

Sentencia T-463/18

DEBIDO PROCESO PENAL Y DERECHO DE DEFENSA-Caso en el que el actor considera vulnerados sus derechos por falta de notificación y falta de defensa técnica dentro de un proceso penal

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En uniforme jurisprudencia la Corte ha establecido que el defecto procedimental ocurre, cuando el juez de instancia actúa completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, se desvía ostensiblemente de su deber de cumplir con las “formas propias de cada juicio”, con la consiguiente vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de las partes. En estas circunstancias, el error procesal debe ser manifiesto, debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Eventos de improcedencia para controvertir las decisiones adoptadas por falta de notificación de una decisión

Pueden presentarse algunos eventos en los cuales la acción de tutela no es procedente para controvertir las decisiones judiciales adoptadas cuando se ha dejado de notificar una decisión. Esto ocurre cuando: (i) la falta de notificación no tiene efectos procesales relevantes o de importancia; (ii) cuando este se deriva “de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real – por ejemplo porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios –, no procederá la tutela.

DEFECTO PROCEDIMENTAL-Situaciones adicionales que lo configuran

También puede estarse en presencia de uno de los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procesal cuando: (i) Existe una demora injustificada por parte del funcionario, tanto en la adopción de la decisión como

en el cumplimiento; (ii) Ante la omisión del juez de recibir y valorar pruebas que hayan sido previamente ordenadas; (iii) Se presenta ausencia de defensa técnica, la cual deriva en una sentencia condenatoria en materia penal, situación que le sea “absolutamente imputable al Estado”

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE-Lineamientos constitucionales

JUZGAMIENTO EN AUSENCIA-Constituye una limitación al debido proceso y a la defensa técnica

PROCESO PENAL-Línea jurisprudencial sobre juicios en ausencia

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE-Debe estar precedida del despliegue de actividades de las autoridades judiciales tendientes a notificar la existencia del proceso al sindicado

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE-Obligación para la autoridad judicial de intentar vincular al procesado durante todo el curso del proceso

VINCULACION DE PERSONA AUSENTE AL PROCESO PENAL Y SUS IMPLICACIONES EN LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA

DEFENSA TECNICA-Contenido doble

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Configuración por errores protuberantes

La Corte ha reiterado que solo se configura un defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la defensa técnica ante errores protuberantes y que tengan las siguientes características: (i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica. (ii) Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia. (iii) La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial.

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Obligación de las autoridades administrativas y judiciales

Su obligación es satisfecha si garantizan la presencia del abogado y el cumplimiento de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir a cabalidad con su función, las aptitudes para conducir una defensa dependen del profesional individualmente considerado, y sus fallas son, en principio de su exclusiva responsabilidad. De tal forma, la acción de tutela no es un escenario para la corrección de los errores de litigio

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA DE PERSONA AUSENTE EN PROCESO PENAL-Alcance

Ser procesado como persona ausente no es el único requisito para que proceda la acción por violación del derecho a la defensa técnica, pues si el defensor de oficio ejerce su cargo de forma diligente, aunque con las limitaciones propias de la ausencia del acusado, y se enfrenta a la dificultad para solicitar la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para lograr la absolución del procesado, no se configura un defecto por falta de defensa técnica

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Diferencias entre el procesado que puede conocer el proceso y el procesado en ausencia

DEBIDO PROCESO PENAL Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por negligencia en la notificación del proceso penal y falta de defensa técnica determinante

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto procedimental al no agotar todos los mecanismos para lograr la comparecencia personal del accionante

Referencia: Expediente T-6.844.929

Demandante:

Juan Carlos Rodríguez León

Demandado: Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo (Valle) y Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle) y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle).

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre dos mil dieciocho (2018).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas No. 2, el 7 de junio de 2018, que confirmó el emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali- Sala de Decisión Penal, el 8 de mayo de 2018, a través de la cual negó por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Juan Carlos Rodríguez León contra las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo (Valle) y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle) y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle).

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 17 de abril de 2018, el señor Juan Carlos Rodríguez León presentó acción de tutela contra las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo y Veintiuno Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Cali, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Lo anterior, teniendo en cuenta que fue vinculado a un proceso penal por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador (art. 402 C.P)[1], en calidad de persona ausente, y condenado a 48 meses de prisión y multa de \$1.928.000 pesos, además de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal impuesta.[2] Habiéndose expedido, en consecuencia, orden de captura en su contra. Todo esto, sin que las autoridades correspondientes le hubieran notificado del inicio, desarrollo y culminación del mencionado proceso, pese a que su dirección reposa en la base de datos de la DIAN, desde el 5 de septiembre de 2016; y

que los defensores públicos que le fueron asignados no cumplieron con sus obligaciones, en garantía de sus derechos.

2. Hechos relevantes

2.1 La DIAN presentó denuncia por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador en contra del accionante en calidad de representante legal de la sociedad Bares y Espectáculos con Nit. 805.030.989, quien para la época de los hechos, era sobre quien recaía la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto del impuesto a las ventas del año gravable 2006.

2.2 El accionante indicó que el 6 de abril de 2018 hizo una consulta en línea de sus antecedentes penales en la página de la Policía Nacional, pero al no poder generar el certificado respectivo procedió a revisar la página de la Rama Judicial, encontrando que se había llevado a cabo un proceso penal en su contra, en calidad de persona ausente, por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, dentro del cual, a través de sentencia del 11 de noviembre de 2017, fue condenado a 48 meses de prisión y multa de \$1.928.000 pesos, además de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal impuesta; y se había expedido la orden de captura No. 083, del 23 de febrero de 2018.

2.3 El señor Rodríguez León afirmó que haber sido declarado persona ausente en el mencionado proceso penal no excluía a los funcionarios que conocieron del mismo de agotar todos los medios idóneos y necesarios para vincularlo; es decir, notificarlo de forma personal, máxime que los hechos constitutivos del punible tuvieron lugar once años atrás.

2.4 Lo anterior, teniendo en cuenta que en el acta de audiencia preliminar llevada a cabo en el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, del 23 de mayo de 2017, en la que se lo declaró persona ausente, aparece la dirección “carrera 47 A No. 22-74 Apto. 403 BOGOTA DC, celular 2693869”, información que se reitera en el escrito de acusación del 29 de mayo de 2018. Sin embargo, el accionante precisó que, de acuerdo con el Formulario de Registro Único Tributario No. 14387986122, desde el 5 de septiembre de 2016, la dirección reportada a la DIAN es “CI 145 No. 13-48 Ap 301 en la

ciudad de BOGOTA DC” y en el mismo documento se establece con claridad su correo electrónico “director@juancarlosrodriguezabogados.com” y su número de celular “3144336271.”

2.5 Además, el actor manifestó que, desde el 9 de julio de 2015, tiene inscrita su cédula de ciudadanía en el puesto de votación Los Cedritos, ubicado en la AV 9 No. 146-40, de la localidad de Usaquén, en Bogotá, por lo cual, en su criterio, resultaba obvio que ya no vivía en la carrera 47 A No. 22-74, Apt. 403 de Bogotá, para cuando fue vinculado como persona ausente al referido proceso penal.

2.6 También dijo que las autoridades demandadas tampoco oficiaron al Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia, a donde reportó la dirección Calle 145 No. 13-48, apartamento 301 y su teléfono móvil 3144336271, desde el 9 de septiembre de 2014; al Consejo Superior de la Judicatura, pues para 2016 se encontraba en la lista de aspirantes a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; a la Cámara de Comercio de Cali o al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para indagar por la empresa en la cual trabajaba. Incluso cuestionó que no se haya oficiado a la DIJIN o a la Policía Nacional para asegurar su comparecencia al proceso.

2.7 Se destacó en la demanda que las entidades bancarias con las que tiene relación el actor (Falabella y Colpatria) también reportan la dirección calle 145 No. 13-48, Apt. 301, como aquella donde puede ser ubicado, en los diferentes extractos.

2.8 Refirió el señor Rodríguez León que además se le vulneró su derecho a la defensa, pues el Defensor Público que lo representó en el proceso penal cumplió un papel meramente formal. Dicha afirmación la sustentó, entre otras actuaciones, en que el abogado solicitó como prueba el testimonio de la misma persona que fue requerida para tal efecto por el acusador, es decir, la Fiscalía, a quien podía contrainterrogar; no solicitó otros medios de prueba y tampoco impugnó las decisiones que le fueron adversas. Lo expuesto, según el accionante es indicativo de la carencia de defensa técnica.

2.9 Finalmente, alegó el actor que no haber sido notificado de todos y cada uno de los actos desarrollados en el referido proceso penal le ha causado un perjuicio irremediable a él y a su familia.

3. Pretensiones

El accionante solicitó la suspensión de la orden de captura en su contra, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Además, a través de la acción de tutela pretende que se le tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Y, en consecuencia, se declare la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso penal adelantado en su contra, a partir de la declaratoria de persona ausente proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017, por violación del artículo 29 de la Constitución Política y se ordene que se surta un nuevo proceso penal, sometido a las garantías constitucionales y legales.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

(i) Copia de la sentencia ordinaria No. 090, emitida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el 11 de noviembre de 2017, dentro del expediente radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, cuyo imputado es el señor Juan Carlos Rodríguez León, figura como víctima la DIAN y el delito es la Omisión de Agente Retenedor o Recaudador. (Folios 17 y 18, cuaderno principal)

(ii) Copia de formulario de “proceso de gestión documental-subproceso registro de sanciones y causa de inhabilidad-registro de sanciones penales”, del 20 de marzo de 2018, a nombre del señor Juan Carlos Rodríguez León. (Folio 26, cuaderno principal)

(iii) Copia de formulario de radicación del proceso No. 76892-60-00-190-2009-00083-00 en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, cuyo condenado es el señor Juan Carlos Rodríguez León. (Folios 31, 32 y 33, cuaderno principal)

(iv) Copia de Acta de Audiencia Preliminar de declaratoria de persona ausente y formulación de imputación al señor Juan Carlos Rodríguez León, por parte del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, con fecha del 23 de mayo de 2017. (Folio 35, cuaderno principal)

(v) Copia de escrito de acusación formulado por el Fiscal Seccional 114 de Yumbo contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, del 29 de mayo de 2017. (Folios 36 a 39, cuaderno principal)

(vi) Copia de Acta de Audiencia de Formulación de Acusación No. 295, contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, efectuada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 17 de agosto de 2017. (Folio 44, cuaderno principal)

(vii) Copia de Acta de Audiencia Preparatoria No. 389, del 20 de octubre de 2017, realizada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, dentro del proceso No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, seguido en contra del señor Juan Carlos Rodríguez León. (Folio 45, cuaderno principal)

(viii) Copia de Acta de Audiencia de Juicio Oral No. 420, del 11 de noviembre de 2017, realizada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, dentro del proceso No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, seguido en contra del señor Juan Carlos Rodríguez León. (Folio 46, cuaderno principal)

(ix) Copia del Formulario Único Tributario de la DIAN, correspondiente al señor Juan Carlos Rodríguez León. (Folio 48, cuaderno principal)

(x) Copia de pantallazo de página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, informando el lugar de votación del ciudadano identificado con la cédula de ciudadanía No. 79507062, que corresponde a la del señor Juan Carlos Rodríguez León, del 7 de abril de 2018. (Folio 49, cuaderno principal)

(xi) Copia de algunos de los estados de cuenta y extractos de tarjetas de crédito del señor Juan Carlos Rodríguez León en los Bancos Falabella y Colpatria, de los años 2015 a 2017. (Folios 55 a 69, cuaderno principal)

(xii) Copia de formato de mecanismo digital para servicios electrónicos de la DIAN a nombre del señor Juan Carlos Rodríguez León, con fecha de transacción 5 de septiembre de 2016. (Folio 70, cuaderno principal)

5. Actuación procesal

La acción de tutela fue presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; sin embargo, la Sala Penal de éste, a través de auto del 17 de abril de 2018, decidió que la competencia para el conocimiento de la solicitud de amparo recaía sobre la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en atención a que cumple la doble condición de superior del Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Conocimiento accionado, además de ser superior de las autoridades judiciales ante las cuales interviene la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo, municipio que hace parte del mismo distrito judicial, con base en pronunciamientos de esta corporación en los que se ha señalado que las únicas disposiciones que consagran factores de competencia en materia de acción de tutela se encuentran en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, ya que a la luz de estos preceptos existe un factor de competencia territorial, en virtud del cual deben pronunciarse sobre la causa los jueces y tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la amenaza o trasgresión del derecho, o donde se surten sus efectos. En consecuencia, dispuso la remisión del expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

El 24 de abril de 2018 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Sala de Decisión Penal avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y ordenó vincular al Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Cali, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, al Defensor Público que se le asignó al actor dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00 y, como terceros con interés, ordenó vincular a las víctimas reconocidas dentro del mencionado proceso.

Posteriormente, en auto del 27 de abril de 2018, dispuso vincular, en calidad de accionado, al Ministerio Público delegado para el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali y al delegado para el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, así como al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

En escrito recibido el 25 de abril de 2018 el actor solicitó una medida provisional, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, a través de la cual pidió suspender la orden de captura en su contra de forma inmediata y todas y cada una de las decisiones proferidas por los despachos accionados y los efectos jurídicos derivados de ellas. No obstante, a través de auto del 25 de abril de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Sala de Decisión Penal estimó que no se advertía la concurrencia de los presupuestos legales

necesarios para que proceda la medida solicitada, tales como la necesidad y urgencia, “pues no se allegado (sic) elementos de juicio suficientes para determinar un perjuicio irremediable y entrar en consideraciones en dicho sentido, sería fallar de manera anticipada la acción”, por lo cual la misma no se decretó.[3]

6. Respuesta de las entidades accionadas

6.1 Juez Veintiuno Penal del Circuito de Cali

Nazario Guzmán Hernández, el 26 de abril de 2018 informó que conoció del proceso adelantado en contra del actor el 11 de noviembre de 2017 y mediante sentencia No. 090, resolvió condenarlo a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de \$1.918.000 pesos, al encontrarlo responsable del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

Señaló que el 12 de febrero de 2018 remitió la carpeta correspondiente al proceso penal del accionante al Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Cali, para los fines pertinentes y que al consultar la página oficial de la Rama Judicial se encuentra que la actuación fue enviada, desde el 20 de marzo de 2018, a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Consideró que la tutela interpuesta por el señor Rodríguez León es improcedente, toda vez que dentro del proceso penal se hicieron todos los requerimientos legales correspondientes.

Anexó formato de radicación del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, el 5 de abril de 2018.

6.2 Fiscal Seccional 114 de Yumbo

Diego Armando Delgado, el 26 de abril de 2018 informó que su despacho adelantó la investigación en contra del señor Rodríguez León por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador. Explicó también que el 23 de mayo de 2017 se celebró audiencia preliminar ante el Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de

Yumbo, siguiendo los lineamientos del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, para declarar persona ausente al ahora accionante.

6.3 Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Yumbo

Alfonso Eliver Tabares Marín, el 26 de abril de 2018 manifestó que en cumplimiento de las funciones propias de su cargo y aplicando el artículo 127 de la Ley 906 de 2004, después de verificar que la Fiscalía hubiese agotado los medios para tratar de ubicar al señor Rodríguez León, ordenó los emplazamientos y publicaciones pertinentes, por radio y prensa, antes de declararlo persona ausente.

Además, precisó que la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales, salvo cuando en ellas se haya desconocido ritualidades que, por constituir una garantía al derecho de defensa, conviertan la decisión adoptada en una vía de hecho y que en el presente caso no se cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para tal efecto. Por lo expuesto, solicitó ser desvinculado del presente trámite tutelar.

Anexó: (i) Copia del acta de audiencia preliminar llevada a cabo el 29 de marzo de 2017, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00; (ii) copia del edicto emplazatorio dirigido al señor Rodríguez León, del 31 de marzo de 2017; (iii) copia de oficio No. 438, del 31 de marzo de 2017, dirigido al Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cali, remitiendo el edicto emplazatorio ya referido, para su publicación; (iv) copia de la página del medio escrito en el que se publicó el edicto emplazatorio, el 25 de abril de 2017, en la sección de asuntos legales; (v) copia de constancia emitida por la Radio Huellas de Cali, del 25 de abril de 2017, respecto de la lectura del edicto emplazatorio y (vi) copia del acta de audiencia preliminar desarrollada el 23 de mayo de 2017, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00.

6.4 Defensores Públicos de Yumbo

6.4.1 Gildardo Ortiz Caicedo, el 26 de abril de 2018 afirmó que asistió a la declaratoria de persona ausente y formulación de imputación ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, el 23 de mayo de 2017, y que actuó solo en dicha diligencia en remplazo de su compañero José Yair Rodríguez Gutiérrez.

También, precisó que en el transcurso de la audiencia el señor Fiscal le corrió traslado de los elementos de prueba recaudados con el fin de dar trámite a la declaratoria de persona ausente, encontrando todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 127 del C.P.P.

6.4.2 José Yair Rodríguez Gutiérrez, el 26 de abril de 2018, manifestó que fungió como Defensor Público dentro del proceso radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, representando al ahora actor a partir de la audiencia de formulación de acusación, celebrada el 17 de agosto de 2017, ante el Juzgado Penal del Circuito de Cali, a la cual el procesado no asistió, por haber sido declarado persona ausente.

Igualmente, manifestó que el 20 de octubre de 2017 se realizó audiencia preparatoria; el 11 de noviembre del mismo año se llevó a cabo la audiencia de inicio de juicio oral, en la cual se practicó la prueba solicitada por la Fiscalía y él solicitó que se escuche al procesado, pero desistió al no lograr la ubicación del mismo y, además, pidió la concesión de la prisión domiciliaria para su representado.

6.5 Personería Municipal de Yumbo

Particularmente, sobre la audiencia donde se declaró persona ausente al señor Rodríguez León, dijo que se desarrolló con fundamento en los elementos aportados por el Fiscal de la causa, los que fueron valorados por el Juez Primero Penal Municipal de Yumbo. Además, precisó que se encontraba presente el Defensor Público.

No obstante, consideró que la búsqueda del actor era necesario continuarla durante el desarrollo del proceso, con el fin de brindarle la oportunidad de conocer las actuaciones seguidas en su contra.

Anexó algunos documentos en torno a las diferentes actuaciones en materia judicial que han sido atendidas por él, pero que no guardan relación con el asunto que ahora se estudia.

6.6 Jueza Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali

Olga Gómez Mariño, el 2 de mayo de 2018 informó que le correspondió vigilar y ejecutar la pena impuesta al señor Rodríguez León y, en ese sentido, el 13 de abril de 2018 avocó el conocimiento de las diligencias y ordenó librar la orden de captura para el cumplimiento de

la pena impuesta.

7. Intervención de tercero con interés

7.1 DIAN-Dirección Seccional Cali

Sandra Nathaly Cerón Escobar, en calidad de apoderada, el 26 de abril de 2018 informó que esa entidad presentó denuncia penal en contra del accionante por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, quien en su calidad de representante legal de la Sociedad Bares y Espectáculos S.A. se hallaba, para la época de los hechos, en la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto del impuesto a las ventas del año gravable 2006.

Así mismo, hizo referencia a que en la denuncia penal se indicaron como direcciones de notificación del accionante las señaladas en el Registro Único Tributario, es decir, la Calle 10 No. 36ª-160 Yumbo (Valle) y la Carrera 47ª No. 22-74, Apto. 403 en Bogotá, pues de acuerdo con el artículo 555-2 del Estatuto Tributario, el RUT constituye el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar las personas y entidades que tengan la calidad de agentes retenedores. Entonces, afirmó que el único mecanismo al que debe acudir la DIAN para verificar las direcciones de notificación es el RUT. Lo anterior, sin perjuicio de que la Fiscalía lo ubique por otros medios.

De igual forma, precisó que “en repetidas oportunidades, en las certificaciones de deuda expedidas por el funcionario del G.I.T de Persuasiva I de la División de Cobranzas, de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, se indicó que la última dirección reportada del accionante corresponde a la Calle 145 No. 13-48 Apto 301 en la ciudad de Bogotá, dirección que se obtuvo del Registro Único Tributario, el cual fue actualizado de Oficio el 5 de septiembre de 2016.”

Anexó: (i) Copia del formulario del registro único tributario del señor Rodríguez León, en donde consta la información de la que se dio cuenta en el escrito ya reseñado, especialmente de la dirección; (ii) copia de comunicación enviada por un funcionario de la Unidad Penal de la DIAN en Cali, dirigida a la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, del 15 de mayo de 2017, remitiendo algunos datos y solicitando certificar la última dirección del mencionado señor Rodríguez León, a

efectos de asistir a la diligencia judicial de imputación en Yumbo, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00; (iii) copia de oficio enviado por el abogado de representación externa del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal-División de Gestión Jurídica de la DIAN, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, del 23 de mayo de 2017, a través del cual se remite original del certificado de estado de cuenta de la sociedad contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con Nit. 805.030.989, con fecha de corte 22 de mayo de 2017. En la parte final cada una de las tres certificaciones que se allegaron con el oficio señalado, del 22 de mayo, 16 de agosto y 2 de noviembre de 2017, se indica “la última dirección reportada del representante Legal corresponde Cl 145 # 13 - 48 AP 301 en la ciudad de Bogotá y el teléfono que se tiene en el Rut corresponde al número 314 433 6271 al cual se llamó en varias ocasiones y no se obtuvo respuesta a las múltiples llamadas realizadas;”(iv) memorial poder otorgado a la abogada Cerón Escobar y demás documentos relacionados con el mismo.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Sala de Decisión Penal, el 8 de mayo de 2018, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Juan Carlos Rodríguez León, teniendo en cuenta que fue justamente el actor, en su criterio, el que con su negligencia se desligó de sus obligaciones tributarias. Así entonces, desvinculó del proceso al Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Cali, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, al Defensor Público designado dentro del asunto, a la DIAN-Dirección Seccional Cali y a la Personería Municipal de Yumbo.

La decisión se basó en que:

- (i) La DIAN- Dirección Seccional Cali antes de interponer la denuncia le había notificado al accionante de sus deudas tributarias, por medio de aviso penalizable;
- (ii) El actor, para la fecha de los hechos constitutivos de delito, fungía como comerciante, por tanto se tuvo en cuenta su domicilio comercial, que en el Registro Único Tributario-RUT, tal como lo establece el artículo 55-2 del Estatuto Tributario, para entonces reportaba la Carrera 47ª No. 22-74, Apto. 403 en Bogotá, a donde fueron dirigidas las citaciones de la

Fiscalía;

(iii) La Policía Judicial acudió al establecimiento comercial que representaba el ahora actor, percatándose que la Compañía Bares y Espectáculos de Colombia S.A. ya no se ubicaba en la dirección registrada en el Certificado de Existencia y Representación, Calle 10 No. 36ª -160 en Yumbo;

(iv) Se ofició a varias entidades del Estado con el fin de ubicar al señor Rodríguez León;

(v) Antes de declarar ausente al actor se ordenó efectuar la publicación por edicto emplazatorio, una publicación radial y en la prensa escrita, trámites que efectivamente se cumplieron;

(vi) Se verificaron los requisitos que impone el artículo 127 del C.P.P para declarar ausente al actor;

(vii) Se le asignó un Defensor Público;

(viii) En la audiencia llevada a cabo para declarar persona ausente al accionante, se le pusieron de presente los elementos de prueba al Defensor Público, sin que éste presentara oposición alguna;

(ix) Por tanto, no se advierte violación a los derechos al debido proceso y defensa del señor Rodríguez León.

2. Impugnación

El 10 de mayo de 2018 el señor Juan Carlos Rodríguez León impugnó el fallo emitido en primera instancia. Y, mediante auto del 11 de mayo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali concedió la apelación, en el efecto devolutivo, ante la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.

Las razones de la inconformidad del actor las expuso en escrito presentado el 15 de mayo de 2018 y se pueden resumir así:

(i) Los hechos objeto del proceso penal tuvieron lugar hace doce años y once años y nunca fue notificado personalmente tanto del proceso administrativo, por parte de la DIAN, como

del proceso penal;

(ii) No se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas, en donde se establece que su dirección es la Calle 145 No.13-48, Apartamento 301, en Bogotá;

(iii) La declaratoria de persona ausente procede cuando el juez verifica, de manera real y material y no formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiere para vincularlo al proceso y se siga el trámite legalmente establecido para tal efecto;

(iv) Las diligencias para ubicar al procesado deben continuar, por parte de la Fiscalía, con posterioridad a la declaratoria de persona ausente;

(v) El papel de la Defensoría Pública debe encaminarse hacia la garantía de los derechos del procesado;

(vi) La defensa no estructuró ninguna estrategia, teniendo en cuenta que no solicitó pruebas y tampoco impugnó las decisiones emitidas en su contra;

(vii) Por mandato de los artículos 441 y 442 del Código de Comercio, tanto el gerente principal como sus suplentes son los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, lo que podría conllevar a que la responsabilidad derivada del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, pudiera estar en cabeza de cualquiera de los representantes legales y, en este caso, él no podía representar a la sociedad en la ciudad de Cali, debido a las faltas absolutas o temporales, desde el 31 de diciembre de 2005, por tanto, ésta debía ser ejercida por el subgerente, señor Carlos David López Vivas.

3. Segunda instancia

A través de providencia del 7 de junio de 2018, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas No. 2, confirmó la sentencia del a quo. Teniendo en cuenta, en primer lugar, que la acción de tutela resultaba improcedente al no cumplir con los requisitos generales señalados por la Corte Constitucional, cuando se ataca una providencia judicial, para el caso la sentencia condenatoria, pues no se interpuso la acción extraordinaria de revisión.

Sin embargo, luego se refirió al fondo del asunto y se pronunció, respecto de la presunta

vulneración del derecho al debido proceso, afirmando que la declaratoria de persona ausente estuvo precedida de un adecuado procedimiento, por parte del Juez de Control de Garantías, autoridad que agotó las gestiones a su alcance para lograr la comparecencia del sindicado.

Respecto del derecho a la defensa, precisó que al ahora actor se le designó un abogado adscrito al Sistema de Defensoría Pública para que lo representara y que respecto de su actuación no se acreditó desidia, negligencia o despreocupación. Por demás, que la estrategia defensiva se cumplió dentro de las posibilidades que la situación de ausencia del implicado permitía.

III. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN DE TUTELA

Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 5 de septiembre de 2018, en procura de aclarar los elementos fácticos que motivaron la tutela y lograr un mejor proveer, solicitó diferentes elementos probatorios, a saber:

(i) Al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle), ubicado en la calle 7 No. 3-62, se le solicitó que en el término de tres (3) días, remita las diligencias que reposaran en ese despacho, en relación con la declaratoria de persona ausente del señor Juan Carlos Rodríguez León, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.507.062, expediente radicado con el número 768926000190-2009-00083

(ii) Al Fiscal Local 114 de Yumbo (Valle), ubicado en la calle 8 No. 6-25, piso 3, oficina 302, correo electrónico jeffrey.agredo@fiscalia.gov.co, que en el término de tres (3) días, remita las diligencias que reposaran en ese despacho, en relación con la declaratoria de persona ausente del señor Juan Carlos Rodríguez León, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.507.062, expediente radicado con el número 768926000190-2009-00083.

En atención a dichos requerimientos se recibieron documentos contentivos de la siguiente información:

3.1 La Fiscalía Seccional 114 de Yumbo

El 12 de septiembre de 2018, remitió copia de los siguientes documentos:

(i) Denuncia por el punible de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, presentada por la DIAN en contra de Juan Carlos Rodríguez León, ante la Oficina Seccional de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación-Cali, sin fecha;

(ii) En el formato único de noticia criminal, del 22 de enero de 2009, se indicó que la dirección de la residencia del indiciado era desconocida, al igual que la de su oficina. Sin embargo, se suministró la del establecimiento de comercio Bares y Espectáculos de Colombia S.A., ubicado en la Calle 10 No. 36ª-160 de Yumbo;

(iii) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 6 de abril de 2011, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuada llamada telefónica al número telefónico 6914450, registrado en el RUT, no hubo respuesta alguna;

(iv) El oficio No. 0912 del 23 de noviembre de 2011, se dirigió al señor Juan Carlos Rodríguez León, a la Calle 10 No. 36ª-160 de Yumbo, solicitándole comparecer el 20 de diciembre de 2011, para adelantar diligencia de interrogatorio, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor, que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo, dentro del proceso radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00;

(v) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 19 de enero de 2012, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuada llamada telefónica al número telefónico 6914450, registrado en el RUT, no hubo respuesta alguna;

(vi) El Oficio No. 00994 del 28 de octubre de 2013, se dirigió al señor Rodríguez León, también a la Calle 10 No. 36ª -160 de Yumbo, solicitándole su comparecencia inmediata para adelantar una diligencia penal, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo, dentro del

proceso radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00;

(vii) El oficio No. 43000-2250 del 21 de noviembre de 2014, enviado por un investigador criminalístico al señor Fiscal Seccional 114 de Yumbo, da cuenta de las consultas efectuadas a las bases de datos de ANI, FOSYGA, RUNT, CIFIN, IGAC, RUE, sin resultados frente a la dirección del indiciado;

(viii) Oficio No. 0200, del 9 de septiembre de 2015, enviado por la División de Gestión Jurídica de la DIAN al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, informándole “verificando la información del Sr. Juan Carlos Rodríguez, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, se puede verificar que dicha persona aparece inscrita para votar el día 09/07/2015, en el puesto LOS CEDRITOS, AV. 9 # 146-40 de BOGOTÁ D.C.”;

(ix) A través de oficio No. 1463 del 17 de agosto de 2016, dirigido al CTI-Oficina de Peritos Contables de Cali, el Fiscal Seccional 114 de Yumbo remitió orden a la Policía Judicial, a fin de que sea asignado un perito contable para su ejecución, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00;

(x) Órdenes emitidas por la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo a la Policía Judicial, del 22 de diciembre de 2016, solicitando tarjeta alfabética y antecedentes del ahora accionante;

(xi) El Oficio No. 02429 del 23 de diciembre de 2017 (que por la fecha de la diligencia a la que se cita, se advierte de 2016), se dirigió al Señor Rodríguez León a la Carrera 47 A No. 22-74, apartamento 403 en Bogotá, solicitándole comparecer para adelantar una diligencia penal, el 10 de febrero de 2017, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo, dentro del proceso radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00;

(xii) Oficios sin número, del 23 de diciembre de 2016, a través de los cuales la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo solicitó a la Superintendencia Bancaria-Cali, INPEC-Bogotá, Superintendencia de Salud-Cali, Oficina de Instrumentos Públicos y Privados-Cali, DIAN-Cali e Instituto de Medicina Legal-Cali, información que permitiera ubicar al señor Juan Carlos Rodríguez León;

(xiii) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 2

de marzo de 2017, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuadas llamadas telefónicas a los números telefónicos 4402455 y 3127229421, registrado en el RUT, no hubo respuesta frente a la ubicación del ahora accionante;

(xiv) Formato a través del cual se hace la solicitud de audiencia preliminar para declaratoria de persona ausente y formulación de imputación respecto del señor Rodríguez León, del 8 de marzo de 2017, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00;

(xv) Copia de oficio No. 031 620, del 15 de marzo de 2017, suscrito por el Jefe de la Unidad Básica de Investigación Criminal de Yumbo-UBIC, dirigido al Jefe del Laboratorio Regional No. 4 de Cali, con el fin de que se remita copia de foto cédula del señor Rodríguez León;

(xvi) Informe de la Policía Judicial, del 22 de marzo de 2017, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, a través del cual se aporta la tarjeta alfabética del indiciado, Juna Carlos Rodríguez León. Se indicó que se anexaron: Oficio No. 031560 de solicitud de foto cédula; foto cédula del señor Juan Carlos Rodríguez León y otro y oficio No. 0024 de solicitud de antecedentes y anotaciones judiciales;

(xvii) Oficio No. 0054, del 22 de marzo de 2017, suscrito por el Abogado de Representación Externa, del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal, de la División de Gestión Jurídica de la DIAN, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo;

(xviii) Acta de audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 29 de marzo de 2017. En esta audiencia se solicitó se declarara persona ausente al señor Juan Carlos Rodríguez León;

(xx) Página del periódico La República, del 25 de abril de 2017, sección asuntos legales, donde aparece publicado el edicto emplazatorio, ya referido;

(xxi) Constancia del 25 de abril de 2017, expedida por la Radio Huellas, de la lectura del edicto emplazatorio, entre la 1:00 y las 5:00 pm. Sin firma;

(xxii) Acta de audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal

con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017;

(xxiii) Escrito de acusación, del 29 de mayo de 2017; y

(xxiv) Memorial poder otorgado por la DIAN a los abogados Juan Aldemar Valencia y María Graciela Varela, como apoderados principal y suplente, respectivamente.

3.2 Otras intervenciones

En esta etapa procesal se recibieron las siguientes intervenciones:

3.2.1 Accionante

Juan Carlos Rodríguez León, en escrito del 21 de septiembre de 2018, enfatizó en que faltó diligencia al Fiscal para notificarlo y al Juez para corroborar el cumplimiento de los requisitos antes de declararlo persona ausente, pues no basta con efectuar una búsqueda general en las bases de datos de las diferentes entidades, sino que se hace necesario oficialarlas para que se suministren datos precisos, que no aparecen a la vista de otra manera.

De otra parte, afirmó que la búsqueda de su dirección para notificarle del proceso penal debió seguirse aun cuando ya se lo había declarado persona ausente, con mayor razón si habían transcurrido aproximadamente once años desde que tuvo lugar el presunto ilícito.

Finalmente, reprodujo en su escrito los argumentos usados en la demanda de tutela, para respaldar la aludida violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

3.2.2 Personería Municipal de Yumbo

Yors Wilmar Mena Ibarra, en calidad de Profesional Universitario para Asuntos Judiciales (E), en escrito del 2 de octubre de 2018, precisó frente a su anterior intervención que “si bien es cierto, hubo preliminarmente unas valoraciones de elementos aportados por la Fiscalía que condujeron a declarar como persona ausente al señor JUAN CARLOS RODRIGUEZ LEON, por parte del señor Juez de Control de Garantías de Yumbo, estas pudieron haber cambiado posteriormente en el desarrollo de las audiencias de Conocimiento, debiéndose haber

agotado la mas (sic) mínima posibilidad por ínfima que fuese, en la búsqueda en diferentes bases de datos, algún tipo de actualización de los datos personales del señor JUAN CARLOS RODRÍGUEZ LEON, por cuanto no se debe escatimar esfuerzos, cuando de derechos fundamentales se trate (...).”.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 56 del Acuerdo 02 de 2015, “por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes relacionados, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad formales cuando el mecanismo constitucional se promueve contra una providencia judicial.

Una vez acreditado el cumplimiento de esos requisitos la Corte deberá definir si se configura alguno de los defectos establecidos por la jurisprudencia constitucional en las actuaciones judiciales adelantadas por las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo (Valle) y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle) y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle), dentro del proceso penal radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, seguido en contra del accionante, dentro del cual fue condenado a 48 meses de prisión y multa de \$1.928.000 pesos, además de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal impuesta. En particular, si se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la acción de tutela, se lo vinculó en calidad de persona ausente, sin que se haya demostrado eficazmente que se insistió en ubicarlo de forma previa a tal declaratoria, ni tampoco posteriormente a ella; y pese a habersele asignado un defensor público para que lo representara, éste no trazó una

estrategia enfocada en la defensa de sus derechos.

Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala (i) resumirá la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Si el anterior análisis se supera con satisfacción, la Sala (ii) se referirá brevemente a la causal genérica denominada defecto procedimental; (iii) recordará la posición jurisprudencial relacionada con la vinculación de la persona ausente al proceso penal y sus implicaciones en el derecho al debido proceso; (iv) también hará alusión a la vulneración del debido proceso por falta de defensa técnica en el proceso penal. Finalmente, (iv) estudiará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

Por regla general, la tutela no procede contra providencias judiciales en virtud de los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica. Sin embargo, esta Corporación ha determinado, a través de su jurisprudencia, delimitados criterios en los cuales excepcionalmente resulta procedente, los cuales fueron sistematizados en la Sentencia C-590 de 2005, fallo en el cual se especificaron requisitos generales y especiales de procedencia.

Los primeros habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad; los segundos implican la procedencia del amparo, ya no de la tutela, y solo debe cumplirse uno de ellos. Es decir, solamente cuando se ha constatado el cumplimiento de los requisitos generales, puede el juez constitucional entrar a determinar la existencia de alguno de los vicios específicos que ha establecido la Corte como requisitos especiales de procedencia de la acción a partir de los cuales se estudia, como tal, la eventual vulneración de derechos fundamentales.

Así entonces, en procura del respeto de las garantías constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada, en principio, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, sin embargo, excepcionalmente, puede resultar procedente cuando, primero, se cumplen los requisitos generales de procedencia, segundo, se verifica cumplido al menos un requisito específico y, tercero, resulta necesaria la intervención del juez constitucional.

3.1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

3.1.1. Relevancia constitucional de la cuestión estudiada: Este requisito exige que el asunto bajo estudio involucre garantías superiores y no sea de competencia exclusiva del juez ordinario. En consecuencia, el accionante debe justificar clara y expresamente el fundamento por el cual el asunto objeto de examen es “una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes”[4].

3.1.2. Agotar todos los medios de defensa judicial posibles: Este presupuesto se relaciona con el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, acorde con el cual la parte activa debe desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos[5]. En todo caso, este criterio puede flexibilizarse ante la posible configuración de un perjuicio irremediable[6].

3.1.3. Inmediatez: En virtud de este requisito la acción de amparo debe presentarse en un término proporcional y razonable a partir del hecho que originó la supuesta vulneración. Presupuesto exigido en procura del respeto de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues de no exigirse, las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

3.1.4. Injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada: Con fundamento en esta premisa, se exige que únicamente las irregularidades procesales violatorias de garantías fundamentales estas tengan la entidad suficiente para ser alegadas por vía de tutela. Aunado a ello, se excluyen las irregularidades no alegadas en el proceso o subsanadas a pesar de que pudo haberse hecho[7].

3.1.5. Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de los derechos fundamentales: En acatamiento de este requisito, en la acción de tutela se debe identificar clara y razonablemente las actuaciones u omisiones que comportan la vulneración alegada. Y, aunado a ello, estos argumentos se deben haber planteado al interior del proceso judicial, de haber sido posible[8].

3.1.6. Que no se trate de sentencias de tutela: A través de esta exigencia se busca evitar que los procesos judiciales estén indefinidamente expuestos a un control posterior. Con

mayor razón si se tiene en cuenta que todas las sentencias de tutela son objeto de estudio para su eventual selección y revisión en esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas[9].

Verificado el cumplimiento de todos los anteriores requisitos, se habilita el estudio constitucional de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4. El defecto procedimental como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia

En uniforme jurisprudencia la Corte ha establecido que el defecto procedimental ocurre, cuando el juez de instancia actúa completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, se desvía ostensiblemente de su deber de cumplir con las “formas propias de cada juicio”, con la consiguiente vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de las partes. En estas circunstancias, el error procesal debe ser manifiesto, debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado.

Ahora bien, a partir de la definición de defecto procedimental, esta Corporación ha especificado diferentes conductas u omisiones que pueden conllevar amenazas o violaciones de derechos fundamentales, las cuales permiten la intervención de los jueces constitucionales, a saber: el funcionario judicial pretermite una etapa propia del juicio, da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, ignora completamente el procedimiento establecido, escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables al caso concreto, incumple términos procesales, por ejemplo cuando la autoridad judicial restringe el término conferido por la ley a las partes para pronunciarse en ejercicio de su derecho de defensa o desconoce el derecho de defensa de un sindicado en materia penal, omite cumplir los principios mínimos del debido proceso señalados en la Constitución, principalmente, en los artículos 29 y 228.

En este sentido, la Sentencia SU-159 de 2002 destacó, a manera de ejemplo de cuando se incurre en defecto procedimental, que “está viciado todo proceso en el que se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un

abogado –en los eventos en los que sea necesario –, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas.”

En la misma línea argumentativa, la Sentencia T-1246 de 2008, frente a este defecto reiteró que se presenta cuando existe una decisión judicial que desconoce abiertamente supuestos legales en materia procesal. Sin embargo, destacó que para que este defecto se configure es necesario que (i) el error sea trascendente, es decir, “que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado. Así por ejemplo, se configura un defecto procedimental cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión.”

No obstante lo anterior, en materia de notificación, la misma sentencia aclara que pueden presentarse algunos eventos en los cuales la acción de tutela no es procedente para controvertir las decisiones judiciales adoptadas cuando se ha dejado de notificar una decisión.[10] Esto ocurre cuando:

- (i) la falta de notificación no tiene efectos procesales relevantes o de importancia;
- (ii) cuando este se deriva “de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real – por ejemplo porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios –, no procederá la tutela.

Adicionalmente, la sentencia destaca que también puede estarse en presencia de uno de los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procesal cuando:

- (i) Existe una demora injustificada por parte del funcionario, tanto en la adopción de la decisión como en el cumplimiento;
- (ii) Ante la omisión del juez de recibir y valorar pruebas que hayan sido previamente ordenadas;

(iii) Se presenta ausencia de defensa técnica, la cual deriva en una sentencia condenatoria en materia penal, situación que le sea “absolutamente imputable al Estado”.

5. La vinculación de la persona ausente al proceso penal y sus implicaciones en los derechos al debido proceso. Reiteración de jurisprudencia

En la sentencia T-737 de 2007 se resumieron los lineamientos constitucionales de la declaratoria de persona ausente (Art. 29 y 31 de la C.P.), considerando para ello las garantías del debido proceso incorporadas a través del bloque de constitucionalidad contenidas en los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese marco, se reiteró que si bien la vinculación como persona ausente al proceso penal restringe el ejercicio del derecho al debido proceso, en especial la defensa técnica, su uso es constitucional siempre que se garanticen ciertas condiciones formales y procedimentales, a saber:

Del mismo modo, en la sentencia T-835 de 2007, la Corte encontró acreditada la estructuración de un defecto procedimental porque se vulneró el derecho al debido proceso de una persona que fue vinculada como persona ausente en un proceso penal, cuando las autoridades judiciales tenían en el expediente una dirección para ubicar a la accionante: “Esta Sala de Revisión considera que las autoridades judiciales demandadas sí vulneraron el derecho a la defensa de la actora y, por lo tanto, su derecho al debido proceso, pues no la notificaron del proceso penal que seguían en su contra, a pesar de que lo podrían haber hecho, dadas las circunstancias específicas del caso. Ciertamente, los documentos que reposaban en el expediente permitían deducir con claridad que la tutelante residía en Bogotá, e incluso aparecían dos direcciones en esta ciudad en las que podrían haber intentado notificarla.// Lo primero que debe anotarse al respecto es que, como se puede percibir al leer la reseñas de los expedientes remitidos al proceso, contenidas en el acápite sobre las pruebas recopiladas, en todos los documentos referidos a la actora y al vehículo aparecía con claridad que ella estaba domiciliada en Bogotá. De esta forma, las distintas citaciones que se le hicieron a través de la radio no podían tener éxito. Por eso, tal como se deduce de las sentencias reseñadas, desde una perspectiva del respeto al debido proceso era obligación del Fiscal 24 Seccional y del Juez 5° Penal del Circuito de Santa Marta tratar de vincular a la actora al proceso, notificándola sobre el mismo a las direcciones que aparecían en los documentos arrimados al legajo”.

En contraste, en la sentencia T-962 de 2007 se descartó la configuración de un defecto procedimental en la vinculación como persona ausente del procesado, en los siguientes términos: “A pesar de haber enviado tres de las cinco citaciones de manera correcta, es decir a la Calle 60 No. 4B-48, el accionante no se hizo presente a fin de ejercer su derecho de defensa a través de la respectiva diligencia de indagatoria, lo que obligó a la Fiscalía, en el mes de septiembre de 2003, a proferir orden de captura en contra del implicado a fin de lograr su comparecencia dentro del proceso, la cual no produjo ningún efecto. Hecho éste que forzó al ente fiscal a emitir la respectiva resolución de declaración de persona ausente, el 15 de abril de 2004, con el objetivo de vincular al procesado y de esta manera continuar con el trámite procesal respectivo, cumpliendo de esta manera con la correcta, pronta y eficiente prestación del servicio público esencial de administrar justicia. // De lo expuesto, se extrae que la Fiscalía como demandado dentro de la acción de tutela, actuó de manera diligente en procura de lograr la vinculación del actor dentro del proceso, haciendo las respectivas citaciones, en las que si bien cometió un error en un par de ocasiones, el mismo no se presentó en el primer telegrama enviado al actor, al día siguiente de la resolución de apertura de instrucción y fue corregido con posterioridad, enviando las respectivas citaciones al lugar que figuraba como domicilio de notificaciones para Importaciones González Ltda., persona jurídica representada por el hoy demandante.” (Se omiten las notas al pie).

Por su parte, en la sentencia T-517 de 2009 la Corte reiteró los parámetros establecidos en la sentencia T-737 de 2007, al decidir que no se vulneró el derecho al debido proceso de un sindicado que había sido vinculado como persona ausente, pues tanto la Fiscalía como el Juzgado que conocieron el caso habían desplegado actividades tendientes a ubicarlo para que se presentara al proceso, así como para notificar las decisiones correspondientes en su domicilio. Por consiguiente, concluyó que no hubo defecto procedimental por las autoridades judiciales accionadas, así: “Lo anterior evidencia que contrario a las afirmaciones del señor Borrero Caviedes, los demandados enviaron a San Luis las respectivas ordenes de captura y citaciones, para garantizar su comparecencia al proceso con el objeto de notificarle la existencia de la causa en su contra y garantizarle la defensa de sus derechos de manera oportuna. //La Sala observa que en la etapa procesal de declaración de persona ausente se cumplieron todos los requisitos formales y sustanciales, en la medida que se emitió la orden de captura, se hizo el emplazamiento, para posteriormente expedir la resolución con las actuaciones hechas con el fin de lograr la

comparecencia del imputado”.

Por el contrario en la sentencia T-508 de 2011, la Corte encontró acreditada la configuración de un defecto procedimental cuando las autoridades judiciales demandadas a pesar de conocer direcciones en donde era factible ubicar al peticionario pues aquellas obraban en el expediente no realizaron suficientes actividades para que se notificara del proceso penal en su contra sino que procedieron a vincularlo como persona ausente: “(...) teniendo en cuenta que durante el trámite del proceso adelantado por el señor Nieto Roa no se realizaron todas las acciones tendientes a su notificación, aun contando con los medios para este fin, lo cual derivó en una sentencia condenatoria después de que fueron transgredidos derechos fundamentales del demandante, la Sala considera que la presente acción es procedente contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2008 por el Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-779A de 2011, se reiteró el deber de los operadores judiciales de desplegar todas las actividades necesarias para notificar al sindicado de un proceso penal en su contra: “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.”

En suma, si bien se reconoce la constitucionalidad de vincular a la persona ausente al proceso penal, pese a las implicaciones que conlleva en el derecho de defensa, esta medida debe estar precedida del despliegue de actividades por parte de las autoridades judiciales tendientes a notificar de la existencia del proceso al sindicado. Y cuando se vincula como persona ausente a un proceso penal, sin haber agotado todos los mecanismos para que comparezca de forma personal, se configura un defecto procedimental que hace procedente la acción de tutela contra providencia judicial.[11]

6. Vulneración del debido proceso por falta de defensa técnica en el proceso penal.
Reiteración de jurisprudencia

Ahora bien, tratándose del defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la

defensa técnica, la Corte ha enfatizado que el procesado penal tiene derecho a ser asistido por un defensor idóneo durante todas las etapas del proceso que puede ser escogido por el propio procesado y, de no ser ello posible, debe ser asignado de oficio por el Estado.

El derecho a la defensa técnica tiene un contenido doble: el defensor debe estar presente para hacer valer todas las garantías formales dentro del trámite judicial y, adicionalmente, debe actuar para representar los derechos sustanciales de su prohijado. Puede pedir y aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones que se adopten en el mismo[12]. No se trata simplemente de una presencia formal, el derecho a la defensa exige que el Estado y las autoridades judiciales garanticen que, tanto los defensores de confianza como los de oficio, cuenten con todas las condiciones materiales y formales para desplegar una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos e intereses jurídicos del imputado, de modo que pueda predicarse del proceso una verdadera igualdad de armas.

La sentencia T-1049 de 2012 retomó los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia en los siguientes términos: “la garantía judicial consistente en la defensa técnica[13] requiere (i) que en la medida de lo posible el procesado pueda elegir a su abogado defensor; (ii) que el defensor elegido o designado sea nombrado desde el principio de las diligencias penales, y no solo en la etapa del juicio; (iii) que el defensor pueda comunicarse libre y confidencialmente con su prohijado; (iv) que el abogado pueda tener conocimiento oportuno y completo de los cargos y del contenido del expediente; (v) que ni las autoridades judiciales ni las administrativas interpongan cualquier tipo de obstáculos que impidan al defensor aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones[14].”

Según el estándar descrito, no toda falla o deficiencia en el ejercicio profesional de la defensa penal constituye una vulneración que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte ha reiterado que solo se configura un defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la defensa técnica ante errores protuberantes y que tengan las siguientes características:

(i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.

(ii) Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia[15].

(iii) La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial[16].

Una de las causas de la violación del derecho a la defensa técnica puede ocurrir cuando a pesar de contar con un abogado, se dejaron de practicar pruebas, controvertir las decretadas y presentar los recursos pertinentes, de forma negligente, siempre que no le haya sido posible jurídica y fácticamente intervenir al inculpado para modificar esta situación.

Un ejemplo claro se presenta en el caso de condenados como personas ausentes, cuyos derechos han sido protegidos en diversas decisiones de esta Corporación[18] por el contrario, en otros casos en los que hubo desaciertos de los defensores de confianza, pero los procesados conocieron del trámite y tuvieron las oportunidades suficientes para intervenir en él la Corte ha considerado que los errores no podían ser imputados a las autoridades jurisdiccionales o al Estado a título de ausencia de condiciones para el ejercicio de la defensa técnica.[19]

Con todo, ser procesado como persona ausente no es el único requisito para que proceda la acción por violación del derecho a la defensa técnica[20], pues si el defensor de oficio ejerce su cargo de forma diligente, aunque con las limitaciones propias de la ausencia del acusado, y se enfrenta a la dificultad para solicitar la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para lograr la absolución del procesado, no se configura un defecto por falta de defensa técnica.

De este modo, en algunos casos es necesario exigir mayor idoneidad al defensor de quien no pudo conocer del proceso, que usualmente es representado por un abogado de oficio, que al abogado de confianza de quien tuvo todo el tiempo acceso al trámite. Con todo, la Corte entiende que en algunas ocasiones la labor del defensor de oficio de un procesado en ausencia se ve entorpecida por la falta de la versión del procesado[21], criterio que debe ser analizado en el estudio de cada caso concreto.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales y administrativas de garantizar que el

defensor de confianza lleve a cabo su labor con diligencia también disminuye en grado, siempre que el procesado haya podido conocer del proceso e intervenir efectivamente en él, y que las autoridades judiciales no hayan interpuesto obstáculos para el buen ejercicio de la defensa. La Corte asume que, en principio, quien pudo contratar un abogado de confianza tiene conocimiento de que cursa un proceso en su contra y, por tanto, en caso de que observe fallas en su defensa podrá cambiar de abogado o al menos presentar sus dudas ante el ente investigador.

Estas circunstancias deben ser analizadas en cada caso concreto con base en criterios de razonabilidad pues, sería absurdo pedirle al inculcado la pericia jurídica procesal de un experto o que fuera infalible frente a los abusos propios de la posición de poder en que se encuentra el abogado dentro del proceso. En suma, el defecto procedimental por ausencia de defensa técnica exige que las deficiencias en la estrategia defensiva no sean imputables al procesado, asunto que debe resolverse atendiendo a las características de cada caso en particular.

Por supuesto, esto no significa que quienes son defendidos por abogados de confianza cuentan con una garantía menos efectiva que la otorgada a los procesados que acceden a un defensor de oficio[22], sólo se establece un estándar especial para quienes deben acudir a la defensa pública dadas las limitaciones que las circunstancias imponen al procesado en ausencia. En efecto, en estos casos el defendido no cuenta con ciertas potestades que sí tiene el procesado que se encuentra al tanto de la causa penal y por eso es un sujeto que se encuentra en un estado de debilidad, por ejemplo, está imposibilitado para buscar un abogado distinto o para acudir a la fiscalía en caso de dudas sobre la calidad de su defensa y estas restricciones pueden incidir de manera decisiva en los resultados del proceso.

7. Caso concreto

El accionante considera que las actuaciones adelantadas por las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo y Veintiuno Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Cali, que concluyeron con una sentencia condenatoria, tras ser hallado penalmente responsable por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, a 48 meses de prisión y multa

de \$1.928.000 pesos, además de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal impuesta, vulneraron sus derechos al debido proceso y a la defensa. Lo anterior, puesto que la investigación y juicio se tramitaron sin que las autoridades correspondientes lo hubieran notificado oportunamente, pese a que su dirección reposa en la base de datos de la DIAN, desde el 5 de septiembre de 2016; y, de otra parte, los defensores públicos que le fueron asignados no cumplieron con sus obligaciones, en garantía de sus derechos.

Al respecto, observa la Sala que si bien el peticionario no propuso un defecto distinto a la vulneración directa de la Constitución por desconocimiento del debido proceso, lo cierto es que, tal como se expuso en las consideraciones la presunta irregularidad alegada, ésta ha sido enmarcada por la jurisprudencia constitucional como un defecto procedimental y así lo estudiará la Sala.

Por lo tanto, la Corte verificará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales en el presente caso, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento 3.1 de esta decisión.

7.1 Análisis de procedibilidad

7.1.1 Relevancia Constitucional

El asunto planteado a esta Sala de Revisión tiene relevancia constitucional porque hace referencia a la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante. En particular porque la investigación y el juicio dentro de un proceso penal por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recadador, que terminó con una sentencia condenatoria en su contra, se tramitaron sin que las autoridades correspondientes lo hubieran notificado oportunamente, pese a que su dirección reposa en la base de datos de la DIAN, desde el 5 de septiembre de 2016; y, de otra parte, los defensores públicos que le fueron asignados no cumplieron con sus obligaciones. Esta consideración es suficiente para dar por cumplido el requisito.

7.1.2 Agotamiento de los medios de defensa judicial posibles

Los hechos por los cuales fue interpuesta la acción de tutela que actualmente estudia la

Sala Quinta tienen origen en un proceso penal, el cual terminó el 11 de noviembre de 2017 con sentencia condenatoria en contra de Juan Carlos Rodríguez León, por el delito de Omisión de Agente Retenedor y Recaudador. Esta providencia no fue impugnada por el defensor de oficio del ahora actor, lo cual hace parte de los reproches constitucionales frente a la labor de defensa técnica.

En este contexto, recuerda la Sala que el actor solo tuvo conocimiento de la sentencia condenatoria el 6 de abril de 2018, según él lo manifestó en la demanda de tutela, al momento de realizar una consulta de sus antecedentes penales en la página web de la Rama Judicial.

De otra parte, las causales que se relacionan en el artículo 192 del C.P.P (Ley 906 de 2004)[23], para que proceda la acción de revisión, no se ajustan al presente caso.

En esa medida, no se hace exigible el agotamiento de los recursos procedentes en este caso, por las circunstancias que mantuvieron al margen del proceso al señor Rodríguez León y que serán analizadas en el amparo material.

7.1.3 Principio de inmediatez

El análisis de este requisito merece especial consideración en atención a las circunstancias del caso. En efecto, el accionante conoció de la condena en su contra el 6 de abril de 2018, al hacer una consulta de sus antecedentes penales en la página web de la Rama Judicial. Por lo tanto, si bien la sentencia definitiva en el proceso penal es del 11 de noviembre de 2017, esa fecha no puede tenerse en cuenta a efectos de determinar la inmediatez en la actuación del accionante.

En este caso, la oportunidad en la actuación se valora considerando que el actor interpuso la acción de tutela el 17 de abril de 2018, es decir, transcurridos 11 días desde que se enteró de la sentencia condenatoria dictada en su contra, por lo que la Sala considera que se cumple con el requisito de inmediatez.

7.1.4 Injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada

El requisito se encuentra acreditado, en tanto las presuntas irregularidades procesales, en este caso sobre la notificación del proceso penal y la falta de defensa técnica, tienen

incidencia directa en los derechos fundamentales del actor al debido proceso y a la defensa.

7.1.5 Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de los derechos fundamentales

En la acción de tutela se identificaron clara y razonablemente las actuaciones que comportan la vulneración alegada, consistente en la presunta configuración de un defecto procedimental, teniendo en cuenta que (i) la investigación y el juicio se tramitaron sin que las autoridades correspondientes hubieran notificado oportunamente al actor y, de otra parte, (ii) los defensores públicos, que le fueron asignados, no cumplieron con sus obligaciones, en garantía de sus derechos.

7.1.6 Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela

Al respecto, basta señalar que la providencia que se considera violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa se produjo en el curso de un proceso penal.

Acreditados todos los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, la Sala estudiará la procedencia material del amparo.

7.2 De la procedencia material del amparo

La configuración del defecto procedimental por vinculación del sindicado al proceso penal como persona ausente requiere un análisis exhaustivo de las actuaciones adelantadas por las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo, para ubicar al sindicado y de los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, al momento de verificar que se cumplieran los requisitos para declarar al actor como persona ausente y de forma posterior a tal declaratoria; así como para garantizarle su derecho de defensa.

7.2.1 En este contexto, es preciso recordar que si bien esta corporación reconoce la constitucionalidad de vincular a la persona ausente al proceso penal, pese a las implicaciones que conlleva en el derecho de defensa, esta medida debe estar precedida del despliegue de actividades por parte de las autoridades judiciales, tendientes a notificar de

la existencia del proceso al sindicado.

7.2.1.1 Al respecto, es necesario señalar, en orden cronológico, las diferentes actuaciones desplegadas por las autoridades correspondientes antes de la declaratoria de persona ausente del señor Rodríguez León, en el proceso penal radicado con el No. 76892-60-00-190-2009-00083-00:

(i) Denuncia por el punible de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, presentada por la DIAN en contra de Juan Carlos Rodríguez León, ante la Oficina Seccional de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación-Cali, sin fecha.

(ii) En el formato único de noticia criminal, del 22 de enero de 2009, se indicó que la dirección de la residencia del indiciado era desconocida, al igual que la de su oficina. Sin embargo, se suministró la del establecimiento de comercio Bares y Espectáculos de Colombia S.A., ubicado en la Calle 10 No. 36ª-160 de Yumbo (Valle).

(iii) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 6 de abril de 2011, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuada llamada telefónica al número 6914450, registrado en el RUT, no hubo respuesta alguna.

(iv) El oficio No. 0912 del 23 de noviembre de 2011, se dirigió al señor Juan Carlos Rodríguez León, a la Calle 10 No. 36ª-160 de Yumbo (Valle), solicitándole comparecer el 20 de diciembre de 2011, para adelantar diligencia de interrogatorio, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo.

(v) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 19 de enero de 2012, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuada llamada telefónica al número 6914450, registrado en el RUT, no hubo respuesta alguna.

(vi) El Oficio No. 00994 del 28 de octubre de 2013, se dirigió al señor Rodríguez León, también a la Calle 10 No. 36ª -160 de Yumbo (Valle), solicitándole su comparecencia inmediata para adelantar una diligencia penal, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo.

(vii) El oficio No. 43000-2250 del 21 de noviembre de 2014, enviado por un investigador criminalístico al señor Fiscal Seccional 114 de Yumbo, da cuenta de las consultas efectuadas a las bases de datos de ANI, FOSYGA, RUNT, CIFIN, IGAC, RUE, sin resultados frente a la dirección del indiciado.

(viii) Oficio No. 0200, del 9 de septiembre de 2015, enviado por la División de Gestión Jurídica de la DIAN al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, informándole “verificando la información del Sr. Juan Carlos Rodríguez, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, se puede verificar que dicha persona aparece inscrita para votar el día 09/07/2015, en el puesto LOS CEDRITOS, AV. 9 # 146-40 de BOGOTÁ D.C.”

(ix) A través de oficio No. 1463 del 17 de agosto de 2016, dirigido al CTI-Oficina de Peritos Contables de Cali, el Fiscal Seccional 114 de Yumbo remitió orden a la Policía Judicial, a fin de que sea asignado un perito contable para su ejecución.

(x) Órdenes emitidas por la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo a la Policía Judicial, del 22 de diciembre de 2016, solicitando tarjeta alfabética y antecedentes del ahora accionante.

(xi) El Oficio No. 02429 del 23 de diciembre de 2017 (que por la fecha de la diligencia a la que se cita, se advierte de 2016), se dirigió al Señor Rodríguez León a la Carrera 47 A No. 22-74, apartamento 403 en Bogotá, solicitándole comparecer para adelantar una diligencia penal, el 10 de febrero de 2017, dentro de una investigación por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador que se adelantaba en la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo.

(xii) Oficios sin número, del 23 de diciembre de 2016, a través de los cuales la Fiscalía Seccional 114 de Yumbo solicitó a la Superintendencia Bancaria-Cali, INPEC-Bogotá, Superintendencia de Salud-Cali, Oficina de Instrumentos Públicos y Privados-Cali, DIAN-Cali e Instituto de Medicina Legal-Cali, información que permitiera ubicar al señor Juan Carlos

Rodríguez León.

(xiii) La división de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Seccional Cali, expidió certificación el 2 de marzo de 2017, respecto de que el contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con NIT 805.030.989, no había cancelado las obligaciones determinadas en el oficio persuasivo penalizable No. 5056-0530 (023507), del 27 de junio de 2008, por concepto de ventas del 2006-1, en cuantía de \$959.000. Y, que efectuadas llamadas telefónicas a los números 4402455 y 3127229421, registrados en el RUT, no hubo respuesta frente a la ubicación del ahora accionante.

(xiv) Formato a través del cual se hace la solicitud de audiencia preliminar para declaratoria de persona ausente y formulación de imputación respecto del señor Rodríguez León, del 8 de marzo de 2017. El lugar de ubicación allí reportado fue la Carrera 47 A No. 22-74, apartamento 403, en Bogotá y el número telefónico 2693869.

(xv) Oficio No. 031 620, del 15 de marzo de 2017, suscrito por el Jefe de la Unidad Básica de Investigación Criminal de Yumbo-UBIC, dirigido al Jefe del Laboratorio Regional No. 4 de Cali, con el fin de que se remita copia de foto cédula del señor Rodríguez León.

(xvi) Informe de la Policía Judicial, del 22 de marzo de 2017, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, a través del cual se aporta la tarjeta alfabética del indiciado, Juan Carlos Rodríguez León. Se indicó que se anexaron: Oficio No. 031560 de solicitud de foto cédula; foto cédula del señor Juan Carlos Rodríguez León y otro y oficio No. 0024 de solicitud de antecedentes y anotaciones judiciales.

(xvii) Oficio No. 0054, del 22 de marzo de 2017, suscrito por el Abogado de Representación Externa, del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal, de la División de Gestión Jurídica de la DIAN, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, en el que se advierte “hemos aportado información y seguiremos allegando la que se requiera en busca del éxito de la tarea encomendada, entre otras, las direcciones y ubicación o arraigo del indiciado (...)”.

(xviii) Acta de audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 29 de marzo de 2017, donde se indica que el defensor José Yair Rodríguez no asistió a la diligencia. En esta audiencia se solicitó se declarara persona ausente al señor Juan Carlos Rodríguez León, pues el Fiscal señaló que se

había realizado lo pertinente para ubicar al investigado, sin que eso hubiera sido posible.

Por su parte el Juez ordenó, que de conformidad con el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, antes de la declaratoria de persona ausente, se agote la publicación por edicto emplazatorio, a través de la Secretaría del despacho, durante 5 días y, posteriormente, se envíe éste a la administración judicial, para que se haga la publicación correspondiente en prensa y radio.

(xix) Edicto emplazatorio para el señor Juan Carlos Rodríguez León, fijado por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 31 de marzo de 2017, en el cual se registró como la última dirección de aquel la Carrera 47 A No. 22-74, apartamento 403, en Bogotá.

(xx) Oficio No. 438, del 31 de marzo de 2017, dirigido al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cali, remitiendo el edicto emplazatorio ya referido, para su publicación

(xxi) Página del periódico La República, del 25 de abril de 2017, sección asuntos legales, donde aparece publicado el edicto emplazatorio, ya referido.

(xxii) Constancia del 25 de abril de 2017, expedida por la Radio Huellas, de la lectura del edicto emplazatorio, entre la 1:00 y las 5:00 pm. Sin firma.

(xxiii) Oficio No. 109 enviado por el abogado de representación externa del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal-División de Gestión Jurídica de la DIAN, dirigido al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, del 23 de mayo de 2017, a través del cual se remitió original del certificado de estado de cuenta de la sociedad contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con Nit 805.030.989, con fecha de corte 22 de mayo de 2017.

En la parte final de la certificación allegada con el oficio señalado se indicó “la última dirección reportada del representante Legal corresponde CI 145 # 13 - 48 AP 301 en la ciudad de Bogotá y el teléfono que se tiene en el Rut corresponde al número 314 433 6271 al cual se llamó en varias ocasiones y no se obtuvo respuesta a las múltiples llamadas realizadas.” (Énfasis agregado)

7.2.1.2 A continuación se hará un breve recuento de las actuaciones desarrolladas a partir

de la declaratoria de persona ausente:

(i) Acta de audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017. En esta audiencia se solicitó se declarara persona ausente al señor Juan Carlos Rodríguez León, petición a la que accedió el Juez, “porque se cumplieron todos los requisitos del artículo 127 del C.P.P.” y se le asignó como defensor a Gildardo Ortiz Caicedo, presente en la diligencia. Decisión frente a la cual no se interpusieron recursos.

En la misma audiencia se formuló la imputación en contra del señor Rodríguez León y el Juez la encontró ajustada a derecho.

Se advirtió al imputado sobre la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, en consecuencia, se oficio a la Oficina de Instrumentos Públicos y Secretaría de Transito de Yumbo. Y también se indicó que la formulación de imputación interrumpe los términos de prescripción, según lo dispuesto por el Art. 292 del C.P.P

(ii) Escrito de acusación, del 29 de mayo de 2017, dentro del cual se reportó como dirección de residencia del señor Rodríguez León la Carrera 47 A No. 22-74, apartamento 403, en Bogotá y número telefónico 2693869; y también se indicó que su domicilio principal era la Calle 10 No. 36ª-160 Acopi Yumbo. Además se hizo referencia a la certificación emitida por la DIAN el 22 de mayo de 2017.

Así entonces, se formuló la acusación contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, como autor del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

Se señaló, entre otras cosas, que el defensor del acusado era José Yair Rodríguez Gutiérrez y sus datos de notificación.

(iii) Certificación expedida por abogado de representación externa del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal-División de Gestión Jurídica de la DIAN, del 16 de agosto de 2017, sobre el estado de cuenta de la sociedad contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con Nit 805.030.989, con fecha de corte 22 de mayo de 2017. En cuya parte final se indicó “la última dirección reportada del representante Legal corresponde Cl 145 # 13 - 48 AP 301 en la ciudad de Bogotá y el teléfono que se tiene en el Rut corresponde al

número 314 433 6271 al cual se llamó en varias ocasiones y no se obtuvo respuesta a las múltiples llamadas realizadas.” (Énfasis agregado) Recibida el 17 de agosto de 2017.

(iv) Acta de Audiencia de Formulación de Acusación No. 295, contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, efectuada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 17 de agosto de 2017. Figura como defensor José Yair Rodríguez Gutiérrez.

En las observaciones se señaló, entre otras cosas, que “La defensa sostiene que no tiene observaciones frente al escrito de acusación (...) la fiscalía indica que la defensa ya conoce el escrito de acusación de manera integral, La defensa, da por descubierto el escrito de acusación. La Defensa, solicita se le haga entrega de las copias de las pruebas en que se soporta el punible, dentro de los tres siguientes días hábiles a partir de la presente diligencia, indica que no tiene nada para descubrir hasta el momento que si lo tuviere lo hará en la audiencia preparatoria.”

Se fijó el 20 de octubre de 2017 para llevar a cabo la audiencia preparatoria correspondiente.

(v) Acta de Audiencia Preparatoria No. 389, contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, realizada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 20 de octubre de 2017. Figura como defensor José Yair Gutiérrez.

Se evidencia en la audiencia que la defensa solicitó como prueba testimonial la de Alejandro Botero Cifuentes, Jefe de Gestión de Cobranzas de la DIAN Cali, por ser conocedor de la gestión adelantada frente a la ubicación y cobros a su representado. Sin embargo, no se accedió a decretarla, teniendo en cuenta que al haber sido pedida también por la Fiscalía, el defensor tenía la posibilidad de contrainterrogar. Contra la decisión no se interpuso ningún recurso.

Se fijó el 10 de noviembre de 2017 para la audiencia de inicio de juicio oral.

(vi) Certificación expedida por abogado de representación externa del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal-División de Gestión Jurídica de la DIAN, del 2 de noviembre de 2017, sobre el estado de cuenta de la sociedad contribuyente Bares y Espectáculos de

Colombia S.A., con Nit 805.030.989, con fecha de corte 22 de mayo de 2017. En cuya parte final se indicó “la última dirección reportada del representante Legal corresponde Cl 145 # 13 - 48 AP 301 en la ciudad de Bogotá y el teléfono que se tiene en el Rut corresponde al número 314 433 6271 al cual se llamó en varias ocasiones y no se obtuvo respuesta a las múltiples llamadas realizadas.” (Énfasis agregado) Recibida el 10 de noviembre de 2017.

(vii) Acta de Audiencia de Juicio Oral No. 420, contra el señor Juan Carlos Rodríguez León, realizada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 11 de noviembre de 2017. Aparece como defensor José Yair Gutiérrez.

Dentro de la diligencia el defensor tuvo la posibilidad de contrainterrogar al testigo Alejandro Botero Cifuentes y presentó alegatos de conclusión.

Al ser revelado el sentido condenatorio del fallo, el defensor solicitó se le conceda a su representado la prisión domiciliaria, pues los hechos se generaron antes de la vigencia de la Ley 1709 de 2014.

(viii) Sentencia ordinaria No. 090, emitida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el 11 de noviembre de 2017, a través de la cual se condenó al señor Juan Carlos Rodríguez León a 48 meses de prisión y multa de \$1.918.000 y a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas por un periodo igual al de prisión impuesta, al encontrarlo responsable del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador. No le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, por lo que ordenó se expida la orden de captura correspondiente.

En el aparte de la individualización e identificación del procesado se precisó “JUAN CARLOS RODRÍGUEZ LEÓN, residente para la época de los hechos en la carrera 47ª No. 22-74 Apartamento 403 de Bogotá, Teléfono 2693869.”(Énfasis agregado)

7.2.1.3 De lo anterior se desprende claramente que hasta el 21 de noviembre de 2014 la búsqueda de una dirección donde ubicar al señor Rodríguez León, distinta de la Calle 10 No. 36ª-160 de Yumbo, donde estuvo ubicado el establecimiento de comercio, había sido infructuosa, pues las consultas efectuadas en las bases de datos de ANI, FOSYGA, RUNT, CIFIN, IGAC y RUE no habían arrojado resultados a esos efectos.

Posteriormente, el 9 de septiembre de 2015, la División de Gestión Jurídica de la DIAN informó al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, que “verificando la información del Sr. Juan Carlos Rodríguez, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, se puede verificar que dicha persona aparece inscrita para votar el día 09/07/2015, en el puesto LOS CEDRITOS, AV. 9 # 146-40 de BOGOTÁ D.C.”, lo que podía indicar que su residencia se ubicaba en un lugar cercano al referido puesto de votación, en ésta ciudad. Al efecto, reposa en el expediente oficio No. 02429 del 23 de diciembre de 2016, dirigido al ahora accionante, a la Carrera 47ª No. 22-74, apartamento 403, en Bogotá. A partir de este momento se utiliza esta dirección cuando se hace referencia al señor Rodríguez León, pese que tampoco pudo ser ubicado allí.

No obstante, la búsqueda efectuada, se tiene que el 23 de mayo de 2017, un abogado de representación externa del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal-División de Gestión Jurídica de la DIAN, remitió al Fiscal Seccional 114 de Yumbo certificado de estado de cuenta de la sociedad contribuyente Bares y Espectáculos de Colombia S.A., con Nit 805.030.989, con fecha de corte 22 de mayo de 2017, y a dicho escrito adjuntó certificación del 22 de mayo de 2017, en la cual se precisó que “la última dirección reportada del representante Legal corresponde Cl 145 # 13 - 48 AP 301 en la ciudad de Bogotá y el teléfono que se tiene en el Rut corresponde al número 314 433 6271 al cual se llamó en varias ocasiones y no se obtuvo respuesta a las múltiples llamadas realizadas.” (Énfasis agregado)

Entonces, el mismo día en que tuvo lugar la audiencia preliminar, esto es 23 de mayo de 2017, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, dentro de la cual se declaró persona ausente al señor Juan Carlos Rodríguez León, por encontrarse cumplidos los requisitos señalados en el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004),[24]se le informó al Fiscal Seccional 114 de Yumbo respecto de la dirección aportada por el señor Rodríguez León en el RUT, cual es la Calle 145 No. 13-48, apartamento 301 de Bogotá, la misma a la que alega el ahora actor debieron dirigirse las notificaciones dentro del proceso penal adelantado en su contra, al menos desde el 5 de septiembre de 2016, pues en esa fecha actualizó dicho registro.[25]

Sin embargo, tal información pasó inadvertida para el señor Fiscal Seccional 114 de Yumbo en la fecha señalada y también posteriormente, pues en las diligencias que se adelantaron

en lo sucesivo no se advierte despliegue de actividad alguna, de parte del Fiscal de la causa, con el fin de ubicar al señor Rodríguez León en la última dirección registrada. No obstante, haber citado en el escrito de acusación del 29 de mayo de 2018, la certificación del 22 de mayo de 2018, allegada a su despacho al día siguiente, dentro de la cual se le informó de la dirección dada por el señor Rodríguez León y que obran en el expediente certificaciones del 16 de agosto (recibida el 16 de agosto de 2017)[26] y 2 de noviembre de 2017 (recibida el 10 de noviembre de 2017)[27], expedidas por la DIAN, en donde se ratifica que la última dirección del señor Rodríguez León es la Calle 145 No. 13-48, apartamento 301, en Bogotá.

Por su parte, el Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, consideró que los mecanismos de búsqueda y citaciones, antes reseñadas en el aparte 6.2.1.1, eran suficientes y razonables, para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 127 del C.P.P., es decir, proceder a fijar edicto emplazatorio y a que el mismo sea publicado en un medio radial y de prensa de cobertura local, como en efecto se hizo, y procedió a declarar persona ausente al señor Rodríguez León y, en consecuencia, a designarle un Defensor Público, para que lo representara. No hay prueba en el expediente de que el funcionario haya tenido conocimiento de la certificación enviada al Fiscal Seccional 114 de Yumbo, en la diligencia del 23 de mayo.

No obstante, la publicación del edicto emplazatorio en Radio Huellas (1470 AM) de cobertura en la ciudad de Cali, no cumplió con su propósito, dar a conocer al señor Rodríguez León el proceso que cursaba en su contra, como quiera que para el 23 de abril de 2017, fecha de la lectura del edicto en dicho medio de comunicación, ya se tenía indicios de que el ahora actor se encontraba domiciliado en Bogotá, pues las comunicaciones se libran a esa dirección y, es más, en las actas de las audiencias adelantadas en su contra también aparece registrada como tal.

Ahora bien, el Juez Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, tampoco verificó en las audiencias de formulación de acusación, con acta No.295 (17 de agosto de 2017); preparatoria, con acta No. 389 (20 de octubre de 2017) y de juicio oral, con acta No. 420 (11 de noviembre de 2017), si el órgano de investigación había continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado.[28]

En ese orden de ideas, la Sala reitera que la obligación de las autoridades judiciales para que el sindicado comparezca al proceso no cesa con la vinculación como persona ausente, sino que debe intentarse durante todas las etapas procesales. En contraste, pese a que el Fiscal Seccional 114 de Yumbo tuvo conocimiento, el 23 de mayo de 2017, de la dirección reportada como la última por la DIAN, pues el ahora actor la había actualizado el 5 de septiembre de 2016, no intentó localizarlo para su vinculación al proceso penal seguido en su contra.

De otra parte, El Juez de Garantías tuvo por cumplidos los requisitos del artículo 127 del C.P.P. para declarar persona ausente al señor Rodríguez León, pero no advirtió que el edicto emplazatorio había sido publicado en un medio de radio de cobertura en la ciudad de Cali, cuando la última dirección que se tenía del procesado se ubicaba en Bogotá, es decir la Carrera 47ª No. 22-74, apartamento 403. Y, el Juez de Conocimiento tampoco realizó el control requerido a efectos de que la labor de búsqueda del acusado no hubiera cesado, en perjuicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Lo anterior configura un defecto procedimental, teniendo en consideración que los funcionarios judiciales asumieron una conducta negligente en torno a la ubicación del señor Rodríguez León y la consecuente notificación del proceso penal que se adelantaba en su contra.

7.2.2 Y, en segundo lugar, en razón del incumplimiento de los deberes de los Defensores Públicos que actuaron en su representación, el señor Rodríguez León alegó una forma adicional de vulneración de su derecho de defensa.

Al respecto cabe precisar que (i) en la audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017, en la cual se declaró persona ausente al señor Rodríguez León y se formuló imputación en su contra, por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, se le asignó como defensor público al abogado Gildardo Ortiz Caicedo, quien no interpuso recursos contra tales decisiones.

Sin embargo, el abogado defensor no hizo referencia a las irregularidades presentadas al momento de publicar el edicto emplazatorio, a través de un medio de comunicación radial (Radio Huellas-1470 AM), como ya se explicó, de cobertura en la ciudad de Cali, siendo que

para el 23 de abril de 2017, fecha de la lectura del edicto en dicho medio, la última dirección que se tenía del señor Rodríguez León se ubicaba en Bogotá, es decir la Carrera 47ª No. 22-74, apartamento 403.

(ii) Ahora bien, en la diligencia de formulación de acusación, llevada a cabo por el Juez Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 17 de agosto de 2017, donde fungió como defensor público el abogado José Yair Rodríguez Gutiérrez, se evidenciaron las siguientes actuaciones: “La defensa sostiene que no tiene observaciones frente al escrito de acusación (...) la fiscalía indica que la defensa ya conoce el escrito de acusación de manera integral, La defensa, da por descubierto el escrito de acusación. La Defensa, solicita se le haga entrega de las copias de las pruebas en que se soporta el punible, dentro de los tres siguientes días hábiles a partir de la presente diligencia, indica que no tiene nada para descubrir hasta el momento que si lo tuviere lo hará en la audiencia preparatoria.”

Es claro también que, en el escrito de acusación se hizo referencia a las pruebas documentales en contra del actor, en cuyo numeral 12 se relaciona “Reporte anual de obligaciones por tipo de saldo, al 23 de mayo de 2017”, testigo de acreditación “Dr. José Aldemar Valencia Flóres, apoderado principal DIAN Cali”, escrito al que se anexó la certificación del 22 de mayo de 2017, que contiene la dirección actualizada del señor Rodríguez León.

Una vez el defensor tuvo conocimiento de las pruebas relacionadas en el escrito de acusación debió llamar la atención del Fiscal del caso y del Juez de Conocimiento, para que se procediera a notificar al ahora accionante del proceso penal seguido en su contra, pero fue un hecho que pasó por alto. Y aunque era deber de las autoridades judiciales continuar con la búsqueda del implicado, el defensor debió advertir la omisión y reclamar los derechos de su representado, pero no lo hizo así.

(iii) En la audiencia preparatoria, llevada a cabo por el Juez Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 20 octubre de 2017, dentro de la cual se solicitaron pruebas, se evidencia que el abogado defensor José Yair Rodríguez Gutiérrez solicitó el testimonio de Alejandro Botero Cifuentes, Jefe de Gestión de Cobranzas de la DIAN-Cali, por ser conocedor de la gestión adelantada frente a la ubicación y cobros a su representado.

Aunque ésta no se decretó, por la posibilidad de realizar un contrainterrogatorio, ya que el acusador también la había pedido. Decisión que el defensor público no impugnó. En esta etapa procesal no se evidencia actuación alguna en procura de la notificación al señor Rodríguez León, en la dirección actualizada que aportó la DIAN.

(iv) Finalmente, en la audiencia de juicio oral, realizada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, del 11 de noviembre de 2017, el abogado defensor José Yair Rodríguez Gutiérrez, tuvo la posibilidad de contrainterrogar al testigo Alejandro Botero Cifuentes y presentó alegatos de conclusión. Y, al ser revelado el sentido condenatorio del fallo, solicitó le sea concedida la prisión domiciliaria a su representado, teniendo en cuenta que los hechos se generaron antes de la vigencia de la Ley 1709 de 2014, pero ésta fue descartada por el Juez. Tampoco se observa diligencia dirigida a notificar al señor Rodríguez León, en la última dirección informada por la DIAN.

Entonces, en criterio de la Sala, los defensores públicos cometieron errores protuberantes, al no haber efectuado una revisión exhaustiva de (i) los documentos allegados el 23 de mayo de 2017, necesarios para proceder a declarar ausente a su defendido y no interponer los recursos del caso; y (ii) de las pruebas allegadas con el escrito de acusación, pues caso contrario, habría podido solicitar se notifique a su defendido en la última dirección que éste aportó y ello pudo haber cambiado el curso de la actuación; ya que en su ausencia era difícil solicitar pruebas que permitieran controvertir el hecho punible a aquel endilgado.

Así las cosas, la negligencia de los abogados defensores deja ver que (i) cumplieron un papel meramente formal dentro del proceso; (ii) las deficiencias en la defensa no son imputables al procesado, como ya se señaló en el aparte 7.2.1.3 y (iii) la falta de defensa técnica fue trascendente y determinante en el resultado de la decisión judicial.

En esos términos, la Sala también encuentra configurado un defecto procedimental por falta de defensa técnica.

7.2.3 En virtud de lo expuesto, se revocará la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas No. 2, el 7 de junio de 2018, que confirmó a su vez la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Sala de Decisión Penal, el 8 de mayo de 2018, a través de la cual negó por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Juan Carlos Rodríguez León contra las Fiscalías 114

Local y 114 Seccional de Yumbo (Valle) y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle) y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle), y en su lugar tutelaré los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante.

En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia emitida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali el 11 de noviembre de 2017, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, seguido en contra de Juan Carlos Rodríguez León, por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador y, por consiguiente, se ordenará rehacer el proceso a partir de la declaratoria de persona ausente efectuada en audiencia preliminar por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas No. 2, el 7 de junio de 2018, que confirmó a su vez la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali- Sala de Decisión Penal, el 8 de mayo de 2018, a través de la cual negó por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Juan Carlos Rodríguez León contra las Fiscalías 114 Local y 114 Seccional de Yumbo (Valle) y los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle) y Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle), y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali el 11 de noviembre de 2017, dentro del proceso penal No. 76892-60-00-190-2009-00083-00, seguido en contra de Juan Carlos Rodríguez León, por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador y, en consecuencia, ORDENAR rehacer el proceso a partir de la declaratoria de persona ausente

efectuada en audiencia preliminar por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Yumbo, el 23 de mayo de 2017.

Tercero.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] “El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.//En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo

la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.//

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo.//

[2] Acta No. 420, Sala 21, piso 4, Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, Audiencia de Juicio Oral-Lectura de Sentencia, 11 de noviembre de 2017 (fl. 46 cuaderno principal).

[3] En esta decisión no participó el Magistrado Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear, quien se declaró impedido y cuyo impedimento le fue aceptado a través de providencia del 26 de abril de 2018.

[4] Sentencia C-590 de 2005.

[5] Sentencia C-590 de 2005.

[6] Sentencia T-924 de 2014.

[7] Sentencia C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.

[8] Sentencia C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.

[9] Sentencia C-590 de 2005, ver también T-926 de 2014.

[10] Sentencia T-025 de 2018.

[11] Sentencia T-719 de 2012.

[12] Este postulado fue anunciado desde la sentencia C-592/93 M.P Fabio Morón Díaz.

[13] El artículo 8 sobre Garantías Judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: “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 inculcado 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 inculcado de la acusación formulada; // c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; // e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; // 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. // 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. // 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. // 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (subrayas fuera del texto).

[14] Ver principalmente Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, y Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C. No. 52.

[15] La expresión es tomada literalmente de la sentencia T-1049 de 2012 que, retoma las consideraciones de las sentencias T-450/11 M.P Humberto Sierra Porto y T-831/08 M.P Mauricio González.

[16] Sobre este tema ver las sentencias T-450/11 M.P Humberto Sierra Porto, T-395/10 M.P Jorge Ignacio Pretelt; T-831/08 M.P Mauricio González, T-962/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-068/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-028/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández,

T-784/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, y T-654/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

[17] Ver sentencias T-962/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández y T-068 de 2005 M.P Rodrigo Escobar Gil. Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

[18] Sentencias T-395 de 2010 (M.P Jorge Ignacio Pretelt) y T-654 de 1998 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz). Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

[19] Sentencias T-450 de 2011 (M.P Humberto Sierra Porto), T-831 de 2008 (M.P Mauricio González) y T-068 de 2005 (M.P Rodrigo Escobar Gil). Citadas por la sentencia T-1049 de 2012

[20] Sentencia T-962 de 2007 (M.P Clara Inés Vargas Hernández) Citada por la sentencia T-1049 de 2012

[21] Ver sentencia T-068/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citada por la sentencia T-1049 de 2012

[22] Ver op. cit 32. Citada por la sentencia T-1049 de 2012

ARTÍCULO 192. PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos://1. Cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.//2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella 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 después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será

necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.//5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero.//6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones.//7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.//PARÁGRAFO. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria.

[24] 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.//El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

[25] Tal como consta en la copia de formato de mecanismo digital para servicios electrónicos de la DIAN a nombre del señor Juan Carlos Rodríguez León, con fecha de transacción 5 de septiembre de 2016, obrante a folio 70 del cuaderno principal. Claro está que, según el Decreto 2460 de 2013, el registro debe actualizarse cuando varían los datos personales, como la identificación o ubicación, aunque en el presente caso no se tiene certeza desde cuando el actor reside en la Calle 145 No.13-48, apartamento 301, en esta ciudad.

[26] La firma de recibido es igual a la que aparece en el oficio No. 0109, enviado por la DIAN el 23 de mayo de 2017, al Fiscal Seccional 114 de Yumbo.

[27] *Ibíd.*

[28] Al efecto, se puede ver la sentencia C-591 de 2005, en la que se precisa que “De igual manera, en materia de investigaciones y juicios en ausencia el nuevo sistema procesal penal colombiano presenta determinadas particularidades. En efecto, por regla general, no se puede adelantar proceso penal alguno contra una persona ausente; tan sólo en los casos excepcionales de (i) declaratoria de persona ausente, siempre y cuando el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, haya agotado todos los recursos efectivos disponibles a su alcance y no haya sido posible dar con el paradero del sindicado, el juez de control de garantías procederá a realizar tal declaración, procediéndose a nombrar un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, lo cual no obsta para que durante la etapa de juicio oral el juez de conocimiento verifique si el órgano de investigación ha continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado;(...).” (Subrayas agregadas)

[29] Es decir, calle 10 No. 36ª-160, en Yumbo (Valle) y la carrera 47ª No. 22-74, apartamento 403, en Bogotá.

[30] Ver folios 49, 55 a 69, 70 y 87 del cuaderno principal, entre otros.