si se tiene en cuenta el tipo de bienes jurídicos que se encuentran en conflicto, razón por la cual es necesario que el juez cuente con los elementos probatorios y fácticos de juicio para efectos de establecer la responsabilidad o la inocencia del sindicado. De ahí la importancia de garantizar la participación activa del indiciado y su representación dentro del proceso. Es relevante el derecho a la defensa para efectos de disponer de asistencia técnica que permita al acusado ser oído y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que lo afecta, ya sea por medio de un abogado designado por confianza o uno asignado por el Estado. No obstante, como el derecho a la defensa técnica suele realizarse a través de actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser ejercido con tácticas diversas

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR VIOLACION DEL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Requisitos

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto procedimental de una sentencia judicial surge cuando el funcionario judicial encargado de adoptar determinada decisión, actúa contrario a los postulados procesales aplicables al caso concreto, desconociéndose de

manera evidente los presupuestos legales establecidos, por la cual se deriva en una decisión arbitraria que desconoce derechos fundamentales. Los criterios que se deben tener en cuenta para establecer si existió un defecto procedimental son: i) que en el transcurso del proceso no haya sido posible corregir la irregularidad procesal; ii) que el desconocimiento procesal afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga repercusiones en la decisión de fondo; y iii) se requiere que el error producido no sea imputable al afectado

NOTIFICACION EN MATERIA PENAL Y DERECHO DE DEFENSA-Finalidad

La notificación es un acto de comunicación procesal que tiene la finalidad de permitir a los sujetos procesales ejercer el derecho a la defensa, de ahí la importancia de procurar la comparecencia de los mismos en el curso del proceso y de los actos de comunicación de las decisiones en las que el demandado se entera de la existencia del proceso. Lo anterior, para efectos de que alguien pueda ser juzgado de conformidad con normas no aplicables al caso concreto y permitiendo que el procesado ejercite el derecho de contradicción, garantizándose que “la sentencia sea el resultado del diálogo que se establece entre el juez y las partes del proceso.” De ahí que, se entienda que al no realizarse los actos tendientes a comunicar sobre la existencia del proceso, se vulnera el derecho a la defensa, por lo tanto, es deber del Estado procurar todos los medios posibles para ubicar al imputado para que conozca, comparezca y exponga sus razones y argumentos

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE COMO FORMA DE VINCULACION EN EL PROCESO PENAL-Alcance

La declaración de persona ausente es una medida con la que cuenta la administración de justicia para funcionar de forma eficaz, y en aras de no postergar las decisiones, “so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba”. Los funcionarios judiciales deben adelantar las diligencias necesarias para comunicar sobre la existencia de una investigación y un proceso penal en su contra, que de no ser posible, se garantiza al designar un defensor de oficio, en aras de brindarle mecanismos para ejercer el derecho de contradicción y defensa. La vinculación del procesado por medio de la declaración de persona ausente, no exime que los funcionarios judiciales adelanten de manera diligente los actos tendientes a vincular y notificar a los sujetos procesales, para

procurar que la vinculación se logre por medio de la indagatoria

DEBIDO PROCESO PENAL-Procedencia por no haber sido notificado

ACCION DE TUTELA CONTRA SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Caso de persona investigada por el delito de agente retenedor o recaudador que fue declarada persona ausente, sin que se adelantaran las actuaciones necesarias para notificarlo dentro del curso del proceso penal

Referencia: expediente T-3.326.247

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del primero (1º) de diciembre de 2011 que confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del diecinueve (19) de octubre de 2011, que negó el amparo constitucional.

Accionante: Gilberto Armando Mizrahi.

Accionado: Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y otro.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana María Guillén (E) y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

1. Demanda del accionante1:

1. Elementos:

1.1.1 Derechos fundamentales invocados: debido proceso y derecho de defensa.

1.1.2 Conducta que causa la vulneración: la omisión de la entidad judicial accionada de comunicar las diferentes actuaciones procesales en el curso del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

1.1.3 Pretensión: se declare la nulidad del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, a partir de la declaratoria de persona ausente y los actos posteriores, para efectos de que tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Y como consecuencia de lo anterior, se ordene la libertad inmediata.

1.2 Fundamentos de la pretensión:

1.2.1 El señor Gilberto Armando Mizrahi era dueño y representante legal de la sociedad Gráficas Letras y Transparencia por Computador Ltda. Afirmó el apoderado, que su representado se desplazó a Estados Unidos el 22 de octubre de 2000, para lo cual designó como representante legal encargada a la señora María del Rosario Guzmán.

1.2.2 El 24 de enero de 2003, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- con sede en Bogotá, formuló denuncia penal² contra el señor Gilberto Armando Mizrahi y María del Rosario Guzmán, en calidad de representantes legales de la sociedad Gráficas Letras y Transparencia por Computador Ltda. Lo anterior, por no haber realizado el pago de impuesto sobre las ventas, ni consignado las sumas retenidas o recaudadas por concepto de retención en la fuente, correspondientes a los periodos de 1998 al año 2000.

1.2.3 El 31 de marzo de 2003, la Fiscalía General de la Nación³ decretó la apertura de instrucción⁴ y solicitó la fotocopia de la cartilla decadactilar de los denunciados a la Registraduría Nacional del Estado Civil y certificados de la Cámara de Comercio para efectos de conocer quién ejercía la representación legal de la empresa. Además, se estableció fecha para vincularlos mediante indagatoria⁵. Sin embargo, a dicha diligencia sólo concurrió María del Rosario Guzmán⁶, quien posteriormente se acogió a sentencia anticipada⁷.

1.2.4 El 29 de agosto de 2003, el señor Gilberto Armando Mizrahi Tabet fue declarado persona ausente⁸, debido a que la Fiscalía libró varias comunicaciones a la dirección

registrada por la DIAN, como nomenclatura del establecimiento de comercio que el poderdante representaba, esto es, en la Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá y no fue posible su comparecencia, razón por la cual se designó un defensor de oficio⁹.

1.2.5 El 25 de febrero de 2004, la Fiscalía 200 Seccional de Unidad de Delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia cerró la investigación¹⁰. Y el 14 de julio de 2004, dictó en su contra resolución de acusación¹¹ como presunto autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador. Dicha resolución no fue objeto de impugnación.

1.2.6 Posteriormente, el Juzgado Cincuenta y Uno (51) Penal del Circuito de Bogotá avocó conocimiento y el 20 de junio de 2005 adelantó audiencia preparatoria y, en aras de escuchar en indagatoria al procesado, dispuso oficiar al Grupo Humanitas de la Dijin para que mediante misión de trabajo hiciera comparecer al indiciado¹².

1.2.7 El 22 de marzo de 2006, se realizó Audiencia Pública¹³ con la asistencia de la defensora de oficio, quien solicitó se profiriera sentencia absolutoria por ausencia de material probatorio para condenar, como quiera que la señora María del Rosario Guzmán informó en la indagatoria rendida, que el señor Mizrahi viajó a los Estados Unidos en octubre de 2000 con la finalidad de superar la crisis económica, pues como quedó constancia, él no tenía los recursos para pagar los impuestos adeudados.

De la misma manera, adujo la defensora, que debido a que el procesado había sido declarado persona ausente y todas las notificaciones enviadas fueron allegadas a la empresa Gráficas Letras Transparencias por Computador Ltda., “hasta la fecha él no se ha enterado de que en su contra curso (sic) un proceso penal por lo que no puede defenderse y decir el por qué de los atrasos debidos. Aún más (...) es que mi defendido nunca quiso engañar a nadie lo que pasa es que no tuvo los medios para pagar esos impuestos”¹⁴.

1.2.8 El Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 5 de octubre de 2006¹⁵ condenó al señor Gilberto Armando Mizrahi como autor responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, decisión que, vencido el término de ejecutoria no fue objeto de ningún recurso y se libró orden de captura.

1.2.9 El 9 de agosto de 2011, cuando el señor Gilberto Mizrahi llegó a Colombia, se le informó

que se había adelantado un proceso penal en su contra y existía una orden de captura vigente, por lo cual fue puesto a disposición de las autoridades.

1.2.10 En virtud de lo anterior, expuso el apoderado del señor Mizrahi, que las actuaciones adelantadas en el curso del proceso penal del cual conoció el Juzgado 51 Penal del Circuito, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, a partir de la resolución que lo vinculó como persona ausente, incurriendo el juzgado accionado en un defecto procedimental, al no adelantar de forma diligente las labores de comunicación en la etapa de instrucción y juzgamiento, “inaplicando el contenido de la Ley 600 de 2000 artículos 8, 13, 332, 336 y 344”. Manifestó que la acción de tutela es el único mecanismo que procede para la protección de los derechos fundamentales invocados, pues el proceso penal adelantado en contra del poderdante ya culminó. Igualmente señaló que la entidad judicial accionada vulneró el derecho de defensa, pues su representado no tuvo oportunidad de conocer las actuaciones que se adelantaron en su contra, y así ejercer la defensa técnica y material.

2. Respuesta de los accionados.

2.1 Fiscalía 200 Seccional de Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia.16

En la etapa de instrucción adelantada, el señor Mizrahi fue requerido en varias oportunidades, enviándose comunicaciones al domicilio del establecimiento de comercio de la empresa que él representaba, sin que se logrará su comparecencia a la indagatoria, ni demás actuaciones adelantadas por la Fiscalía. Sostuvo que el poderdante estaba en la obligación de registrar el cambio de domicilio de la empresa o informar su sitio de ubicación, para efectos de “legalidad, oponibilidad, debido proceso y derecho a la defensa, cuestión que no realizo (sic), y debe asumir las consecuencias de dicha omisión (...)”.

De acuerdo a la indagatoria rendida por la señora María del Rosario Guzmán -condenada por los mismos hechos- el propietario de la empresa Gráficas Letras y Transparencias por Computador Ltda., esto es el señor Gilberto Mizrahi, salió del país y fue informado de los diferentes inconvenientes de la empresa, por medio de email, “es decir que por conducta concluyente el accionante sabía (sic), tenía (sic) pleno y cabal conocimiento de la existencia del proceso coactivo promovido por la DIAN y el proceso penal (...)”.

2.2 Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá¹⁷.

Solicitó que se desestimaran las pretensiones del actor, toda vez que el proceso penal, específicamente en la etapa de juzgamiento, se cumplió con el procedimiento establecido en la normatividad aplicable. Dispuso que en diferentes oportunidades se ordenó citar al señor Gilberto Mizrahi a la única dirección registrada en el expediente, lugar del establecimiento de comercio Gráficas Letras y Transparencias por Computador Ltda. Y tal como lo acreditan los elementos probatorios, se realizaron varias actuaciones tendientes a ubicar al procesado, entre ellas, una misión de trabajo del Grupo Humanitas de la DIJIN, además, se logró averiguar, a través de la Subdirección de Extranjería del DAS, el registro de 34 movimientos migratorios, que iniciaron desde 1990 al 11 de julio de 2005, “eludiendo la acción de la justicia.” En el mismo sentido, expuso que el acusado siempre estuvo asistido por un defensor de oficio hasta la terminación del proceso penal.

El poderdante del actor no cumplió con las obligaciones tributarias que le correspondían legalmente por fungir como representante legal y que no compareció al proceso para enterarse de su trámite, controvertir pruebas y ejercer su defensa. Así las cosas, la acción de tutela no es el mecanismo judicial para revivir oportunidades procesales para su protección, toda vez que “dejó de aprovecharlas, sin que ejerciera los derechos y obligaciones que la defensa técnica le exige y que el debido proceso les (sic) impone”.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión:

3.1 Decisión de Primera Instancia: Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá¹⁸.

Declaró la improcedencia de la acción de tutela. Determinó que de acuerdo con los elementos probatorios allegados a la acción de tutela, el poderdante fue vinculado como persona ausente y notificado al lugar donde operaba la sociedad de la cual él era gerente y representante legal, ante la imposibilidad de localizarlo, pues “ni los empleados, ni los allegados sabían” donde conseguirlo. Asimismo, el señor Mizrahi conocía su omisión del deber legal como representante legal, de realizar los pagos correspondientes al IVA y retención en la fuente.

Respecto a las notificaciones que aduce el apoderado que se debieron surtir cuando se conoció que el accionante se encontraba en otro país, mencionó que no es obligación del

operador judicial realizar “lo no exigible jurídicamente como la notificación personal ni tampoco a lo imposible, esto es, citar a la persona a una dirección o ubicación desconocida”, pues el juzgado tenía que comunicarle sus actuaciones, en la única dirección que a su nombre aparecía registrada.

Concluyó que en el caso concreto, no se vislumbra la afectación al derecho fundamental al debido proceso, en tanto se pretende crear una tercera instancia dentro del proceso penal, a través de la acción de amparo.

1. Impugnación¹⁹.

En el escrito de impugnación el apoderado del señor Gilberto Mizrahi indicó que el juzgado de instancia erró en sus apreciaciones y llegó a conclusiones contrarias a la realidad procesal. Afirmó que el derecho al debido proceso implica la obligación de las autoridades procesales de dar cumplimiento a los procedimientos determinados por la ley, específicamente en lo concerniente a las formas de dar conocimiento de la persecución penal en contra de un ciudadano. Lo anterior, puesto que en primer lugar, el juez de instancia dio a entender que el actor debía conocer del proceso penal al ser el representante legal de la empresa Grafiletras Ltda., sin tener en consideración que su representado había designado un representante legal suplente cuando se ausentó del país, con lo cual había cesado sus responsabilidades fiscales. En segundo lugar, erró el juez al considerar que las autoridades accionadas habían sido diligentes en la búsqueda del indiciado –hoy accionante, al haber enviado tres (3) citaciones a una única dirección, sin que se haya acudido a diferentes bases de datos para ubicarlo, o haber realizado un emplazamiento, de acuerdo con las normas del procedimiento civil aplicables al caso concreto. Señaló que tampoco se tuvo en cuenta que el señor Mirzrahi tenía la cédula de ciudadanía inscrita en Estados Unidos para votar desde antes del año 2002.

3.2 Decisión de Segunda Instancia: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁰.

Confirmó la decisión proferida por el juez de instancia. Consideró que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, y de acuerdo con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en el caso concreto éstos no se constataron. Lo

anterior, por cuanto: i) la actuación adelantada por el juzgado accionado se adelantó de conformidad con la normatividad aplicable al caso concreto y de acuerdo con el rito procesal procedente; ii) no se acreditó la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y defensa, en tanto que se verificó que en la fase de investigación adelantada por la Fiscalía, se realizaron todas las conductas tendientes a lograr la comparecencia del procesado. Así las cosas, se intentó ubicarlo en el lugar registrado por la DIAN, en la sede de la empresa que el actor representaba y figuraba como dueño según el certificado expedido por la Cámara de Comercio, así, el ente accionado agotó los recursos a su alcance para dar con el paradero del accionante. Y ante la imposibilidad de vincularlo, se declaró persona ausente, conforme a las disposiciones establecidas en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, garantizándose el derecho a la defensa, al designarle un defensor de oficio quien participó activamente en la defensa de sus intereses, “con argumentos similares a los que expuso el demandante en este trámite constitucional, solicitó que la sentencia fuera absolutoria”..

Por lo tanto, aun cuando el actor alegó haber salido del país en octubre 22 de 2000 y posteriormente ingresar y salir varias veces, “en nada afecta las actuaciones que adelantaron las autoridades accionadas para hacerlo comparecer al proceso que cursaba en su contra, toda vez que se cuidó en señalar domicilio alguno registrado a su nombre a partir de la fecha referenciada donde pudiera haber sido localizado”.

Concluyó que la sentencia no es constitutiva de una vía de hecho pues en ésta se plasmaron las razones fácticas y jurídicas que llevaron al funcionario judicial a condenar al actor, esto, por cuanto la acción de tutela no tiene la finalidad de revivir términos, ni tiene el carácter de tercera instancia respecto a los procedimientos ordinarios de defensa judicial.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 3621.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. El accionante interpuso la acción de tutela por la presunta vulneración del derecho al debido proceso contra el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, que lo condenó a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y multa de cuarenta y dos millones ciento ochenta y cinco mil pesos (\$42.185.000). Los derechos invocados encuentran raigambre constitucional, además de encontrarse en juego la libertad personal y el derecho a la defensa del actor, lo cual denota la relevancia constitucional.

2.2 Legitimación activa. El señor Gilberto Armando Mizrahi presentó demanda de tutela a través de apoderado judicial 22.

2.3 Legitimación pasiva. El Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá es una autoridad judicial y como tal, es demandable en proceso de tutela (CP, art 86º; D 2591/91, art 1º., sentencia C-543 de 1992). Así las cosas, procede la acción de tutela contra providencias judiciales.

Las decisiones judiciales, al ser proferidas por una autoridad pública, excepcionalmente son materia de la acción de tutela, cuando por medio de éstas se vulneren o amenacen derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el mecanismo de amparo constitucional es excepcional, en aras sopesar los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial e independencia de la autoridad judicial, siendo que éstas, a pesar de encontrarse resguardadas por el principio de legalidad, contrarían derechos fundamentales. La garantía de preservación de los derechos fundamentales debe darse bajo el entendido del respeto a los principios antes enunciados, esto es, el de seguridad jurídica e independencia judicial, razón por la cual la procedencia de la acción sólo se da bajo el entendido que en el marco de una providencia judicial y un proceso, la vulneración a un derecho fundamental tenga una evidente relevancia constitucional²³.

Para que se configure la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se debe acreditar el cumplimiento de unos requisitos generales de procedibilidad y unos específicos, a saber:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican”.

La procedencia esta igualmente circunscrita al cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad, que deben ser plenamente probados. Dichos requisitos consisten en: i) defecto orgánico²⁴, ii) sustantivo²⁵, iii) procedimental²⁶, iv) fáctico²⁷; v) error inducido²⁸; vi) decisión sin motivación²⁹; vii) desconocimiento del precedente constitucional³⁰; y viii) violación directa de la Constitución³¹.

2.4 Subsidiaridad. De acuerdo con los antecedentes y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que el señor Mizrahi, conoció la existencia del proceso penal adelantado en su contra, en el momento de su captura, esto es, cinco años después de proferido el fallo condenatorio. Así las cosas, de conformidad con la Ley 600 de 2000, el recurso extraordinario de casación procede “contra las sentencias ejecutoriadas proferidas

en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (...) en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad”³². Igualmente, establece que “el recurso se interpondrá dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda.”³³

En este orden de ideas, no era posible interponer el recurso extraordinario de casación, pues como se señaló, el accionante se enteró del proceso penal en su contra, cinco años después de proferida la sentencia condenatoria, sin que el defensor de oficio haya impugnado la decisión del juez de primera instancia.

La acción de revisión, establecida en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000, procede contra providencias judiciales ejecutoriadas y no tiene límite de tiempo para su presentación³⁴, en los siguientes casos:

“1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por una misma conducta punible que no hubiese podido ser cometida sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero.

5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el

criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria.”

Dicha acción sólo procede en los casos taxativamente señalados en la ley y esta prevista para dejar sin efecto una decisión injusta, haciendo prevalecer la verdad material del asunto. No obstante, según la situación fáctica descrita por el accionante, ésta no se encuadra en ninguno de los supuestos establecidos para la procedencia de la acción de revisión, en virtud de lo cual, la indebida notificación y la ausencia de defensa técnica, como elementos sustanciales del derecho al debido proceso, no han sido aun amparados. Lo anterior, implica que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para evaluar y reguardar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Tal como lo ha mencionado la jurisprudencia constitucional, la acción de revisión puede ser un mecanismo inidóneo e ineficaz para la protección de los derechos fundamentales, ante la inminencia y urgencia del perjuicio.

“La necesidad de protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales y la efectividad de la misma, mas aún cuando esta de por medio uno de los bienes mas preciados del hombre como es la libertad, determinan que, en principio, la acción de revisión no sea un mecanismo alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz.”³⁵

En conclusión, la acción de revisión no es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para perseguir la nulidad de una sentencia penal condenatoria que pone fin a un proceso en el cual el sindicado fue declarado persona ausente. Por lo tanto, al haber culminado el proceso penal que cursó en su contra, en el cual, por medio de providencia del 5 de octubre de 2006, se le condenó a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y multa de cuarenta y dos millones ciento ochenta y cinco mil pesos (\$42.185.000), sin que el abogado de oficio haya apelado la decisión desfavorable, y al no proceder el recurso de revisión (art. 220 de la Ley 600 de 2000), implica que el poderdante no tiene otro mecanismo judicial de defensa para controvertir la decisión del juez penal.

2.5 Inmediatez³⁶. La providencia objeto de tutela tiene fecha del 5 de octubre de 2006, sin embargo, el poderdante tuvo conocimiento de la misma hasta el 9 de agosto de 2011,

momento en el cual se le informó que había sido adelantado un proceso penal, como responsable del delito de omisión de agente retenedor y existía una orden de captura vigente, el cual fue adelantado en su ausencia y, sin que, en opinión del accionante, se hayan realizado los actos tendientes a lograr su ubicación, con el fin de ser vinculado al proceso penal.

Así las cosas, después de que el actor tuvo conocimiento de la decisión adoptada por el juzgado accionado, esto es, el 9 de agosto de 2011, fue diligente en la presentación de la acción de tutela el 4 de octubre de 2011, es decir, dos meses después de enterarse del pronunciamiento emitido por el juzgado accionado en el que se fundamentó la orden de captura, plazo que se considera razonable para el ejercicio de la acción³⁷. Lo anterior, porque no es razonable tener como parámetro de referencia la decisión del juzgado accionando, esto es, la providencia condenatoria para efectos de establecer el requisito de inmediatez, pues dicha decisión sólo fue conocida por el poderdante hasta el momento de su captura y no desde el momento en que ésta fue proferida.

2.6 La irregularidad procesal que se señala tiene incidencia directa y es decisiva en la sentencia que se considera transgresora de los derechos fundamentales. El apoderado del señor Mizrahi cuestiona la omisión de la entidad accionada, por ausencia de diligencia como la causa que originó la vulneración de los derechos fundamentales, además de plantear la ausencia de defensa técnica en el interior del proceso penal, la cual derivó en una sentencia condenatoria en su contra.

2.7 El actor identificó de forma razonable los hechos que generan la violación. El accionante mencionó que durante el tiempo que transcurrió el proceso penal, no se enteró de su existencia, situación que restringió su derecho de defensa de manera personal y activa durante el trámite del mismo. Igualmente señaló que no contó con una adecuada defensa técnica por parte del defensor de oficio, pues ni solicitó pruebas, ni impugnó el fallo de primera instancia.

2.8 No se controvierte una sentencia de tutela. Tratándose de una acción de tutela contra providencia judicial, es improcedente dirigirla contra una sentencia que resuelve un recurso de amparo, cuestión que no se da en el presente caso, pues se trata de una decisión judicial adoptada en la jurisdicción penal dentro de un proceso adelantado contra el actor por el

ilícito de omisión de agente retenedor.

3. Problema jurídico constitucional.

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las autoridades judiciales accionadas adelantaron razonablemente las diligencias necesarias y pertinentes para notificar al sindicato antes de ser declarado como persona ausente. Además de evaluar si el actor contó con una defensa técnica y material que le permitiera ejercer su derecho de contradicción y defensa, como elementos consustanciales al debido proceso.

Para solucionar el anterior problema jurídico la Sala estima necesario evaluar: i) la relevancia del debido proceso en materia penal, sobre todo frente a la protección del derecho a la defensa, y como elementos consustanciales del mismo: a) la notificación en el proceso penal, b) la declaración de persona ausente, como forma de vinculación en el proceso penal de acuerdo con la Ley 600 de 2000, para posteriormente, ii) el defecto procedimental, como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y iii) analizar el caso concreto.

4. Cargo único: vulneración del derecho al debido proceso judicial.

4.1 La relevancia del debido proceso en materia penal, frente a la protección del derecho a la defensa.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política³⁸, el derecho al debido proceso tiene la finalidad de resguardar garantías básicas o esenciales de cualquier tipo de proceso, como son: el derecho al juez natural, a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la segunda instancia, al principio de legalidad, el derecho de defensa material y técnica; la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales, la prohibición de jueces sin rostro o secretos³⁹. Además de plantear, que en materia penal, se debe dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley.

En el ámbito penal, la protección al derecho al debido proceso tiene una especial connotación, si se tiene en cuenta el tipo de bienes jurídicos que se encuentran en conflicto⁴⁰, razón por la cual es necesario que el juez cuente con los elementos probatorios y

fácticos de juicio para efectos de establecer la responsabilidad o la inocencia del sindicado. De ahí la importancia de garantizar la participación activa del indiciado y su representación dentro del proceso. Con respecto a este punto, la sentencia C-025 de 2009 estableció:

“(…) Así lo entendió el propio Constituyente del 91, al hacer un reconocimiento expreso del derecho a la defensa en materia penal, consagrando en el artículo 29 de la Carta que: [q]uien 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”.

En dicha providencia se apreció que el derecho a la defensa es una de las principales garantías del debido proceso y fue definida como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la otorga.”⁴¹

De esta manera, es relevante el derecho a la defensa para efectos de disponer de asistencia técnica que permita al acusado ser oído y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que lo afecta, ya sea por medio de un abogado designado por confianza o uno asignado por el Estado. No obstante, como el derecho a la defensa técnica suele realizarse a través de actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser ejercido con tácticas diversas, razón por la cual esta Corporación ha adoptado criterios estrictos para que la actuación desplegada por el abogado, sea constitutiva de la vulneración de los derechos fundamentales, así:

“(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”.⁴²

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el derecho a la defensa parte del acto procesal de informar al sindicado de la existencia de un proceso judicial en el cual es un sujeto procesal, por medio de las diferentes comunicaciones y notificaciones de las etapas del proceso, para que éste pueda ejercer su defensa.

4.1.1 Caracterización de la causal genérica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales alegada: defecto procedimental.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto procedimental de una sentencia judicial surge cuando el funcionario judicial encargado de adoptar determinada decisión, actúa contrario a los postulados procesales aplicables al caso concreto, desconociéndose de manera evidente los presupuestos legales establecidos, por la cual se deriva en una decisión arbitraria que desconoce derechos fundamentales.

Así, estaría viciado todo proceso en el que se omitan las etapas señaladas en la ley para el trámite y desarrollo del proceso y se afecten las garantías de los sujetos procesales, por ejemplo, cuando se omite la solicitud y práctica de pruebas o la comunicación en la que se da inicio al proceso, actos que permiten la participación de los sujetos procesales en ejercicio de su derecho de defensa⁴³. Uno de los escenarios en que el juez puede incurrir en un defecto procedimental es en el desarrollo de la defensa técnica⁴⁴.

Los criterios que se deben tener en cuenta para establecer si existió un defecto procedimental son: i) que en el transcurso del proceso no haya sido posible corregir la irregularidad procesal; ii) que el desconocimiento procesal afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga repercusiones en la decisión de fondo; y iii) se requiere que el error producido no sea imputable al afectado⁴⁵.

4.2 La notificación como elemento consustancial del debido proceso y el derecho a la defensa. Reiteración de jurisprudencia.

La notificación es un acto de comunicación procesal que tiene la finalidad de permitir a los sujetos procesales ejercer el derecho a la defensa, de ahí la importancia de procurar la comparecencia de los mismos en el curso del proceso y de los actos de comunicación de las decisiones en las que el demandado se entera de la existencia del proceso. Lo anterior, para efectos de que alguien pueda ser juzgado de conformidad con normas no aplicables al caso concreto y permitiendo que el procesado ejercite el derecho de contradicción, garantizándose que “la sentencia sea el resultado del diálogo que se establece entre el juez y las partes del proceso.”⁴⁶

De ahí que, se entienda que al no realizarse los actos tendientes a comunicar sobre la existencia del proceso, se vulnera el derecho a la defensa, por lo tanto, es deber del Estado procurar todos los medios posibles para ubicar al imputado para que conozca, comparezca y exponga sus razones y argumentos. De esta manera, la sentencia SU-960 de 1999 destacó la importancia de la diligencia de los funcionarios judiciales para comunicar de un proceso penal al procesado, pues se encuentran en juego varios intereses y principios constitucionales, como la libertad personal y la presunción de inocencia, en dicha oportunidad se expuso:

(...) el juzgador debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a obtener la comparecencia del sindicado al proceso, agotando todos los medios posibles para localizarlo y asegurar así el ejercicio de su derecho de defensa.

No entiende la Corte que los procesos penales puedan adelantarse sobre la base puramente formal de listas, direcciones y datos antiguos, desactualizados (en el caso concreto obtenidos dieciséis años antes) y que solamente para el fin de aplicar una condena ya impuesta se localice físicamente al condenado, cuando el Estado fue inepto en la tarea de ubicarlo para asegurar su comparecencia al proceso. Menos todavía resulta comprensible que el Estado expida numerosos documentos y facilite varios trámites a una persona requerida por la administración de justicia sin percatarse de su identidad y sin hacer efectivas las órdenes judiciales al respecto.

En el mismo sentido, en la sentencia SU-014 de 200148, la Corte reconoció que la omisión de las autoridades judiciales de procurar la notificación de las actuaciones del proceso es constitutivo de una trasgresión al debido proceso, esto, por cuanto el procesado se ve imposibilitado para ejercer su derecho de defensa, al desconocer las providencias judiciales.

Por lo tanto, la notificación es una herramienta procesal que permite garantizar el derecho a la defensa, pues el desconocimiento de las actuaciones decisivas en el interior de un proceso, tales como la definición de la situación jurídica, el cierre de investigación, la resolución de acusación y la sentencia condenatoria, son escenarios en los que se puede ejercitar el derecho de contradicción e interponer los recursos previstos en la ley.

En consecuencia, es responsabilidad de los funcionarios judiciales que en el transcurso del proceso informarle al procesado sobre las diferentes actuaciones procesales que se sigan en su contra, además de utilizar los medios necesarios, de manera diligente y razonable, para dar con su paradero.

4.2.1 La declaración de persona ausente, como forma de vinculación en el proceso penal de acuerdo con la Ley 600 de 2000.

La legislación procesal penal prevé como una forma de comparecencia del sindicado al proceso penal, la declaración de persona ausente⁴⁹; establece que el imputado será vinculado al proceso a través de la indagatoria y si ésta no es posible por la no comparecencia del imputado, “se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente”. La Ley 600 de 2000, en el artículo 344, dice que dicha decisión se adoptará por medio de resolución motivada y se procederá a designar un defensor de oficio.⁵⁰

La Corte Constitucional en la sentencia C-100 de 2003, se pronunció respecto a la vinculación del procesado por medio de la declaración de persona ausente, resaltando que “la declaratoria de persona ausente, es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz con la función que el Constituyente le ha asignado, es decir, para asegurar la correcta, pronta y eficiente prestación del servicio

público esencial de administrar justicia. A pesar de no ser la única alternativa para vincular al contumaz, se encuentra ajustada a la Constitución y se encuentra dentro de las facultades propias con las que cuenta el legislador para desarrollar la normatividad referente a este punto en particular.”

La declaración de persona ausente es una medida con la que cuenta la administración de justicia para funcionar de forma eficaz, y en aras de no postergar las decisiones, “so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba”⁵¹. Los funcionarios judiciales deben adelantar las diligencias necesarias para comunicar sobre la existencia de una investigación y un proceso penal en su contra, que de no ser posible, se garantiza al designar un defensor de oficio, en aras de brindarle mecanismos para ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Tal como lo estableció la sentencia T-1110 de 2005: “(...) 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.”

A la anterior conclusión se llegó, después de realizar un análisis de los principios constitucionales y legales que deben seguirse en aras de garantizar el derecho a la defensa de los imputados dentro de un proceso penal, dichos principios son el de un juicio justo, el de igualdad de los medios de prueba y actos de contradicción. Concluyendo que:

“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”

Por lo tanto, la jurisprudencia ha establecido unos criterios formales para que la vinculación del imputado por medio de la declaración de persona ausente, sea válida, entre dichos criterios se encuentra:

i. Adelantar las diligencias que sean necesarias para poder llevar a cabo la vinculación personal a través de indagatoria, las cuales deben realizarse a través 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 orden de captura”. De estas actuaciones debe dejarse constancia expresa en el expediente.

ii. La declaratoria de persona ausente sólo es procedente “si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en la orden de citación o diez días (10) desde que fue proferida la orden de captura.”

iii. La declaratoria deberá realizarse mediante “resolución de sustanciación motivada”⁵⁶ en la que se designará defensor de oficio, “se establecerá 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.”⁵⁷

iv. La resolución debe ser notificada al defensor designado y al Ministerio Público.”⁵⁸

Los criterios materiales establecidos por la Corte Suprema de Justicia para la vinculación del acusado como persona ausente, son: (i) la identificación suficiente; y (ii) la prueba de su renuencia a comparecer⁵⁹.

En síntesis, la vinculación del procesado por medio de la declaración de persona ausente, no exime que los funcionarios judiciales adelanten de manera diligente los actos tendientes a vincular y notificar a los sujetos procesales, para procurar que la vinculación se logre por medio de la indagatoria.

4.3 Conclusión.

Para efectos de que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, es necesaria la configuración de por lo menos una de las causales específicas de procedibilidad, en el caso concreto, esta Sala realizará el estudio del defecto procedimental por indebida notificación y la ausencia de defensa técnica, esto para efectos de evaluar si el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y la Fiscalía 220 Seccional desconocieron las garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política.

De esta manera, se enunciarán las principales actuaciones adelantadas por las entidades accionadas, en aras de dilucidar si los actos judiciales encaminados a comunicar la existencia del proceso penal en contra del señor Mizhari, se enmarcan en el ámbito de diligencia y razonabilidad propias del derecho al debido proceso, o si por el contrario, las entidades judiciales accionadas no cumplieron con el deber de adelantar lo necesario para dar con el paradero del condenado y hoy actor de la acción de tutela.

Principales actuaciones adelantadas por la Fiscalía:

1. Apertura de instrucción.

Por medio de resolución del 31 de enero de 2003, la Fiscalía 200 Seccional, decidió vincular mediante indagatoria, al señor Gilberto Armando Mizrahi Tabet y a la señora María del Rosario Guzmán⁶⁰. Dicha citación fue comunicada al señor Mizrahi a la dirección: Calle 99 No.12-39 oficina 202, de Bogotá⁶¹.

1.1 Diligencia de Indagatoria de la señora María del Rosario Guzmán.

El 29 de mayo de 2003, se vinculó al proceso penal a la señora antes mencionada, quien había actuado como representante legal de la empresa Grafiletras Ltda. durante el periodo de 2000 a 2001. En el curso de la diligencia, la señora Guzmán mencionó haber asumido la representación legal de la empresa durante dicho periodo porque “el señor MIZRAHI me lo solicitó argumentando que él tenía que ausentarse por cuatro meses del país, que tenía que hacer un viaje para hacer un curso en EE.UU”. Posteriormente expuso que “el señor nunca volvió, nunca nos dio un teléfono a donde ubicarlos (sic), nos comunicamos con él vía EMAIL

(sic) y por esa vía presenté mi renuncia y solicite (sic) que enviara un acta nombrando un nuevo suplente para yo poder irme y él envió el acta en un sobre nombrando a otro empleado en ese momento.”⁶²

Después de la diligencia de indagatoria, la Fiscalía volvió a citar a indagatoria al señor Mizrahi, en julio de 2003, a la dirección Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá⁶³.

2. Declaratoria de persona ausente.

Por medio de resolución del 29 de agosto de 2003, la Fiscalía decidió vincular al proceso penal como persona ausente, al señor Gilberto Mizrahi, como presunto responsable del delito de omisión de agente retenedor, al no haber recibido su versión por medio de indagatoria. Por lo tanto, se le designó como defensor de oficio, al abogado Edgar Enrique Martínez⁶⁴. Dicha decisión fue comunicada al señor Mizrahi a la misma dirección de notificaciones señalada por la DIAN⁶⁵.

Posteriormente, el 7 de octubre de 2003, la Fiscalía 200 Seccional designó y posesionó otro defensor de oficio, esta vez, al señor Fernando José Guzmán⁶⁶.

3. Cierre de la investigación.

El 25 de febrero de 2004, la Fiscalía 200 Seccional, dispuso cerrar la investigación⁶⁷. Actuación que es comunicada al defensor de oficio y al señor Mizrahi a la misma dirección de notificación⁶⁸.

4. Resolución de acusación.

El 14 de julio de 2004, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra el señor Gilberto Mizrahi, declarando la prescripción de la acción penal de la conducta delictiva desplegada entre 1997 y 1998⁶⁹. Dicha resolución fue notificada al abogado de oficio y al actor,⁷⁰ sin que ésta haya sido objeto de impugnación.

Por medio de informe secretarial del 3 de agosto de 2004, el secretario jurídico de la Fiscalía hizo constar que “pese a las comunicaciones no se ha podido notificar de la resolución.”⁷¹ La Resolución de acusación quedó ejecutoriada el 2 de febrero de 2005.

Principales actuaciones desarrolladas por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá:

1. Del Juicio.

En esta etapa se llevaron a cabo las siguientes actuaciones:

El 11 de abril de 2005, la Procuraduría Veintinueve Judicial Penal solicitó la práctica de las siguientes pruebas: antecedentes penales del señor Gilberto Mizrahi, a la oficina de Data Crédito, solicitó el CIFIN del procesado y al Departamento de Extranjería del DAS para que certificará las entradas y salidas del país que registrará el sindicado⁷².

El 14 de junio de 2005, la secretaria del Juzgado 51 Penal del Circuito dispuso la citación de los sujetos procesales a la audiencia preparatoria⁷³. Dicha citación se comunicó al defensor de oficio del actor, Victor Hugo Márquez el 15 de junio de 2005⁷⁴ y al sindicado se le comunica a la misma dirección de notificación⁷⁵.

1.1 Audiencia preparatoria.

El 14 de junio de 2005 se realizó la mencionada audiencia, en la cual se accedió a la práctica de las pruebas solicitadas por el Procurador 29 y se decretó: 1) escuchar en declaración a los señores Pedro Pablo Ballen y William Alfonso Saltaren, 2) citar al procesado –Gilberto Mizrahi– para oírlo en indagatoria, 3) oficiar al Grupo Humanitas de la Dijin para que por medio de misión de trabajo se citara e hiciera comparecer al procesado, 4) solicitar a la Registraduría Nacional la tarjeta decadactilar del sindicado y, 5) al DAS, los antecedentes penales. A esta audiencia no acudió el apoderado designado de oficio⁷⁶.

En este sentido, se notificó al actor y al apoderado judicial la citación para audiencia pública el 8 de julio de 2005⁷⁷. Llegada la fecha de la audiencia, ésta fue aplazada en dos ocasiones

por inasistencia del defensor de oficio del procesado⁷⁸, razón por la cual se designó otro abogado, esta vez, la señora María Teresa Riaño. Igualmente la audiencia pública debió aplazarse⁷⁹ en tres ocasiones por inasistencia de la apoderada de oficio.

1.2 Audiencia pública.

El 22 de marzo de 2006, se realizó la audiencia pública. La defensora de oficio solicitó que se profiriera sentencia absolutoria, al no haberse recaudado el material probatorio necesario para determinar la materialidad de la conducta.⁸⁰

1.3 Sentencia condenatoria.

En providencia del 5 de octubre de 2006, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, profirió sentencia condenatoria contra el señor Gilberto Mizrahi Tabet, a sesenta (60) meses de prisión y multa de cuarenta y dos millones ciento ochenta y cinco mil pesos (\$42.185.000). Además, decidió no conceder el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por lo cual decidió que una vez ejecutoriada la providencia, se libraría orden de captura contra el condenado⁸¹. Dicha providencia fue comunicada a la misma dirección de notificación del condenado y, ante la ausencia de notificación personal, se fijó edicto el 11 de octubre de 2006, el cual permaneció fijado hasta el 13 de octubre de 2006. La providencia quedó efectivamente ejecutoriada el 19 de octubre de 2006⁸², sin que haya sido objeto de impugnación.

En razón de lo enunciado anteriormente, la Sala procederá a analizar si la Fiscalía 200 Seccional y el Juzgado 51 Penal del Circuito, garantizaron el derecho fundamental al debido proceso en el transcurso del proceso penal, específicamente respecto a la notificación y la defensa técnica del señor Gilberto Mizrahi.

En primer lugar, y tal como se evidencia en el anterior acápite, todos los oficios de notificación surtidos por las entidades accionantes, desde que inició el proceso penal, fueron remitidos a la misma dirección, esto es, la Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá. Así las cosas, aun cuando a partir del 29 de mayo de 2003, la Fiscalía 200 seccional, conoció en la diligencia de indagatoria de la señora María del Rosario Guzmán, representante legal encargada de la sociedad Graficas Letras y Transparencia por Computador Ltda., en remplazo del señor Gilberto Mizrahi, que el aquí accionante había viajado desde el año 2000

a Estados Unidos y, según la información que ella tenía, no había regresado al país, la Fiscalía accionada siguió enviando telegramas de notificación a la dirección donde antes operaba la sociedad que el sindicato representaba.

Además, la Fiscalía conoció en esa misma diligencia que en esa dirección ya no funcionaba la sociedad, puesto que la arrendataria había “sacado (a los demás empleados de la empresa, de la oficina) por que no pagaron el arriendo”⁸³. Igualmente, se enteró el ente investigador, que existía una cuenta de correo electrónico, por medio de la cual el señor Mizrahi, había sostenido comunicaciones con la señora Guzmán. No obstante, la Fiscalía siguió enviando notificaciones a la misma dirección, sin haber procurado la búsqueda del procesado por otro medio.

Asimismo, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, el 8 de junio de 2005, conoce a través de un informe de la Dijin,⁸⁴ que en la dirección aportada (calle 99 No. 12-39) no conocían al señor Gilberto Mizrahi, por lo cual se consulto el sistema operativo de la Dijin y se reportó una nueva dirección (calle 90 No. 13-30), y al presentarse a dicho inmueble, se constató que “la señora MANUELA LONDOÑO quien manifiesta que habita en ese inmueble desde inicios de este año -2005- y no conoce al señor MIZRAHI TABET y que por el contrario en varias oportunidades han ido a preguntar por ese señor.”⁸⁵

Aun así y a sabiendas de que el actor no habitaba ni frecuentaba dichos inmuebles, el juzgado accionado siguió enviando oficios de comunicación y notificación a la misma dirección reportada. En el mismo sentido, la autoridad judicial conoció, el 14 de junio de 2005, del reporte del departamento de asuntos migratorios del DAS, en el cual consta que el actor ha viajado a Estados Unidos, con destino a la ciudad de Miami, desde octubre 22 de 2000, reportándose una nueva salida del país el 1 de enero de 2002,⁸⁶ y dicha información fue verificada, por medio de los sellos de emigración e inmigración en el pasaporte del señor Mizrahi, en los cuales se constata que el actor salió y entró del país, cuando estaba en curso el proceso penal, por lo menos tres veces diferentes⁸⁷. Lo anterior denota la falta de diligencia de las entidades judiciales de adelantar diligentemente los actos tendientes a lograr la ubicación del sindicado a través de mecanismos más eficaces.

En virtud de lo anterior, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, la notificación es un elemento esencial del derecho al debido proceso, que en el marco de un

proceso penal, implica de las autoridades judiciales mayor diligencia, no sólo por la clase de intereses constitucionales en juego, sino también porque el núcleo esencial del derecho a la defensa del sindicado ausente, se encuentra en comprometida, al no tener la posibilidad real y efectiva de solicitar y controvertir pruebas, exponer los argumentos de su defensa, ni interponer los recursos de ley.

De esta forma, aun cuando la legislación procesal penal prevé la vinculación del sindicado por medio de declaración de persona ausente, una vez se haya identificado plenamente a la persona y agotado los recursos para hacer comparecer al sindicado a rendir indagatoria⁸⁸, dicha vinculación debe hacerse de forma excepcional en el curso de un proceso penal. Esto, por cuanto es deber de los funcionarios judiciales, adelantar todas las actuaciones tendientes a ubicar al sindicado, ya que de no hacerlo, se vulneran garantías como la presunción de inocencia, la defensa técnica, el derecho a un juicio justo, todas estas garantías del debido proceso.

Asimismo, y si bien en la declaración de persona ausente se designa un defensor de oficio, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el ejercicio del derecho a la defensa, no es igualmente protegido con la asignación de un apoderado de oficio, a cuando la participación al interior del proceso se hace por medio de un abogado de confianza, pues de esta manera el sindicado tienen la oportunidad de controvertir de manera directa y activa los hechos y las pruebas en las que se basa el caso. Por esta razón, debe primar la vinculación al proceso de la persona sindicada, y excepcionalmente, vincularla por medio de declaración de persona ausente, debiendo el funcionario judicial buscar todos los medios posibles y a su disposición, para la comparecencia personal del procesado, en aras de garantizar el derecho a la defensa material y técnica.

En el presente caso, observa la Sala que el actor no se ocultó ante la administración de justicia, sino por el contrario ésta no fue diligente en la vinculación al proceso penal. Con mayor razón cuando, en el transcurso del proceso penal aparecieron nuevos elementos que permitían a las autoridades judiciales dar con la ubicación del sindicado, como fueron: el conocimiento que el actor se encontraba por fuera del país, el informe de la Dijin en donde se constató que el accionante no era conocido en las diferentes direcciones aportadas, el reporte de inmigración y emigración del DAS y la existencia de una cuenta de correo electrónico por medio de la cual el accionante tenía comunicación con sus empleados. Sin

embargo, las autoridades hicieron caso omiso de dichos elementos probatorios aportados y continuaron con el trámite del proceso penal, incumpliendo con su obligación de vincular al procesado, acudiendo a los medios adecuados para hacerlo.

Por otro lado, y en segundo lugar, se pudo constatar en el presente caso, que el señor Gilberto Mizrahi careció de defensa técnica en el interior del proceso penal, pues tal como se enunció anteriormente, fue representado en el transcurso del proceso penal por tres defensores de oficio diferentes, que no asistieron oportunamente a las diferentes etapas del proceso, no solicitaron pruebas y omitieron impugnar todas las decisiones adversas a su representado⁸⁹. En este orden de ideas, la inactividad de los profesionales del derecho en estructurar una estrategia defensiva, procurar la realización de actos de contradicción, solicitud probatoria, alegación e impugnación, son indicativos de la carencia de defensa técnica.

En virtud de lo anterior, como las entidades demandadas incurrieron en irregularidades procedimentales al omitir sus obligaciones tendientes a adelantar los actos necesarios para la notificación del procesado, aun cuando contaban con los medios adecuados para llegar a éste fin, lo cual derivó en un proceso penal en el cual el actor careció de defensa técnica y conllevó a una sentencia condenatoria, en un proceso en el cual se trasgredieron los derechos fundamentales del sindicado.

Por lo tanto, se declarará la nulidad de lo actuado en el proceso penal en contra del señor Gilberto Armando Mizrahi desde el momento de la declaratoria de persona ausente, con el fin que el actor pueda ser vinculado de forma personal al proceso, garantizándose igualmente, la designación de un abogado que realice su defensa en el curso del mismo. En este orden de ideas, será la Fiscalía 200 seccional, quien conoció en la etapa investigativa, sobre la denuncia de la DIAN contra el aquí accionante, quien deberá procurar la vinculación a través de indagatoria. En virtud de lo anterior, se revocará la decisión proferida por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá que condenó al señor Gilberto Mizrahi, y se ordenará a la Fiscalía 200 seccional de la administración pública, que rehaga las actuaciones dentro del proceso penal adelantado contra el accionante.

5. Razón de la decisión

La acción de tutela procede contra providencias judiciales que hayan incurrido en un defecto

procedimental cuando las autoridades judiciales omitan adelantar de manera razonable y diligente, las actuaciones necesarias para notificar al procesado en el curso de un proceso penal, en el cual fue vinculado por medio de la declaratoria de persona ausente; negándose la oportunidad al sindicado de conocer las actuaciones que se adelantaron en su contra. En el mismo sentido, se vulneran las garantías del debido proceso cuando se verifica la omisión de defensa técnica, al prescindirse por parte del defensor de oficio, procurar la realización de actos de contradicción, solicitud probatoria, alegación e impugnación en el trámite del proceso penal.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del primero (1º) de diciembre de 2011 que confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del diecinueve (19) de octubre de 2011, que negó el amparo constitucional, en la acción de tutela instaurada por el señor Gilberto Mizrahi contra el Juzgado Cincuenta y uno Penal del Circuito de Bogotá y otro. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del accionante.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO, en lo concerniente al actor, lo actuado a partir del auto por medio del cual la Fiscalía 200 Seccional de la Unidad III de Delitos contra la Administración Pública y Administración de Justicia que declaró al accionante persona ausente, y todas las actuaciones subsiguientes. En consecuencia, ORDENAR a la Fiscalía 200 Seccional de Administración Pública, o a quien haga sus veces que realice todas las actuaciones que en contra del señor Gilberto Armando Mizrahi Tabet se adelantaron desde el momento en que fue declarado persona ausente.

Tercero.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (e)

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-412/12

Referencia: Expediente T-3.326.247

Acción de tutela instaurada por Gilberto Armando Mizrahi contra el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y otro

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el respeto que siempre me merecen las decisiones de esta Corte, me permito salvar el voto a la decisión mayoritaria por cuanto estimo que no está probado con claridad que el petitionario del amparo se hubiese mantenido ajeno al trámite penal que se adelantó en su contra.

En efecto, según los fundamentos de la pretensión, el accionante omitió pagar el impuesto sobre las ventas y consignar las sumas retenidas o recaudas por concepto de retención en la fuente desde el año 1998 al 2000, año este último en el que viajó a los Estados Unidos en el mes de octubre.

Su defensora de oficio manifestó en la audiencia pública que la representante legal encargada del establecimiento de comercio del actor, condenada por los mismos hechos, informó en su indagatoria que éste salió del país con la finalidad de superar la crisis económica pues no tenía los recursos para sufragar los impuestos adeudados. Es más, precisó que “nunca quiso engañar a nadie lo que pasa es que no tuvo los medios para pagar esos impuestos.”

De acuerdo con lo expresado por la Fiscalía 200 Seccional Unidad de delitos contra la Administración Pública y de Justicia, la representante legal encargada sostuvo en su indagatoria que el accionante salió del país y fue informado de los diferentes inconvenientes de la empresa, por medio de e-mail, “es decir que por conducta concluyente el accionante sabía (sic), tenía (sic) pleno y cabal conocimiento de la existencia del proceso coactivo promovido por la DIAN y el proceso penal(...).”

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de tutela de segunda instancia, aseveró que “en nada afecta las actuaciones que adelantaron las autoridades accionadas para hacerlo comparecer al proceso que cursaba en su contra, toda vez que se cuidó en señalar domicilio alguno registrado a su nombre a partir de la fecha referenciada donde pudiera haber sido localizado”.

Las precedentes manifestaciones, plasmadas en el fallo de revisión, permiten entender que el accionante conocía del reproche penal existente para la omisión en que incurrió por no pagar el impuesto a las ventas ni consignar la retención en la fuente, dineros que ya no tenía y no estaba en la condición de pagar, los cuales, eventualmente, fue a buscar en el extranjero, desde donde se mantenía en contacto con la persona que encargó de la representación legal de su establecimiento de comercio, quien también afrontó el trámite y condena penal por esos mismos hechos, interregno durante el cual le informó de sus pormenores vía correo electrónico.

También desdice de su afirmación de no haber conocido la existencia del proceso penal en su

contra, el hecho de ingresar varias veces al país, sin registrar sus direcciones de procedencia y destino, lo que evidencia un eventual propósito de mantenerse oculto o ajeno a la justicia.

De otra parte, cuando llegó definitivamente al país, después de cinco años de proferida su condena, nada le impedía acudir a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para explicar su situación y demostrar ante esa Corporación lo mismo que pretendía hacer, con éxito, en el juicio de tutela. De cumplir su cometido para él la decisión de condena no estaba en firme y, por ende, admitiría los recursos procedentes.

Fecha ut supra,

Magistrado

1 El señor Gilberto Armando Mizrahi, actuado por intermedio de apoderado judicial interpuso acción de tutela presentada el 4 de octubre de 2011.

2 Folio 1 del cuaderno No. 4 (Corresponde al expediente remitido por el Juzgado 51 Penal del Circuito y corresponde al proceso penal que se adelantó contra el señor Gilberto Mizrahi por el delito de omisión de agente retenedor).

3 A través de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, Unidad Primera Especializada en delitos contra la administración pública y contra la administración de justicia. Fiscalía 200 Seccional.

4 Folio 5 del cuaderno No. 4.

5 Folios 7 a 11 del cuaderno No. 4.

6 La señora María del Rosario Guzmán ejerció funciones de representante legal por encargo de la sociedad Gráficas Letras y Transparencias por Computador Ltda. durante el período de octubre de 2000 a septiembre de 2001.

7 El 31 de octubre de 2003, la señora María del Rosario Guzmán se acogió a sentencia anticipada. (Folios 25 al 29 del cuaderno No. 4).

8 Folios 20 al 22 del cuaderno No. 4.

9 El 7 de octubre de 2003, tomó posesión el defensor de oficio y “prometió cumplir bien y fielmente los deberes que el cargo y/o mandato le imponen”. (Folio 29 del cuaderno No. 4.)

10 Folio 31 al 33 del cuaderno No. 4.

11 Folio 34 al 44 del Cuaderno No. 4.

12 Folio 55 del Cuaderno No. 4.

13 Folios 94 al 99 del Cuaderno No. 4.

14 Folio 99 del cuaderno No. 4.

15 Folios 101 al 118 del cuaderno No. 4.

16 El Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, por medio de auto del 5 de octubre de 2011 vinculó a la Fiscalía de manera oficiosa. (Folio 47 cuaderno No. 1). Por su parte, por medio de escrito del 6 de octubre de 2011, suministró respuesta a la acción de tutela de referencia. (Folios 61 al 64 del cuaderno No. 1.)

17 Folios 66 al 72 del cuaderno No. 1.

18 Sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de 2011. Folios 87 al 101 del cuaderno No. 1.

19 Folio 120 al 133 del cuaderno No. 1.

20 Sentencia proferida el primero (1º) de diciembre de 2011. Folios 3 al 19 del cuaderno No. 3.

21 En Auto del treinta y uno (31) de enero de 2012 de la Sala de Selección de tutela Número Uno de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

22 El señor Gilberto Armando Mizrahi confirió poder especial al abogado Andrés Felipe Orjuela Villamil para interponer acción de tutela en su nombre contra el Juzgado 51 Penal del

Circuito de Bogotá. (Folio 30 del cuaderno No. 2).

23 Ver sentencia C-543 de 1992.

24 Cuando existe una carencia absoluta de competencia por parte del funcionario judicial que profiere la sentencia.

25 Cuando la decisión judicial se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o, en fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sentencia C- 590 de 2005.

26 Surge cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el caso concreto. Al respecto ver sentencias SU- 159 de 2002, T-996 de 2003 y T-196 de 2006, T-508 de 2011.

27 Hace referencia a la producción, validez o apreciación de los elementos probatorios. En razón de la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es bastante restringido.

29 Es deber de los funcionarios públicos, en razón de la necesidad de legitimidad de las decisiones adoptadas en un ordenamiento democrático, la motivación amplia y suficiente de las decisiones, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los ciudadanos frente a dichas disposiciones. Ver sentencia T-114 de 2002.

30 Se presenta cuando habiendo la Corte Constitucional establecido el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario aplica una ley limitando su alcance. Ver sentencias SU-640/98 y SU-168/99.

31 Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Constitución. Ver sentencias SU-1184/01, T-1625/00, y T1031/01, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver sentencia T- 701/04.

32 Artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

33 Artículo 210 de la Ley 600 de 2000.

34 Se transcribe apartes de la sentencia C-142 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

35 Sentencia T-039 de 1996, sentencia T-1197 de 2003.

36 Con respecto al requisito de inmediatez cuando se analiza un caso de acción de tutela contra providencias judiciales, la sentencia C-590 de 2005 recalco la importancia de cumplir con el principio de inmediatez, pues: “de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

37 Folio 46 del cuaderno No. 1.

38 El artículo 29 de la Carta establece: “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.”

39 Finalidad resguardada por instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Así como, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que considera que el derecho a la protección judicial, salvaguarda al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder público, este “es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”³⁹.

40 Sentencia T-508 de 2011, T-105 de 2010.

41 Sentencia C-025 de 2009.

42 Sentencia T-654 de 1998, posición reiterada en las sentencias: T-776 de 1998, T-957 de 2006, T-737 de 2007.

43 Sentencia T-996 de 2003.

44 Ver sentencia SU-159 de 2002

45 Sentencias T-1246 de 2008, T-737 de 2007, entre otras.

46 Sentencia T-065 de 2008.

47 Ver la sentencia C-488 de 1996.

48 En esta sentencia, la Corte decidió conceder el amparo del derecho al debido proceso, pues verificó que la falta de notificación en el transcurso de un proceso penal, resultaba atribuible a problemas en las centrales de información de entidades penitenciarias y de la policía.

49 Artículo 332 de la Ley 600 de 2000.

50 El artículo 344 de la Ley 600 de 2000 establece: “Si ordenada la captura o la conducción, 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 aprehensión 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.

De la misma manera se vinculará al imputado que no haya cumplido la citación para indagatoria dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha fijada para el efecto, cuando el delito por el que se proceda no sea de aquellos para lo que es obligatoria la resolución de situación jurídica.

En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada.”

52 Sentencia C-488 de 1996.

53 Art. 316 Ley 600 de 2000, art. 117 Ley 906 de 2005 y C-627 de 1996.

54 Jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia.

55 Art. 336 Ley 600 de 2000, art. 339 Ley 906 de 2005, C-248 de 2004 y C-591 de 2005.

56 Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal.

57 Ibíd.

58 Sentencia T-508 de 2011.

59 En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1990. Sentencia a la cual hace alusión la Corte Constitucional en la sentencia T-962 de 2007, se estableció: “(i) Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; (ii) La evidencia de su renuencia. Una y otra precaven el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a espaldas del vinculado sin ofrecerle la oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral.”

60 Folios 5 y 6 del cuaderno No. 2.

61 Folios 9 a 11 del cuaderno No. 2.

62 La diligencia de indagatoria de la señora María del Rosario Guzmán consta en los folios 12 a 17 del cuaderno No. 2.

63 Telegrama de adpostal. Folio 18 del cuaderno No. 2.

64 Folios 20-21 del cuaderno No. 2.

65 Oficio de Adpostal del 3 de septiembre de 2003. Folio 22 del cuaderno No. 2.

66 Folios 23 y 24 del cuaderno No. 2.

67 Folio 31 del cuaderno No. 2.

68 En constancia de Adpostal, se comunica al señor Gilberto Mizrahi a la dirección Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá. Folio 32 del cuaderno No. 2.

69 Resolución de acusación. Folios 34 al 42 del cuaderno No. 2.

70 En constancia de Adpostal, se comunica al señor Gilberto Mizrahi a la dirección Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá. Folio 44 del cuaderno No. 2.

71 El artículo 396 de la Ley 600 de 2000 señala: “La resolución de acusación se notificará personalmente así: “Al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia. Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que comparecieren, se presentare excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio, con quien se continuará la actuación.

Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado. Si la providencia calificatoria contiene acusación y preclusión se notificará en la forma prevista para la resolución de acusación, si fuere de preclusión se notificará como las demás decisiones interlocutorias.” (Folio 45 del cuaderno No. 2).

72 Folios 50 al 51 del cuaderno No. 2.

73 Folio 52 del cuaderno No. 2.

74 Folio 53 del cuaderno No. 2.

75 Se comunica al señor Gilberto Mizrahi a la dirección Calle 99 No. 12-39 oficina 202 de Bogotá. Folio 54 del cuaderno No. 2.

77 Folios 56-57 del cuaderno No. 2.

78 Folio 58, 72 del cuaderno No. 2.

79 Folio 82, 88 y 91 del cuaderno No. 2.

80 Folios 94 al 99 del cuaderno No. 2.

81 Folios 100 al 115 del cuaderno No. 2.

82 Folio 120 del cuaderno No. 2.

83 La diligencia de indagatoria de la señora María del Rosario Guzmán consta en los folios 12 a 17 del cuaderno No. 2.

84 Folios 61 al 62 del cuaderno No. 2.

85 Folios 61 al 62 del Cuaderno No. 4.

86 Folios 65 y 70 del cuaderno No. 2.

Fechas de Reporte de Entrada a Colombia

Fechas de Reporte de Entrada a Colombia

Destino

22/10/2000

Miami

15/12/2001

Miami

24/03/2001

11/06/2001

Miami

01/01/2002

Miami

87 En la siguiente tabla, constan los movimientos migratorios realizados por Gilberto Mizrahi, de conformidad con el reporte del DAS y según consta en copias del pasaporte.

Fechas de Reporte de Entrada a Colombia

Fechas de Reportes de Salida de Colombia

Prueba

22/10/2000

Folio 36 Cuaderno No. 2

15/12/2001

01/01/2002

Folio 36 Cuaderno No. 2

18/12/2005

Folio 38 Cuaderno No. 2

11/08/2008

Folio 42 Cuaderno No. 2

09/01/2009

Folio 42 Cuaderno No. 2

09/08/2011

Folio 45 Cuaderno No. 2

88 Sentencia C-100 de 2003, T-1197 de 2003. Ley 600 de 2000, artículo 344.

89 Sentencia T-1197 de 2003, sentencia T-508 de 2011.