

Sentencia T-761/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre requisitos generales y especiales de procedibilidad

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional/DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Jurisprudencia constitucional

En diversas ocasiones, la Corte ha tenido oportunidad de referirse a la figura de la declaratoria de persona ausente en materia penal, concluyendo que si bien se trata de una alternativa procesal que se aviene con los preceptos constitucionales, específicamente la garantía del debido proceso y el normal funcionamiento de la administración de justicia, su utilización es de naturaleza supletoria, lo cual implica que “no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado”. Dicho de otra manera, lo que se impone por parte del Estado, es que la forma de vinculación al proceso penal sea personal, en tanto “el derecho de defensa se garantiza y se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado”, de tal suerte que luego de haberse agotado todos los medios que estén a su alcance, pueda darle continuidad al servicio público de administrar justicia, ya sea porque definitivamente no fue posible hallar el paradero de quien se presume responsable de la comisión de una conducta punible, o porque sencillamente, asumió una actitud contumaz.

PROCESAMIENTO EN AUSENCIA-Contenido y alcance

Durante la vigencia de la Constitución de 1991, los distintos códigos de procedimiento penal han incluido la posibilidad de que el imputado sea declarado persona ausente, ya sea porque no ha sido posible hacerlo comparecer a la diligencia de indagatoria (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000), o a la formulación de la imputación (Ley 906 de 2004). Justamente, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 356 del Decreto 2700 de 1991, la Corte en sentencia C-488 de 1996, precisó los contenidos del procesamiento en ausencia, al indicar (i) la distinción entre el procesado que se oculta y el que no tiene la posibilidad de enterarse de la existencia del proceso; (ii) la importancia de la defensa técnica en esta hipótesis; y (iii) las condiciones o presupuestos que deben concurrir.

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE-Concepto

La declaratoria de persona ausente “es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, (...) sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa.” Del mismo modo, destacó que los procesos penales adelantados bajo esta modalidad, no vulneran el derecho a la igualdad en tanto los sindicados ausentes “cuentan con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el mismo, las cuales pueden ser ejercidas por el defensor que el sindicado nombre o por el defensor de oficio que le asigne el funcionario judicial encargado de adelantar la actuación.”

DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE-Condiciones para su validez

DEFENSOR DE OFICIO-Responsabilidades

IUS PUNIENDI-Jurisprudencia constitucional

FALLAS EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA TECNICA-Criterios para que se configure una causal de procedibilidad de la acción de tutela

Para la Corte no es suficiente con que se presenten fallas en el ejercicio de la defensa técnica para que se configure una causal de procedibilidad de la acción de tutela, “sino que es preciso acreditar que con tales irregularidades se condicionó, en forma decisiva, el contenido de la parte resolutive.” Téngase en cuenta, que el derecho de defensa técnica puede ejercerse de distintos modos, o dicho de otra manera, el abogado defensor tiene la posibilidad de definir su propia estrategia de defensa, razón por la cual la Corte ha precisado estrictos criterios a fin de que proceda la acción de tutela, como consecuencia de la actuación adelantada por el defensor de oficio, a saber: “(i) Que efectivamente se presenten

fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar la vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal. (ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia. (iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales.”

Referencia: expediente T-2908142

Demandante: Gladys Mariana Guerrero Guerrero

Demandado: Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS), y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), con vinculación oficiosa de la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA1

En el trámite de revisión de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 12 de noviembre de 2010, que confirmó la dictada por la Sala Penal de la misma corporación el 12 de octubre de dicho año, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Afirma la accionante que el 2 de agosto de 2010, mientras se encontraba en la oficina de emigración del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), solicitando una prórroga de permanencia en el país para su menor hija, con quien vive en los Estados Unidos de Norteamérica, desde hace aproximadamente 12 años, fue capturada con fundamento en la condena penal impuesta a 64 meses y 15 días de prisión, por los delitos de peculado agravado en la modalidad de tentativa (determinadora) y concierto para delinquir (coautora), sentencia que precisa, hace tránsito a cosa juzgada.

1.2. Comenta que no tuvo conocimiento del proceso penal que finalizó con la condena en su contra, pues “[l]a investigación que transcurrió (...) fue completamente desconocida por mí, como quiera que desde hace algo más de 12 años me encuentro radicada en los Estados Unidos”², y que mientras se desempeñó como abogada de algunos ex trabajadores de FONCOLPUERTOS, para el momento de la liquidación de la entidad, actuó bajo las estrictas normas de honradez profesional y celo absoluto en ejercicio de los mandatos conferidos y siempre de buena fe. De igual modo, manifiesta que las pretensiones de sus poderdantes, estaban soportadas en los documentos aportados, los cuales en todo caso, eran valorados por los despachos judiciales de instancia al momento de dictar las decisiones, con intervención de representantes de FONCOLPUERTOS, que podían hacer uso de los recursos de ley, al punto que “no hubo ninguna que fuera aprobada al margen de la más absoluta legalidad.”³

1.3. De esta manera, estima que al no haber sido notificada del proceso penal “para que desde esa temprana etapa procesal, ejerciera el derecho de defensa”⁴, no contó con la posibilidad de aportar y controvertir pruebas. Del mismo modo, puso de presente que no contó con una adecuada defensa técnica, pues “mi apoderado de oficio no alegó de conclusión más que de manera formal, sin convicción en la primera instancia, pero lo que resulta más aberrante es el NO RECURRIR LA SENTENCIA CONDENATORIA DE PRIMERA

INSTANCIA.”5

1.4. Refiere, que la garantía del derecho de defensa no puede subsanarse con la declaratoria de contumacia o la designación de un defensor de oficio que lleva sin convicción la defensa, ni tampoco es posible partir del supuesto que por la notoriedad del caso de FONCOLPUERTOS, es procedente la notificación por conducta concluyente.

1.5. Para terminar, reconoce que cuenta con la acción de revisión contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, pero que la circunstancia de encontrarse privada de la libertad, teniendo en cuenta que no fue concedido ningún subrogado penal, así como el tiempo que puede tardar en decidirse, hace imperiosa la tutela de sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio, siendo el más imperativo de todos el derecho a la libertad, “única manera de subsanar el perjuicio irremediable de la detención que de manera injusta vengo sufriendo.”6

2. Pretensión

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, y en la medida en que “el fallo condenatorio contra mí proferido deberá ser declarado nulo en otra instancia”7, la accionante pide al juez de tutela como mecanismo transitorio, “se me restituya el derecho a recuperar mi libertad.”8

3. Actuación procesal

3.1. La solicitud de tutela fue presentada el 29 de septiembre de 2010, correspondiéndole por reparto a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que en auto del 30 del mismo mes y año, dispuso avocar el conocimiento del asunto y vincular oficiosamente al trámite constitucional a la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública. Así mismo, ordenó correr traslado a las autoridades judiciales demandadas, a fin de garantizar el derecho de contradicción y para que se pronunciaran acerca de las pretensiones formuladas por la actora.

3.2. Posteriormente, en auto del 11 de octubre del mismo año, el Magistrado Sustanciador, atendiendo la imposibilidad de “determinar si las autoridades judiciales accionadas agotaron

los trámites propios en aras de lograr la comparecencia al proceso de la aquí accionante y verificado telefónicamente con Ejecución de Penas que el asunto se recibió del Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, se ordena que por la Secretaría de la Sala, se solicite a éste último despacho que en el término de la distancia, remita a esta Corporación, la actuación penal que allí se adelantara en contra de GLADYS MARIANA GUERRERO GUERRERO”9, agencia judicial que en oficio N° 1070 del 14 del mismo mes y año, informó “[q]ue revisado el sistema penal acusatorio, no se encontró proceso alguno”10.

4. Oposición de la demanda

4.1. Escrito de la Fiscalía General de la Nación

4.1.1. En escrito del 4 de octubre de 2010, el Fiscal 3° Seccional Delegado de la Estructura de Apoyo para FONCOLPUERTOS de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, solicita la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela promovida por la accionante, bajo el argumento que contó “(...) con todas las oportunidades procesales para controvertir las decisiones de la Fiscalía.”11 Los argumentos en los que sustentó su escrito, son los siguientes:

4.1.2. Sostiene que mediante resolución del 16 de enero de 2002, la Fiscalía 15 de la Unidad Nacional Anticorrupción, decidió llamar a diligencia de indagatoria a la abogada Gladys Mariana Guerrero Guerrero, “con ocasión de la suscripción de las actas de conciliación Nos. 2451, 2452, 2453 y 2545, celebradas entre supuestos representantes de la Empresa Puerto (sic) de Colombia y la abogada GUERRERO en representación de ex trabajadores de la empresa estatal, en diciembre de 1993, por valor total de \$ 20.423.724.956,39.”12

4.1.3. Precisa que las pruebas recaudadas en el proceso penal, permitieron establecer que dichas actas, en cantidad superior a mil (1000), todas con data de diciembre de 1993, fueron celebradas en las inspecciones de trabajo de la regional Atlántico por más de 140 abogados, cuando en realidad se suscribieron entre los años 1996 y 1997, “con el único objetivo de apropiarse de manera ilícita de dineros públicos.”13

4.1.4. Indica que la actora fue citada por diferentes medios para que asistiera a la diligencia de indagatoria, oficiándose por vía telegráfica y por intermedio del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) a la calle 39 N° 43-123 (piso 8, oficina E-21), edificio Las Flores en la

ciudad de Barranquilla, sin que hubiera sido posible lograr su comparecencia, razón por la cual fue declarada persona ausente, el 10 de julio de 2002, designándole defensor de oficio, quien se posesionó el 26 de julio del mismo año. El 1° de agosto siguiente, la investigación fue precluida parcialmente.

4.1.5. Pone de presente que el 20 de diciembre de 2002, fue proferida resolución de acusación por los delitos de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público, en contra de 16 abogados, incluida la actora, en calidad de determinadora del delito de tentativa de estafa agravada, fraude procesal, decisión que fue notificada a su defensor el 20 de enero de 2003, y respecto de la cual no fue interpuesto recurso alguno.

En firme la resolución de acusación, el expediente fue remitido al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS), en el que fue variada la calificación jurídica “de estafa agravada tentada por peculado por apropiación tentado y de fraude procesal por prevaricato por acción”¹⁴, conductas punibles por las que fue condenada la accionante el 30 de noviembre de 2005, sentencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS).

4.1.6. Refiere que esa unidad ha sido la encargada de investigar el caso de corrupción más grande en los últimos años, y que los fiscales adscritos a ella, han mostrado en todas sus actuaciones, no solo en el proceso en el que fue condenada la actora, sino en los demás, “su apego a la Constitución y a la Ley brindando a quienes comparecen ante este Despacho todas las oportunidades legales y garantías procesales para actuar y prueba de ello, es que hasta el momento ninguna de sus determinaciones ha sido arbitraria o consecuencia de vías de hecho porque si no, no hubieren sido confirmadas por los Funcionarios Judiciales que han conocido de las mismas bien por vía de los recursos o por otros mecanismos de legalidad previstos en nuestro ordenamiento procedimental.”¹⁵

4.1.7. Para terminar, expresa que la circunstancia de que los sujetos procesales no hubieran alcanzado una decisión favorable a sus intereses, no es constitutivo de una vía de hecho, ni habilita el ejercicio de la acción de tutela como un tercer recurso. Agrega que desde su llegada al cargo en el año 2006, no ha adelantado ninguna actuación dentro del proceso, por cuanto en ese momento se encontraba en etapa de juicio, habiendo sido proferida la

sentencia de primera instancia, encontrándose en trámite de apelación.

4.2. Escrito del Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá

El titular del despacho, mediante oficio N° 2576 del 4 de octubre de 2010, indicó que el 25 de mayo del mismo año, asumió el conocimiento y vigilancia de la sentencia condenatoria dictada en contra de la accionante, en calidad de determinadora del delito de peculado por apropiación agravado en modalidad de tentativa, y coautora del delito de concierto para delinquir. Del mismo modo, sostuvo que el 30 de enero de 2009, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS), expidió la orden de captura N° 0020 en contra de la señora Guerrero Guerrero para el cumplimiento de la pena, “decisión que se materializó el pasado 2 de agosto del año en curso. En la misma fecha, el Despacho dispuso su conducción al Centro de Reclusión El Buen Pastor y canceló las órdenes de captura expedidas en contra de la penada.”¹⁶

4.3. Escrito del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal

Mediante oficio N° SP ENM 054 del 5 de octubre de 2010, la magistrada encargada de los procesos de FONCOLPUERTOS-CAJANAL, manifestó que no conoció ni tampoco fue ponente de la decisión adoptada en contra de la accionante. Del mismo modo, informó que las actuaciones que adelantó la extinta Sala Penal de Descongestión, fueron devueltas el 22 de enero de 2009 al juzgado de conocimiento.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera instancia

5.1.1. En sentencia del 12 de octubre de 2010, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decidió negar la acción de tutela presentada por la actora, por las razones que a continuación se anotan:

5.1.2. En primer término, señala que esa corporación ha sostenido de manera insistente que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo para controvertir la validez de las decisiones judiciales, y que de conformidad con los elementos de prueba recaudados, se pudo constatar “que las autoridades accionadas agotaron todos los trámites necesarios para

lograr la comparecencia de la accionante, sin resultados positivos, siendo ella la razón por la cual fue declarada persona ausente y con el fin de respetarle los derechos fundamentales, específicamente el derecho de defensa, se le designó defensor de oficio, con quien surtió toda la actuación.”¹⁷

5.1.3. De otra parte, observa que la condena fue impuesta con base en la valoración de las pruebas arrojadas al proceso, lo cual le permitió concluir al juzgador que la accionante debía responder por el ilícito investigado, por lo que se trata de un asunto en el que el juez de tutela no debe inmiscuirse, máxime cuando no se advierte que la determinación a la que se llegó haya desconocido las normas reguladoras de esa actividad procesal.

5.1.4. Finalmente, precisa que las irregularidades planteadas por la accionante pueden ser ventiladas a través de la acción de revisión, lo cual hace improcedente la protección excepcional, más aún, cuando no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, “pues la simple afirmación de la demora en el adelantamiento del trámite de la acción de revisión no comporta la prueba del hecho lesivo que amerite la urgencia protectora, máxime si se tiene en cuenta que la privación de la libertad de la que es objeto actualmente, obedece a la sanción de la pena impuesta con ocasión del proceso penal que se le adelantó, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.”¹⁸

5.2. Segunda instancia

5.2.1. En fallo del 12 de noviembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirmó la decisión del a quo, por no haberse configurado los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

5.2.2. En relación con el primero, destacó el carácter residual de la acción de tutela, lo cual implica que sólo se puede acudir a ella cuando el supuesto afectado no cuente con otros medios de defensa judicial. Dentro del tal contexto, indicó que el reproche constitucional a las decisiones que culminaron con la condena de la accionante no está llamado a prosperar, “pues en la medida en que encuadre en alguna de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal, puede acudir a la acción de revisión”¹⁹. De igual modo, sostuvo que frente a la inconformidad por la gestión llevada a cabo por el defensor de oficio, “la Sala resalta que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para ventilar este tipo de asuntos. Si bien es cierto que este auxiliar está sujeto a los mismos deberes de cualquier apoderado,

al mismo régimen de responsabilidad de los profesionales del derecho, y las obligaciones propias de todo auxiliar de la justicia, existen otras vías distintas del amparo constitucional para invocar las controversias que se puedan suscitar por su desempeño.”²⁰

5.2.3. Frente al segundo, destacó que al haber sido concebida la acción de tutela como un remedio de aplicación urgente para defender un derecho fundamental, debe ejercerse dentro de un término razonable, posterior a la violación o amenaza del derecho fundamental alegado, presupuesto que ha sido desconocido en esta oportunidad, pues la accionante pretende dejar sin efecto una condena que se encuentra en firme desde hace más o menos cuatro años.

5.2.4. En tal virtud, respaldó la decisión del juez de tutela de primer grado que negó la protección constitucional reclamada.

II. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. En proveído del 13 de mayo de 2011, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte, con el fin de verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela, resolvió:

“PRIMERO.- SOLICITAR al Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, remita con destino a esta Sala de Revisión, el expediente completo del proceso penal radicado N° 11001-31-04-010-2004-00009-00, adelantado contra Juan Amaranto Alfonso, Yasmín Ripoll Ochoa, Sara Elena Pérez Rada, Margarita Gutiérrez de Castillejo, Antonio Castillejo de Sales, Jaime Navarro Palomino, Gladys Guerrero Guerrero, Luis Enrique Sulbarán Molina y Jenny Cecilia Pérez Solano, Iris Dalia Vásquez Vargas, Moraima Raquel Majjul Maza y Raquel Charris Ortiz, por los presuntos delitos de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación.

SEGUNDO.- SUSPENDER los términos del presente proceso hasta tanto la prueba solicitada sea remitida y analizada por la Sala de Revisión.”

2. Mediante oficio N° 1980 del 20 del mismo mes y año, la mencionada agencia judicial remitió el expediente solicitado en calidad de préstamo, en el que se pudo constatar que tan

solo reposaban las decisiones que habían sido adoptadas para garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria, echándose de menos las diferentes actuaciones adelantadas en el proceso penal a fin de vincular personalmente a la accionante, antes de que hubiera sido declarada persona ausente. Así mismo, verificado el material probatorio arrimado al expediente de tutela, se encontró que no existía precisión en las fechas de ingreso y salida del país por parte de la señora Guerrero Guerrero. En ese orden de consideraciones, el Magistrado Sustanciador, en auto del 8 de mayo de 2012, dispuso:

“PRIMERO.- OFICIAR a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá (carrera 10 N° 14-33, piso 17), para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, remita con destino al expediente de tutela de la referencia, en calidad de préstamo, el proceso penal completo radicado bajo el número 009-2004, adelantado contra Juan Amaranto Alfonso, Yasmín Ripoll Ochoa, Sara Elena Pérez Rada, Margarita Gutiérrez de Castillejo, Antonio Castillejo de Sales, Jaime Navarro Palomino, Gladys Mariana Guerrero Guerrero, Luis Enrique Sulbarán Molina y Jenny Cecilia Pérez Solano, en el que fueron proferidas sendas decisiones condenatorias por parte del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión de Foncolpuertos, el 30 de noviembre de 2005, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Penal de Descongestión de Foncolpuertos), el 11 de julio de 2006, decisión última que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 2008.

SEGUNDO.- OFICIAR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, indique con destino al expediente de tutela de la referencia, de manera precisa las fechas de ingreso y salida del país de la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, titular de la cédula de ciudadanía 33138579, quien igualmente se ha identificado ante las autoridades migratorias como Gladys Mariana Miller, utilizando para tal efecto su pasaporte americano.”

3. A través de oficio N° UAEMC.OJUR. No. 571 del 23 de mayo de 2012, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, le hizo saber a la Corte los movimientos migratorios que reporta la demandante como ciudadana estadounidense, así:

Nombres y Apellidos

Destino/Proc

Aeropuerto

Ingreso/Salida

Destino final

MILLER GLADYS MARIANA

08/07/2008

MIAMI

RAFAEL NÚÑEZ

Ingreso

WASHINGTON

MILLER GLADYS MARIANA

13/07/2008

MIAMI

RAFAEL NÚÑEZ

Salida

MIAMI

MILLER GLADYS MARIANA

15/06/2010

NEW YORK

Ingreso

WASHINGTON

Del mismo modo, como ciudadana colombiana registra la siguiente información migratoria:

Nombres y Apellidos

Fecha de viaje

Destino/Proc

Aeropuerto

Ingreso/Salida

Destino final²¹

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

29/07/2003

WASHINGTON

EL DORADO

Ingreso

Sin información

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

18/12/2003

MIAMI

EL DORADO

Salida

Sin información

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

15/01/1994

NEW YORK

B/QUILLA

Ingreso

Sin información

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

03/09/1999

NEW YORK

ELD

Salida

Sin información

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

01/03/2000

NEW YORK

ELD

Ingreso

Sin información

GUERRERO GUERRERO GLADYS MARIANA

22/07/2000

MIAMI

CTG

Salida

Sin información

4. Mediante oficio N° DESAJ12-AR-5224 del 9 de agosto de 2012, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, señaló que “aunque dicho expediente se encuentra desarchivado desde el mes de mayo del año en curso y reposa en nuestra oficina principal, no se ha hecho posible el desplazamiento del mismo, debido a que contiene 20 paquetes los cuales impiden su fácil movilidad por su enorme volumen. De acuerdo con lo anterior, esta dependencia le informa que el expediente se encuentra a su disposición en la oficina principal (...); así mismo se solicita sea informado a esta dependencia si no se requiere del expediente en mención, esto a fin de realizar la devolución a la respectiva bodega.”²²

5. En tal virtud, el Magistrado Sustanciador en auto del 4 de septiembre de 2012, dispuso la práctica de una inspección judicial sobre el expediente que contiene el proceso penal, a fin de corroborar las actuaciones adelantadas dentro del trámite judicial para notificar a la accionante de la existencia del proceso penal, antes de acudir a la figura de la declaratoria de persona ausente, diligencia que tuvo lugar el 7 y 10 del mismo mes y año. Como consecuencia de dicha inspección, se allegaron elementos materiales de prueba pertinentes con el objeto de adoptar la decisión de mérito a que haya lugar²³.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias dictadas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.1. Con fundamento en la situación fáctica expuesta, le corresponde establecer a la Corte si en el proceso penal que finalizó con sentencia condenatoria en contra de la accionante, fueron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, libertad, defensa, honra, buen nombre y buena fe, al haber sido declarada persona ausente, en tanto para el momento en el que fue vinculada personalmente al citado proceso mediante diligencia de indagatoria se encontraba fuera del país, y si como consecuencia de ello, no contó con una adecuada defensa técnica.

2.2. A efectos de dar respuesta, la Sala hará referencia (i) a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) al juzgamiento en ausencia y el derecho a la defensa técnica en la jurisprudencia constitucional; y (iii) resolverá el caso concreto.

3. De la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Una de las particularidades que caracteriza al Estado constitucional de derecho, es justamente que la Constitución vincula a todo el poder público y a las relaciones que surgen entre particulares, fenómeno que en la doctrina ha sido llamado el efecto de impregnación o de irradiación constitucional²⁴. De allí, que los jueces estén sometidos a su imperio, cuyo desconocimiento habilitaría el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, frente a eventuales vulneraciones o amenazas, siempre y cuando se atiendan los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, previstos en el artículo 86 Superior, en tanto los jueces se encuentran comprendidos dentro de la categoría autoridad pública²⁵.

3.2. Sobre este último particular, ha sido profusa la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992²⁶, al indicar que la acción de tutela contra providencias judiciales solo procede de manera excepcionalísima²⁷, postura que, además de estar respaldada en el derecho internacional de los derechos humanos²⁸, tiene como basamento el modelo de justicia constitucional que plantea la Carta de 1991, concretamente (i) en el carácter normativo y supremo de la Constitución Política (art. 4°); (ii) en el reconocimiento de la efectividad de los derechos fundamentales (arts. 2° y 85); (iii) en la existencia de la Corte Constitucional, a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y dentro de tal función la de interpretar el alcance de las normas superiores y

proteger los derechos fundamentales (art. 241); y (iv) en la legitimidad que tiene cualquier persona de promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública, en defensa de sus derechos fundamentales (art. 86)²⁹.

3.3. Sin embargo, como es apenas natural, la jurisprudencia constitucional ha presentado una importante evolución que es del caso resaltar. En un primer momento, la Corte desarrolló la tesis de la vía de hecho, circunscribiéndola a la existencia de errores groseros o superlativos en que incurriera una decisión judicial, o que sencillamente no obedeciera a una correcta interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico, con lo cual la protección constitucional estaba encaminada a superar la arbitrariedad y el capricho. Fue sobre esta base, que la Corte estructuró la primera tipología de defectos o vicios, entre los que se encuentran el sustantivo, orgánico, fáctico y procedimental. Al respecto, en temprana jurisprudencia, la Corte dijo³⁰:

“La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la ‘malversación’ de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular.

Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.”

3.4. En un segundo momento, el entendimiento de la expresión vía de hecho fue variando paulatinamente, en la medida en que la Corte identificó otros ámbitos de las decisiones judiciales que estaban desprovistos de arbitrariedad y capricho, pero que en todo caso, resultaban inadmisibles desde el punto de vista constitucional, “[p]or ejemplo, cuando en su decisión incurre en un equívoco no por la negligencia del operador jurídico sino por el error en el que es inducido por otras autoridades; o cuando, en detrimento del derecho a la igualdad, su interpretación de las normas desconoce sin justificación alguna sus propios precedentes o los precedentes sólidos y reiterados que han trazado instancias superiores”³¹. Dentro de este preciso contexto, la Corte destacó la necesidad de hacer un ajuste sustancial a dicha categoría, acogiendo, por considerarla más comprehensiva, la de causales de procedibilidad de la acción, en tanto “la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales está condicionada a la existencia de una violación de un derecho fundamental (art. 86 Superior) como quiera que no fue otro el propósito del constituyente al crear la acción de tutela y al consagrar entre los principios fundamentales del Estado el de la eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 Superior)³². En sentencia T-949 de 200333, la Corte sostuvo:

“[T]odo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.” (Las negrillas son agregadas).

En igual sentido, la Corte en sentencia T-774 de 200434, indicó:

“[L]a Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar “(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas

de procedibilidad.”

3.5. Fue con ocasión de la declaratoria de inexecutable de la expresión “ni acción”³⁵, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004³⁶, que la Corte Constitucional encontró la oportunidad propicia para precisar los presupuestos formales y materiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, retomando claro está la jurisprudencia dictada hasta ese momento, lo cual implicó un cambio cualitativo de notable importancia, pues desde allí se depuró “la idea de que la anulación de los efectos de un fallo judicial por medio de una orden de tutela, es la consecuencia directa de la vulneración de la Constitución, sin más consideraciones adicionales. Esto es, para la procedencia de la acción de tutela no hay vulneraciones más o menos extremas que otras.”³⁷ Dicha orientación, se justifica en “la necesidad de armonizar intereses constitucionales tales como la autonomía de la actividad jurisdiccional del Estado y la seguridad jurídica, junto con la efectiva prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales”³⁸.

3.6. En relación con los primeros, o también llamados requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que en todo caso son concurrentes antes de que el juez constitucional examine el asunto de fondo, destacó los siguientes: (i) que la cuestión que se discuta sea de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios-, al alcance de la persona supuestamente afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que la acción de tutela se hubiere interpuesto dentro de un término razonable y proporcionado a partir del momento en el que se generó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto determinante o una incidencia definitiva en la decisión objeto de reproche constitucional, y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dicha afectación iusfundamental en el proceso judicial, siempre y cuando ello hubiera sido posible; (vi) que la acción de tutela no busque la declaratoria de nulidad de sentencias de tutela.

3.7. Frente a los segundos, denominados requisitos o causales específicas que tienen aplicabilidad una vez ha sido superado el juicio de validez formal, con el objeto de que proceda desde el punto de vista material la acción de tutela contra una providencia judicial,

señalo los siguientes: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido o por consecuencia; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; y (viii) violación directa de la Constitución.

3.8. Recientemente, en sentencia T-217 de 201039, la Corte hizo referencia in extenso a los citados defectos materiales, en los siguientes términos:

“a. En un defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. En un Defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

c. En un defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial,

como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de aplicación:

- La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.

- Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima.

- Para que la acción de tutela pueda proceder por error fáctico, “[e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”.

d. En un defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica

manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

e. En error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

f. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.

g. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

h. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política”.

3.9. Con todo, ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que ha dejado al descubierto, que la posibilidad de controvertir las providencias judiciales mediante el ejercicio de la acción de tutela es, en todo caso, de alcance excepcional y restrictivo, postura compartida por el Consejo de Estado⁴⁰, en atención a que están de por medio los principios constitucionales de los que se desprende el respeto de la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces, y el sometimiento de los conflictos de competencias de éstos⁴¹. En tal virtud, el test de procedibilidad debe superar (i) los requisitos generales; (ii) que la decisión objeto de reproche constitucional haya incurrido en uno o varios de los requisitos específicos o defectos materiales; y (iii) que el defecto sea de tal connotación que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales⁴².

4. El juzgamiento en ausencia y el derecho a la defensa técnica en la jurisprudencia constitucional

4.1. En diversas ocasiones, la Corte ha tenido oportunidad de referirse a la figura de la declaratoria de persona ausente en materia penal⁴³, concluyendo que si bien se trata de una alternativa procesal que se aviene con los preceptos constitucionales, específicamente la garantía del debido proceso y el normal funcionamiento de la administración de justicia⁴⁴, su utilización es de naturaleza supletoria, lo cual implica que “no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado”.⁴⁵ Dicho de otra manera, lo que se impone por parte del Estado, es que la forma de vinculación al proceso penal sea personal, en tanto “el derecho de defensa se garantiza y se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado”⁴⁶, de tal suerte que luego de haberse agotado todos los medios que estén a su alcance⁴⁷, pueda darle continuidad al servicio público de administrar justicia, ya sea porque definitivamente no fue posible hallar el paradero de quien se presume responsable de la comisión de una conducta punible, o porque sencillamente, asumió una actitud contumaz⁴⁸.

4.2. Durante la vigencia de la Constitución de 1991, los distintos códigos de procedimiento

penal han incluido la posibilidad de que el imputado sea declarado persona ausente, ya sea porque no ha sido posible hacerlo comparecer a la diligencia de indagatoria (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000), o a la formulación de la imputación (Ley 906 de 2004)⁴⁹. Justamente, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 356 del Decreto 2700 de 1991⁵⁰, la Corte en sentencia C-488 de 1996⁵¹, precisó los contenidos del procesamiento en ausencia, al indicar (i) la distinción entre el procesado que se oculta y el que no tiene la posibilidad de enterarse de la existencia del proceso; (ii) la importancia de la defensa técnica en esta hipótesis; y (iii) las condiciones o presupuestos que deben concurrir. En aquella ocasión, la Corte expresó:

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

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

Quien obre en representación del procesado debe ser un profesional idóneo que dado su conocimiento especializado en la materia, garantice plenamente los derechos fundamentales del procesado y haga respetar el debido proceso, pues la falta de diligencia por parte del apoderado en el cumplimiento de sus deberes da lugar a la imposición de sanciones disciplinarias.

(...) El artículo 356 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos para la declaración de persona ausente. Estos son:

1) Sólo se puede declarar persona ausente a quien esté debidamente identificado. Es decir, no basta solamente conocer el nombre del procesado, sino que es necesario establecer su individualidad, con datos tales como edad, filiación, documento de identidad, lugar de origen y residencia, historia escolar, laboral, etc, que también se exigen respecto del indagado (art. 359 C. de P.P.), con lo cual se busca amparar no sólo al sindicado, sino a terceros que eventualmente puedan verse comprometidos en una acción penal por razones de homonimia.

(...)

2) Previamente a la declaración de persona ausente, el fiscal debe realizar todas las diligencias necesarias utilizando los medios y recursos idóneos con el fin de comunicar al imputado la existencia de un proceso en su contra.

(...)

3) Para una real garantía del derecho de defensa, (...) un requisito que debe cumplirse al tiempo con la declaración de persona ausente, (...) es el deber de la autoridad judicial competente de designar un defensor de oficio que represente al procesado con el fin de que se le garantice el respeto por sus derechos constitucionales y legales, mediante el ejercicio de todas las facultades estatuidas para ello, a saber: solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen en contra, presentar alegaciones, impugnar las decisiones que le sean adversas, etc. (...)

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

4.3. De esta manera, consideró que la declaratoria de persona ausente “es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, (...) sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa.” Del mismo modo, destacó que los procesos penales adelantados bajo esta modalidad, no vulneran el derecho a la igualdad en tanto los sindicados ausentes “cuentan con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el mismo, las cuales pueden ser ejercidas por el defensor que el sindicado nombre o por el defensor de oficio que le asigne el funcionario judicial encargado de adelantar la actuación.”⁵²

4.4. Estos lineamientos fueron reiterados por la Corte en la sentencia C-100 de 200353, en la que declaró la constitucionalidad del artículo 344 de la Ley 600 de 200054, haciendo especial precisión en que “la declaratoria de persona ausente es la última ratio frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales.” Posteriormente, en sentencia C-248 de 200455, la Corte, además de destacar que la vinculación del sindicado al proceso penal es una etapa fundamental, advirtió que una indebida vinculación del mismo (ya sea mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente), compromete el derecho de defensa como elemento trascendental del debido proceso. En aquella ocasión, la Corte expresó:

“La vinculación del sindicado a la actuación penal es una de las etapas fundamentales dentro de la estructura del proceso punitivo, pues se trata del momento procesal apto e idóneo para sustentar la legalidad de las fases superiores de dicha actuación penal, como expresión básica del principio de preclusión de los actos procesales. Por ello, sin lugar a dudas, una errónea vinculación del sindicado, ya sea por indagatoria o por declaración de persona ausente, conduce a la privación del ejercicio del derecho de defensa de la persona

indebidamente vinculada y, adicionalmente, invalida dicha actuación procesal, por implicar la afectación sustancial de la garantía fundamental del debido proceso”.

4.5. De igual modo, en el mismo contexto del sistema inquisitivo mixto consagrado en la Ley 600 de 2000, este tribunal aludió que la validez de la declaratoria de persona ausente está condicionada a unos requisitos de orden material y formal, con la precisión de que “el juicio que adelante la autoridad competente para acreditar el cumplimiento de los requisitos que legitimen su procedencia, debe realizarse de manera estricta”. En aquella oportunidad, la Corte dijo:

“En el orden formal se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal, ya sea en todos los casos mediante la orden de citación, o eventualmente, cuando se trate de un delito frente al cual proceda la detención preventiva, y el citado se niega a comparecer, mediante la expedición de la orden de captura. De todas estas diligencias debe dejarse constancia expresa en el expediente (C.P.P. art. 336). (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en la orden de citación o diez (10) días desde que fue proferida la orden de captura. (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante ‘resolución de sustanciación motivada’, en la que se designará defensor de oficio, ‘se establecerá de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes’. (iv) Esta resolución debe notificarse al defensor designado y al Ministerio Público.

En el orden material, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha exigido la constatación de dos factores relevantes para la vinculación del acusado como persona ausente: ‘(i) Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su idoneidad física; y (ii) la evidencia de su renuencia. Una y otra precaven el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a espaldas del vinculado sin ofrecerle oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral’.”

4.6. De allí que haya considerado que la relación jurídico-procesal que surge con la declaratoria de persona ausente, deba ser entendida como una ficción jurídica, que además de darle continuidad a la administración de justicia, conduce ineluctablemente a garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, sin desconocer que “implica una disminución en la intensidad del ejercicio del derecho de defensa, en especial, en el caso de la defensa material”.

4.7. Así mismo, la Corte en sentencia C-591 de 200556, al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 127 de la Ley 906 de 200457, que hace referencia al procedimiento que debe llevarse a cabo cuando se presenta ausencia del imputado, destacó que la línea jurisprudencial construida hasta ese momento sobre la posibilidad de adelantar juicios en ausencia, no es incompatible con el sistema penal de tendencia acusatoria implementado en Colombia mediante el Acto Legislativo 03 de 2002. Sobre el particular, señaló:

“[A]l igual que en el anterior sistema procesal penal, en el nuevo, es la regla general que la persona tiene el derecho a hallarse presente en el proceso, en especial, durante el juicio por cuanto éste se caracteriza por ser oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y ‘con todas las garantías’, entre las cuales, por supuesto, se encuentran las incluidas en el artículo 14 del PIDCP. Lo cual no implica, que de manera excepcional, el juicio pueda adelantarse si a la Fiscalía General de la Nación le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación, o tomar alguna medida que lo afecte, siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación, con el fin de darle plena eficacia, no solo al nuevo sistema procesal penal, sino a la administración de justicia.

De manera que, le corresponde al fiscal respectivo, al solicitarle al juez de control de garantías que declare persona ausente a quien se le formulará una imputación o tomara alguna medida de aseguramiento que lo afecte, demostrar adjuntando los elementos de conocimiento respectivos, que ha insistido en ubicarlo agotando los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del

procesado. De allí que, la creación del juez de control de garantías constituye, sin lugar a dudas, un notorio avance en materia de derechos de la persona declarada ausente, por cuanto, bajo el anterior sistema procesal, aquella decisión era adoptada autónomamente por la Fiscalía. Por el contrario, bajo el nuevo modelo de tendencia acusatoria, corresponde al juez ejercer un estricto control sobre el asunto, y solo podrá declararse a una persona ausente cuando se haya verificado que se han realizado exhaustivamente tales diligencias. Por lo tanto, sólo constatado el agotamiento de suficientes diligencias [que] demuestren que se ha insistido en la búsqueda de la persona, procederá el emplazamiento para considerar satisfecha la obligación estatal de garantizar la comparecencia del imputado al proceso.

De igual manera, los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes deben continuar de manera permanente con posterioridad a la declaratoria de ausencia, los cuales deben ser verificados también por el juez de conocimiento a fin de decidir, en estos excepcionales casos, si se continuaron empleando los mencionados mecanismos de búsqueda a fin de decidir si adelantará o no el juicio ante una verdadera ausencia del procesado, pues de no ser así, deberá procederse al decreto de la nulidad de lo actuado por violación del derecho al debido proceso.”

Con fundamento en lo expuesto, arribó a las siguientes conclusiones:

“1. Es la regla general, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

2. Solo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y

controles judiciales.

3. La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntado los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

4. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio Público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.”

4.8. Ahora bien, una cuestión que adquiere especial relevancia, una vez efectuada la declaratoria de persona ausente, tiene que ver con el derecho a la defensa técnica que

encuentra pleno respaldo en el artículo 29 de la Constitución⁵⁸, al indicar que “[q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”⁵⁹, pues aunque eventualmente puede implicar una merma en la defensa, lo cual se justificaría en algunos casos, en que el profesional del derecho no tendría de primera mano elementos materiales de prueba que le proporcione directamente el sindicado ausente, ello no obsta para que la defensa sea adecuada y diligente, pues de lo contrario incurre en responsabilidad “hasta por culpa levísima, correspondiente al nivel de experto, pues está representando los intereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismos sus derechos.”⁶⁰ En tal virtud, para la Corte no es suficiente con que se presenten fallas en el ejercicio de la defensa técnica para que se configure una causal de procedibilidad de la acción de tutela, “sino que es preciso acreditar que con tales irregularidades se condicionó, en forma decisiva, el contenido de la parte resolutive.”⁶¹ Téngase en cuenta, que el derecho de defensa técnica puede ejercerse de distintos modos, o dicho de otra manera, el abogado defensor tiene la posibilidad de definir su propia estrategia de defensa, razón por la cual la Corte ha precisado estrictos criterios a fin de que proceda la acción de tutela, como consecuencia de la actuación adelantada por el defensor de oficio, a saber⁶²:

“(i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar la vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

(ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

(iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos

fundamentales.”

4.9. Dentro de este contexto, tanto en el procesamiento en ausencia como en relación con el derecho a la defensa técnica, el debido proceso adquiere una especial connotación y trascendencia, por ser el ámbito penal donde esta garantía cobra mayor importancia, en tanto tal como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, “el respeto por los derechos fundamentales constituye tanto el fundamento como el límite del ius puniendi. El fundamento, por cuanto su finalidad es la de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2 C.P.); y el límite, por cuanto en su ejercicio deben respetarse en todo momento, los derechos fundamentales del imputado, así como los principios y valores constitucionales.”⁶³

4.10. En suma, la declaratoria de persona ausente omitiendo los protocolos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como la ausencia de defensa técnica por parte del defensor que ha sido designado de oficio por parte del Estado, se circunscriben al defecto procedimental como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Del mismo modo, sea del caso precisar que no cualquier omisión presentada en el curso de un proceso penal, constituye, por sí misma, una afrenta al derecho fundamental al debido proceso, sino que se hace necesario constatar 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, (ii) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado’.”⁶⁴

5. Análisis y solución del caso concreto

Procede la Sala a efectuar el estudio del asunto materia de revisión, a fin de establecer si la circunstancia de que la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, hubiera sido juzgada y condenada en ausencia, con la asistencia de un defensor de oficio, luego de haber sido vinculada personalmente mediante indagatoria, vulneró sus derechos fundamentales. Para tal efecto, metodológicamente serán verificados inicialmente los presupuestos formales de procedencia de la acción de tutela, examen que en caso de ser superado, habilitará al juez constitucional para determinar si los despachos judiciales demandados incurrieron en un defecto procedimental trascendente que permita tachar de inconstitucionales las sentencias que encontraron penalmente responsable a la accionante.

5.1. Examen de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela promovida por la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero

5.1.1. Que la cuestión sea de evidente relevancia constitucional

5.1.1.1. No duda la Sala en considerar que la discusión que ahora ocupa su atención, es de importancia constitucional, pues se trata de un asunto en el que, a juicio de la accionante, fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, defensa, honra, buen nombre y buena fe, con ocasión de la sentencia condenatoria dictada en su contra, luego de haber sido vinculada al proceso penal como persona ausente, sin que al parecer se hubiera intentado notificar personalmente de la existencia del mismo. De igual modo, porque la defensa técnica no fue llevada, supuestamente, de manera adecuada, al punto que la sentencia condenatoria de primera instancia no fue objeto de recurso de apelación.

5.1.1.2. En tal virtud, la relevancia del asunto radica en que le corresponde al juez constitucional establecer si la decisión de procesamiento en ausencia se encuentra dentro de los límites de la razonabilidad, y si contó con una debida defensa técnica, en tanto está de por medio la libertad como una de las garantías más preciadas del individuo en un Estado democrático.

5.1.2. Que hayan sido agotados los medios de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios-

5.1.2.1. Un parámetro procesal que rige el ejercicio de la acción de tutela, es el requisito de subsidiariedad. Dicho de otra manera, quien se considera afectado por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares (art. 86 de la CP), puede hacer uso de este mecanismo constitucional, siempre y cuando no cuente con otro mecanismo de defensa judicial, lo cual se justifica en la garantía o preservación del reparto de competencias efectuado por el legislador a las distintas jurisdicciones. Al respecto, tanto el artículo 86 de la Constitución como el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establecen los supuestos o las hipótesis de este presupuesto de procedencia de la solicitud de amparo. Así las cosas, ante la existencia de otro medio de protección judicial, la tutela deviene en improcedente, parámetro que no se torna absoluto en tanto frente a la existencia de un perjuicio irremediable⁶⁵, el amparo constitucional tiene la virtualidad de proceder como mecanismo transitorio, siempre y cuando la persona se encuentre frente a una amenaza que haga inaplazable la protección constitucional⁶⁶. Empero, la existencia de dichos medios debe ser

valorada en concreto por parte del juez, función que dista de ser estática, para lo cual deberá atender las circunstancias del caso concreto y de esta manera establecer si se trata de una alternativa procesal eficaz e idónea que permita garantizar la protección de los derechos fundamentales invocados. Dicho de otra manera, la acción de tutela puede desplazar el medio de defensa judicial ordinario, cuando sea evidente su falta de aptitud⁶⁷.

5.1.2.2. En ese orden de ideas, la Corte constata que la accionante cuenta con la acción de revisión consagrada en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), marco adjetivo aplicable al proceso penal que finalizó con la decisión condenatoria, lo cual en principio sería un argumento suficiente para concluir que la acción de tutela es improcedente para establecer si existió la afrenta iusfundamental alegada. Así lo consideró la jurisprudencia constitucional, en un primer momento⁶⁸, al indicar “que en el ordenamiento penal [Decreto 2700 de 1991] existe la acción de revisión (art. 232 C.P.P.), mediante la cual se pueden revivir los procesos cuando ya las decisiones han hecho tránsito a cosa juzgada, con el fin de corregir los errores en que se haya podido incurrir por razón de hechos delictivos del juez o de terceros o por el desconocimiento de la existencia de pruebas durante el trámite judicial, o por cualquiera otra de las causales previstas en la ley, acción a la que bien puede acudir el procesado que no comparezca personalmente al proceso por desconocimiento o porque se oculte, a pesar de que el Estado haya cumplido diligentemente su deber de comunicarle la existencia del proceso, e incluso aunque el procesado ausente haya contado con una adecuada defensa técnica, de la misma manera que puede hacerlo el sindicado que haya estado presente durante todo el curso del proceso.” (Las subrayas y negrillas son agregadas).

No obstante, caso por caso, el juez constitucional deberá constatar la situación particular de quien se considera afectado, a fin de esclarecer si en realidad se trata de un mecanismo idóneo que permite ventilar la discusión acerca de la declaratoria de ausencia y de la falta de defensa técnica. Valga recordar, que la procedencia de la acción de revisión está condicionada a la configuración de causales taxativas establecidas por el legislador, las cuales en todo caso, son de naturaleza restrictiva⁶⁹, y de allí la necesidad de realizar una valoración racional de la situación fáctica y de la posibilidad de que se encuadre en alguna de ellas. En el asunto objeto de estudio, la demandante alega que la vulneración de sus derechos fundamentales gravita alrededor de la falta de notificación personal del proceso penal que finalizó con condena penal en su contra, lo que conllevó el juzgamiento en

ausencia, así como la supuesta precaria defensa técnica ejercida por el defensor de oficio designado por la Fiscalía General de la Nación. Al constatar las hipótesis o los supuestos en que procede este medio de defensa judicial, se tiene que es viable contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6.- Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.”

Bajo este contexto, en principio, no encuentra la Corte que alguna de las citadas causales encuadre en la situación fáctica planteada por la actora en esta oportunidad, poniendo en duda la posibilidad de que ejercite dicha acción, para plantear la discusión que ahora ocupa la atención de la jurisdicción constitucional, lo cual se torna suficiente para concluir que la acción de tutela es el mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo, a fin de esclarecer si la circunstancia de que la demandante hubiera sido condenada en ausencia, y que la estrategia de defensa escogida por su defensor hubiera sido la más adecuada, pusieron en entredicho sus derechos fundamentales. A la misma conclusión arribó este tribunal, claro está en un

contexto fáctico diferente, en la sentencia T-1197 de 200370, en la que el accionante, juzgado en ausencia, aducía que la condena penal impuesta había obedecido a la suplantación que se había presentado del contrato de arrendamiento de un inmueble donde fueron hallados elementos de procesamiento de cocaína. En ese entonces, la Corte destacó que meridianamente se configuraría la mencionada causal quinta, destacando que era insuficiente con alegar la falsedad del medio probatorio que fue determinante para la condena, pues adicionalmente, era necesario aportar una decisión judicial en firme que diera cuenta de que la prueba era falsa, por lo que “mal puede decirse que la acción de revisión es un medio expedito e idóneo para la protección de los derechos del actor”. Del mismo modo, con fundamento en la sentencia C-871 de 200371, concluyó “que la acción de revisión no es la vía idónea para perseguir la nulidad de una sentencia condenatoria que pone fin a un proceso en el cual el sindicado fue declarado persona ausente sin que las autoridades hubiesen hecho lo posible para hacerla comparecer al juicio.”

5.1.2.3. Así las cosas, la acción de revisión, no es en esta ocasión, un mecanismo de defensa idóneo para ventilar la discusión planteada por la accionante, razón que se torna suficiente para considerar que es este escenario constitucional el que goza de aptitud para definir si en realidad sus derechos fundamentales fueron transgredidos. De esta manera, la Corte dará por superado el cumplimiento de este presupuesto de procedencia de la solicitud de amparo contra providencias judiciales.

5.1.3.1. Aun cuando la interposición de la acción de tutela no está sujeta a un término de caducidad, lo cual tiene sentido en consideración a que se trata de un dispositivo procesal de naturaleza constitucional estatuido para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, frente a vulneraciones o amenazas, su ejercicio no puede ser garantizado de manera indefinida, pues ello sería poner en entredicho el principio de seguridad jurídica. Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que la persona que considere afectados sus derechos fundamentales, deberá hacer uso de la acción tutelar dentro de un plazo razonable, correspondiéndole en cada caso concreto al juez de tutela llenar de contenido esta previsión, en tanto se trata de un mandato de optimización⁷². Bajo tal lineamiento, la Corte ha considerado que el paso deliberado de tiempo, no es una razón suficiente para concluir per se que el recurso de amparo debe ser declarado improcedente por no haber sido presentado oportunamente, sino que se hace necesario constatar todas y cada una de las circunstancias en las que se encuentre el solicitante a fin de determinar con

certeza si la razón de la demora obedeció a su incuria o a factores externos que no se encuentran bajo el control de quien pretende la protección constitucional. Solo a manera de ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que aquellas situaciones que plantean una vulneración continuada⁷³, exigen un escrutinio más flexible del requisito de la inmediatez, específicamente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional o de aquellos sectores tradicionalmente vulnerados, respecto de los cuales el Estado ostenta una posición de garante.

5.1.3.2. En orden a lo anterior, con independencia de que las sentencias tenga data del 30 de noviembre de 2005 (Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión - FONCOLPUERTOS-), y 11 de julio de 2006 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión -FONCOLPUERTOS-), la condena impuesta a la accionante tan solo pudo ser ejecutada con posterioridad a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 2 de diciembre de 2008, que no accedió al recurso de casación promovido por la señora Yasmín Ripoll Ochoa. Así las cosas, esta corporación dará por superado el presupuesto de la inmediatez, bajo el argumento de que la accionante tan solo se enteró de la existencia de la sentencia condenatoria, en el momento en el que se hizo efectiva la orden de captura. Se trata de una consideración pro homine que en modo alguno revela la existencia de falencias en el proceso penal, en tanto se trata de un asunto que será verificado por la Corte en el momento de realizar el estudio de fondo del asunto objeto de revisión. Justamente, la circunstancia de que la actora se encuentre privada de la libertad, hace de suyo necesario y sensato que sea emitida una decisión de fondo, ya sea en sentido positivo o negativo, como una forma de garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia (art. 228 de la CP y Ley 270 de 1996, art. 2°).

5.1.4. Que la irregularidad procesal tenga supuestamente un efecto o una incidencia definitiva en la decisión

Según indicó la accionante en la solicitud de tutela, la vulneración de sus derechos fundamentales está cimentada, al parecer, en que no tuvo conocimiento del proceso penal iniciado en su contra, pues para el momento en el que fue vinculada mediante diligencia de indagatoria, se encontraba domiciliada en los Estados Unidos de América, lo cual dio lugar a que la Fiscalía General de la Nación dispusiera la declaratoria de persona ausente y la designación de un defensor de oficio, profesional que, a su juicio, no llevó una adecuada

defensa técnica. En tal virtud, la Sala estima que, de constatarse que se presentaron falencias en la vinculación de la accionante al proceso penal mediante notificación personal o en el ejercicio de la defensa técnica, las sentencias dictadas por las autoridades judiciales demandadas plantearán problemas de inconstitucionalidad, en tanto se vería afectado, primordialmente, el derecho fundamental al debido proceso. No obstante lo anterior, la Sala advierte que al momento de efectuar el estudio de fondo, en relación con la responsabilidad penal endilgada a la demandante, no efectuará ningún juicio de valor, por tratarse de un asunto que escapa de la órbita de competencia del juez constitucional.

5.1.5. Que en el proceso judicial donde hayan sido dictadas las decisiones judiciales objeto de reproche constitucional, el presunto afectado identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos fundamentales vulnerados, siempre y cuando hubiere sido posible

Según indicó la accionante en la solicitud de amparo constitucional, no tuvo conocimiento del proceso penal que finalizó con condena en su contra, circunstancia que no le permitió ejercer una adecuada defensa técnica. En ese orden de ideas, la Corte encuentra que en el curso del citado proceso, la señora Guerrero Guerrero, por obvias razones, no planteó la discusión que ahora pone en consideración de esta jurisdicción. En consecuencia, se trata de un presupuesto que se encuentra satisfecho y que habilita el estudio de fondo.

5.1.6. Que no se trate de tutela contra tutela

5.1.6.1. La acción de tutela promovida por la demandante, pretende dejar sin efectos las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, dictadas en su contra por despachos judiciales que funcionalmente se adscriben a la jurisdicción ordinaria, lo cual descarta que se trate de una controversia en la que se esté discutiendo la legitimidad de una sentencia de tutela.

5.1.6.2. Quedando superadas las causales generales de procedencia de la acción de tutela promovida por la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, pasa a continuación la Corte a determinar si con ocasión de la declaratoria de persona ausente y la defensa técnica llevada a cabo por el defensor de oficio designado, se vieron comprometidos sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, defensa, honra, buen nombre y buena fe, invocados en su escrito de tutela.

5.2. Breve relato de los hechos en los que se enmarca la situación fáctica que dio lugar a la presentación de la acción de tutela

5.2.1. El proceso penal que finalizó con la condena impuesta en contra de la accionante, ahora objeto de reproche constitucional, tuvo su génesis en la diligencia de inspección judicial practicada por el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, a la Dirección Regional del Atlántico del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, “en la que fueron incautadas sendas actas de conciliación cuya legalidad resultó cuestionada”⁷⁴, en la cual se incluyeron las actas N° 2451, 2452, 2453 y 2545 por valor de \$ 20.423.724.956,3975, que fueron suscritas por la accionante como apoderada de varios ex trabajadores de FONCOLPUERTOS, lo cual condujo a que la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, en decisión del 19 de marzo de 1999, dispusiera la apertura formal de la instrucción. La peticionaria fue vinculada al proceso mediante declaratoria de persona ausente efectuada el 10 de julio de 2002⁷⁶, decisión en la que adicionalmente fue designado defensor de oficio, quien tomó posesión del cargo el 26 del mismo mes y año⁷⁷.

5.2.2. Dispuesto el cierre parcial de la investigación respecto de la actora, el 1° de agosto de 2002, fue calificado el mérito del sumario profiriéndose resolución de acusación en su contra “por los delitos de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO en concurso homogéneo en calidad de DETERMINADORA, por la suscripción de las actas Nos. 2451, 2452, 2453, 2545, TENTATIVA DE ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo, FRAUDE PROCESAL en concurso heterogéneo Y CONCIERTO PARA DELINQUIR (sic) calidad de coautor”⁷⁸. De la citada decisión, pueden resaltarse las siguientes consideraciones:

“Son los medios de prueba (sic) que nos permite concluir sin temor a equívocos que las actas de conciliación no fueron oportunas, ni legales, ya que las fechas impuestas en cada uno de estos documentos no son ciertas, porque de acuerdo con las pruebas allegadas legalmente a la presente investigación y lo señalado por varios de estos beneficiarios desvirtúan las disculpas de los abogados (...), quienes señalan que estas actas fueron elaboradas en esas fechas por un acuerdo entre la Empresa y ellos, nótese además como (...) duda de su firma y solo atina a decir que se atiene a los resultados de la prueba grafológica, en igual sentido (...) desconoce su firma en calidad de secretario de (...) que aparece en las actas relacionadas, de donde es evidente que si en verdad hubieran tenido la absoluta certeza de la creación de

esas actas en esas fechas, cual razón para dudar de su firma y de ahí que de acuerdo con los diferentes dictámenes grafológicos resulte falsa la forma de (...) por imitación en las actas que suscribe (...) GLADYS GUERRERO Nos. 2453, 2545, 2452, 2451

(...) Siendo esas mismas consideraciones para aseverar que igualmente la creación de las actas que suscriben (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO, (...) es posterior a las fechas allí indicadas. (...)

Resultando incuestionable que las actas de conciliación suscritas por los abogados (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (...), obedecen a una mentira.

(...) En consecuencia estos documentos públicos suscritos por (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (...), son irreales porque fueron el resultado de una creación falaz de todos aquellos que las suscriben, (...) y otras no fueron suscritas por (...) como las de GLADYS GUERRERO (...).

En consecuencia esa falta de verdad en el contenido de estas actas de conciliación, da como resultado la falsedad ideológica, porque se realiza en el momento en que se extiende el documento y se consigna algo que no concuerda con la verdad de lo expuesto, lo que significa que el documento no es veraz. Con estos documentos se produjo una alteración consciente de un juicio equivocado sobre un hecho concreto, por cuanto allí no dejó consignado que la Empresa Puertos reconocía unos valores por unas supuestas acreencias laborales acordadas entre el representante de ésta y de los trabajadores, avaladas por el Inspector del Trabajo en el último mes de liquidación de la Empresa, aspecto sustancial, ya que tiene apariencia de realidad y se presumen legales, cuando en verdad, como lo hemos anotado, no fueron autorizados esos acuerdos, ni verificados, ni estudiados, pero que en últimas recogen unas cifras encaminadas a causar un perjuicio económico al Estado, ya que éstas documentan una relación jurídica que no fue ordenada por quienes tenían el deber de autorizarla.

(...) Así, todos aquellos que solicitaron o indujeron a su creación como son los abogados (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (...), ya que estos aparecen suscribiendo cada uno de los documentos previamente señalados”

5.2.3. Ejecutoriada la resolución de acusación, se dio inicio a la etapa de juicio,

correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS), en el que se surtieron las audiencias preparatoria⁷⁹ y pública⁸⁰, diligencia última en la que el ente acusador varió la calificación jurídica provisional de la actora, conforme lo establece el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es decir, cambió las conductas de estafa agravada y fraude procesal por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción, ambos en grado de determinadora. Del mismo modo, al momento de dictar sentencia el 30 de noviembre de 2005, encontró penalmente responsable a la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero y decidió condenarla “a la pena principal de NOVENTA Y DOS (92) MESES Y QUINCE (15) DÍAS DE PRISIÓN, por el concurso homogéneo los delitos de peculado por apropiación en grado de tentativa como determinadora bajo concurso homogéneo; falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo en calidad de interviniente; fraude procesal como autora en concurso homogéneo y concierto para delinquir como coautora”. Como pena accesoria, fue inhabilitada para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, así como la prohibición del ejercicio de la profesión de abogada durante cinco (5) años. Las principales razones en las que se apoyó la citada agencia judicial, se mencionan a continuación:

“Del estudio de las probanzas se desprende que se trata de la participación de un número plural de individuos que actuaron en una verdadera empresa criminal, con división de tareas definidas, con un solo designio criminal, un propósito como el de apropiarse de las arcas del Estado, en cuya organización unos ordenaban y otros obedecían, porque la ejecución de diferentes conductas no permitía ser desarrolladas por una sola persona. Es así como, dentro de toda esta compleja actividad, son perfectamente diferenciables las actividades que cada uno de los acusados cumplía en la farsa constituida para defraudar el erario público en su condición de litigantes que actuaban en supuesta representación de extrabajadores, en un contexto global criminal en el cual, como se sabe de los fallos condenatorios ya ejecutoriados que se han proferido en el caso FONCOLPUERTOS, unos en condición de litigantes o representantes de la empresa elaboraban las Actas de conciliación sin soporte fáctico y otros en su condición de inspectores de trabajo, daban fe de la legalidad de los documentos como del acuerdo de voluntades para dotarlos del carácter ejecutivo. En fin, las actividades delictivas desarrolladas por cada uno de sus miembros era necesaria y complementaria para el logro eficiente de su objetivo; esto es, lograr timar los recursos del Estado.

(...) [Q]uien fungió como secretario de las inspecciones de trabajo, afirmó que en diciembre de 1993 no se hicieron más de 30 conciliaciones de la empresa PUERTOS DE COLOMBIA y desconoció su firma en las actas en las que aparece el inspector (...). Por si fuera poco, obra dictamen grafológico realizado a las actas suscritas por GLADYS GUERRERO (Nos. 2453, 2545, 2452, 2451) (...) en las que se probó que la firma de quien allí fungió como supuesto representante de la empresa (...) fue producto de un[a] falsificación por el 'método de imitación'.

(...) Todos los anteriores elementos de juicio, denotan en forma inequívoca que las actas de conciliación, cuya legalidad se discute en este radicado, no fueron elaboradas en el año de 1993 como ellas registran, sino que se efectuaron en data posterior. Ello, aunado a los restantes vicios de falsedad estudiados, traduce que en las Actas (...) 2451, 2452, 2453 (...), 2545, (...) son evidentemente falsas, independientemente de la responsabilidad que recaiga o no en cabeza de cada uno de los procesados.

(...) Como consecuencia de la correspondencia entre lo previsto por el legislador y la conducta de los abogados en las reclamaciones que no encontraron pago, se advierte positivo el juicio de tipicidad del fraude procesal (...). Tal es el caso de las siguientes imputaciones, en concurso homogéneo cuando su número es plural: (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (Acta 2451, 2452, 2453 y 2545) (...).

Los abogados que en supuesta representación de beneficiarios o ex trabajadores de la empresa PUERTOS DE COLOMBIA suscribieron esas actas de conciliación espurias y/o que participaron de su falsedad, se catalogan como determinadores del punible [peculado por apropiación].

(...) Continuando con la idea central, sobre el nivel alcanzado en el iter criminis, que de contera viene a determinar la presencia de tentativa o su exclusión y las consecuencias en el ámbito punitivo cuyo estudio corresponderá a otro capítulo, ha de decirse que el pago o no de las actas de conciliación que logró acreditarse de acuerdo a lo obrante en el plenario, partiendo de las particulares imputaciones a cada procesado, ofrece el siguiente panorama: (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO. No se advierte en el expediente de pago alguno de las Actas Nos. 2451, 2452, 2453 y 2545, por ello, se considera ejecutada la conducta en grado de tentativa. (...).

Las conductas cuya tipicidad quedó demostrada plenamente, se consideran además antijurídicas, puesto que con tales comportamientos se vulneraron sin justa causa y en forma reiterada los bienes jurídicos protegidos por el Estado, como la fe y seguridad públicas, administración pública y la eficaz y recta administración de justicia, frente a las cuales no se vislumbra la existencia de medio de prueba válido que lleve a predicar, a favor de los acusados, que hubiesen actuado amparados en alguna de las causales previstas en el artículo 29 del Decreto 100 de 1980 o 32 de la Ley 599 de 2000, que a la luz del derecho pudiese justificar su actuar.

(...) Entonces, no se remite a duda la confirmación de responsabilidad de los involucrados en este investigativo, toda vez que verificada la existencia de los tipos penales enrostrados no puede deducirse una finalidad distinta a la de esquilmar los bienes del Estado, a través de los delitos que consideraron pertinentes. Y es necesario tener en cuenta que los endilgados son profesionales del derecho de los cuales no es viable predicar algún tipo de falta de conocimiento de lo que hacían, porque evidentemente tuvieron el conocimiento y la voluntad de realización de la conducta punible, no de otro modo puede entenderse que unos abogados, cada cual en su respectivo rol, decidieron elaborar unas actas de conciliación falsas, en cuanto a fecha y contenido.”

5.2.4. Apelada la sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), en decisión del 11 de julio de 2006, modificó la condena penal impuesta a la actora por el a quo, en tanto encontró prescrito el delito de falsedad ideológica en documento público y la absolvió por el delito de fraude procesal. En tal virtud, redujo la pena principal a 64 meses y 15 días de prisión, en calidad de determinadora de la conducta punible de peculado por apropiación agravado en modalidad de tentativa y coautora de concierto para delinquir, y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

5.2.5. Para concluir, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ocasión del recurso extraordinario de casación promovido por uno de los condenados, que en todo caso no fue la ahora accionante, en sentencia del 2 de diciembre de 2008, resolvió no casar el fallo condenatorio de segunda instancia.

5.3. La decisión de la Fiscalía General de la Nación de vincular a la accionante al proceso

penal, mediante declaratoria de persona ausente, es una medida proporcional que no vulneró sus derechos fundamentales y que tiene pleno respaldo constitucional

5.3.1. El cargo de inconstitucional planteado por la actora en esta oportunidad, gravita fundamentalmente alrededor de la supuesta falta de notificación del proceso penal que finalizó con condena en su contra, como quedó indicado en el apartado anterior, teniendo en cuenta que para el momento en el que surgió mérito para vincularla mediante diligencia de indagatoria, se encontraba domiciliada en los Estados Unidos de América, desde “hace algo más de 12 años”⁸¹, omisión que en su sentir, no le permitió hacerse parte, nombrar defensor de confianza y aportar y controvertir pruebas.

5.3.2. Dentro de este preciso contexto, la Corte luego de hacer una valoración racional de las pruebas que obran en el expediente que contiene el proceso penal, objeto de diligencia de inspección judicial en sede de revisión, encuentra que contrario a lo sostenido por la accionante, sus derechos fundamentales fueron garantizados durante las distintas actuaciones judiciales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, mediante providencia del 16 de enero de 2002, el ente acusador dispuso su vinculación para ser escuchada en diligencia de indagatoria, conforme lo establece el artículo 332 de la Ley 600 de 2000, para lo cual, con el apoyo de la Dirección Seccional del CTI de Barranquilla, se libró comunicación a la calle 39 N° 43-123 (piso 8° - E21, edificio Las Flores), quedando establecido que la demandante se encontraba fuera del país para ese momento, de lo cual dio cuenta la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, al indicar según el reporte de movimientos migratorios que la fecha de salida del país, fue el 22 de julio de 2000⁸², sin que hubiera certeza alguna respecto de la fecha de retorno.

Así las cosas, la determinación en abstracto de que la demandante se encontraba por fuera del territorio nacional, solamente conducía a dos alternativas. Por una parte, que el Estado renunciara al *ius puniendi*, actitud claramente contraria a lo establecido en la Constitución Política y que pondría en entredicho los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. En segundo lugar, que acudiera a la figura de la declaratoria de persona ausente, opción legítima que se enmarca en la aspiración constitucional de asegurar a los integrantes del territorio nacional que haya una pronta y cumplida justicia (preámbulo), lo cual en modo alguno subvierte la garantía del debido proceso, pues para ello se debe designar un defensor de oficio. De esta manera, la Fiscalía General de la Nación en

providencia del 10 de julio de 2002, consideró que la figura del procesamiento en ausencia era la más razonable para darle continuidad a la investigación que por defraudación de los recursos del Estado venía adelantando, cumpliendo a juicio de la Corte, los presupuestos formales y materiales establecidos en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, y en la jurisprudencia constitucional, esto es, (i) se adelantaron las diligencias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal⁸³; (ii) la constancia expresa de que la actora no se encontraba en el país quedó en el expediente⁸⁴; (iii) fue acatado el límite temporal de tres (3) días desde la fecha señalada en la orden de citación, antes de acudir al juzgamiento en ausencia⁸⁵; (iv) la resolución en la que se acoge la figura está debidamente motivada, en tanto establece sucintamente los hechos por los cuales se hizo la vinculación, la imputación jurídica provisional y designó defensor de oficio⁸⁶; y (v) la accionante se encontraba plenamente individualizada a fin de evitar situaciones de homonimia⁸⁷.

Bajo ese orden de consideraciones, la Corte en sentencia T-799A de 2011⁸⁸, al decidir una acción de tutela en la que el demandante, quien se logró determinar para el momento en el que fue vinculado a un proceso penal que se encontraba fuera del país, razón por la cual fue menester procesarlo en ausencia, destacó bajo la noción doctrinal de juicio justo, que se trata de una alternativa procesal razonable y proporcionada que no es contraria a la Constitución. En aquella ocasión, expresó:

“Tal como se ha afirmado, la estructura del derecho de defensa, contemplada en el artículo 29 de la Constitución y de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la CIDH se ampara en el principio constitucional del debido proceso (correspondiente a la noción doctrinal de juicio justo) cuya satisfacción consiste en la práctica en asegurar que el imputado tenga la oportunidad de defenderse ‘en las mejores condiciones posibles frente al acusador, superior a él en medios’. Lo que para el caso concreto significó el agotamiento de las distintas diligencias para lograr la ubicación del sindicado; y de hecho, significó su ubicación en abstracto, pues la certeza probatoria que prestó la certificación migratoria del DAS fue justamente que el ciudadano (...) se encontraba fuera del país desde hace más de 5 años atrás al momento en que se decidió declararlo persona ausente. Además, su estatus migratorio reveló igualmente que no tenía fecha cierta de retorno, lo cual permite concluir que contaba con posibilidades de domicilio legal en el país hacia el que migró. Por lo cual el nombramiento de un defensor de oficio se presentó como la opción más razonable ante dicha realidad indagada por el ente acusador.

(...) De este modo, la única posibilidad ante la cual es razonable afirmar que pese a lo anterior se puede calificar a las autoridades judiciales respectivas de inactivas e indiferentes ante la necesidad de enterar al sindicado sobre el proceso penal adelantado en su contra, implicaría sostener que la obligación de vinculación al proceso penal de la persona ausente, en cabeza del acusador, se extiende a su búsqueda fuera del país. Lo que resulta sin duda desproporcionado en relación tanto con las cargas de la Fiscalía, pues ésta adelanta numerosas investigaciones a nivel local sobre las cuales sí resultaría inaceptable que no desplegara las acciones necesarias para vincular a los investigados a los procesos, como también con los medios y recursos de esta entidad, ya que la localización de los ciudadanos colombianos que tienen domicilio en otros países no depende exclusivamente de las actuaciones de las autoridades nacionales, sino también de la colaboración, disponibilidad y medios de las autoridades de los otros países.” (Las subrayas y negrillas son agregadas).

5.3.3. A lo anterior, debe agregarse el deber de diligencia profesional que se cernía sobre la demandante, en tanto sujeto cualificado, desde el momento en el que suscribió las anotadas actas de conciliación, pues desde antes de que se desplazara voluntariamente a territorio extranjero fue un hecho notorio, esto es, de público conocimiento, la investigación que venía adelantando la Fiscalía General de la Nación con el fin de esclarecer la situación anómala que se había presentado en FONCOLPUERTOS. Lo anterior, lleva a concluir que más allá de que su intención hubiera sido domiciliarse en otro país, era su deber tomar las medidas o cuidados necesarios a fin de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 de la CP), pues ciertamente era ineludible su vinculación al proceso penal por haber suscrito los mencionados documentos, omisión que no puede ser alegada en beneficio propio.

5.3.4. En ese orden de ideas, para la Corte la decisión de vinculación mediante declaratoria de persona ausente persigue un fin constitucionalmente legítimo, cual es darle continuidad a la prestación del servicio público de administrar justicia y garantizar los derechos de las víctimas, con la consecuente garantía del debido proceso mediante la designación de un defensor de oficio, luego de que la Fiscalía hubiera constatado que la accionante no se encontraba en el país, de lo cual quedó expresa constancia en el expediente. Así mismo, el procesamiento en ausencia es una figura adecuada e idónea para alcanzar esa finalidad, pues de otra manera el Estado tendría que renunciar a su poder punitivo, es decir, existiría imposibilidad para continuar una investigación penal ya sea porque la persona ha asumido

una actitud contumaz o definitivamente porque no fue posible establecer su paradero, lo cual lleva a colegir que se trata de una medida necesaria en tanto no existe otra que permita obtener el mismo fin constitucional. Bajo estas consideraciones, la tensión constitucional que se plantea en esta oportunidad entre el derecho al debido proceso, manifestado en la posibilidad de acudir a la figura de la declaratoria de persona ausente, y el deber del Estado de investigar las posibles conductas que riñen con el ordenamiento jurídico penal, debe ser decidida a favor de éste en el caso concreto, en tanto goza de una dimensión de peso mayor, pues se reitera, la actividad del ente acusador fue la indicada para intentar ubicar el paradero de la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, quien por la pericia adquirida como abogada especializada en derecho laboral, no podía abandonar el país sin tomar las necesarias precauciones en caso de que fuera vinculada a la investigación penal que se venía adelantando y que era conocida por la opinión pública, pues justamente había suscrito documentos (actas de conciliación) que tenían relación directa con la misma.

5.3.5. Por las razones anotadas, la Corte no advierte vulneración alguna a los derechos fundamentales de la actora, con ocasión de la declaratoria de persona ausente que tuvo lugar en el proceso penal que finalizó con condena en su contra, por lo que el cargo formulado contra las sentencias dictadas por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), será desestimado.

5.4. La estrategia de defensa a la que acudió el defensor de oficio de la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, no vulneró su derecho fundamental al debido proceso

5.4.1. Sin duda alguna, en materia penal, el debido proceso adquiere una connotación especial, específicamente en lo que se refiere a la defensa material o técnica (art. 29 de la CP). La primera, permite que sea directamente la persona que está involucrada en un proceso penal quien ejerza su defensa a fin de desvirtuar la imputación que recae en su contra. La segunda, obliga al Estado una vez se ha determinado que la persona vinculada al proceso ha asumido una actitud de contumacia o no ha sido posible vincularlo de manera personal, a designar un defensor de oficio. En este supuesto, aunque puede presentarse una disminución o limitación del derecho de defensa, debido a la imposibilidad razonable, en algunos casos, de acceder a elementos materiales de prueba que se pueden encontrar en poder del imputado, ello no obsta para que con las pruebas que se encuentren al alcance del

abogado, efectúe una adecuada defensa técnica, además de ser un deber que le impone la profesión, lo cual incluye las diferentes estrategias de defensa atendiendo las especificidades de cada proceso⁸⁹. Por tal razón, la jurisprudencia constitucional ha considerado que no cualquier falla en el ejercicio de esta modalidad de defensa, conlleva la vulneración del debido proceso, sino que debe ser de tal entidad que influya sustancialmente en la decisión, lo cual no ocurre en esta ocasión.

5.4.2. En orden a lo anterior, la Corte advierte a partir de las actuaciones que reposan en el proceso penal, que el defensor de oficio utilizó el silencio como estrategia de defensa, alternativa que ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional, siempre y cuando se realice dentro de los límites de la razonabilidad y no obedezca a una actitud negligente, lo cual implica ejercer un silencio o pasividad absoluta. Al respecto, ha considerado que “[e]n lo que hace a la defensa técnica, el silencio también puede ser interpretado como una estrategia legítima en procura de los intereses del sindicado, por supuesto cuando las circunstancias así lo aconsejen, siempre dentro de los prudentes límites de la razón y con miras a la defensa de los intereses del procesado”, actitud que se justifica en el principio de presunción de inocencia, en virtud del cual “es el Estado quien debe probar no sólo la ocurrencia de un hecho punible sino la responsabilidad del acusado.”⁹⁰ De igual manera, se trata de una estrategia plausible en la medida en que “los defensores cuentan en la materia con un amplio margen de discrecionalidad, con lo cual es necesario demostrar que se presentó una ausencia evidente de la misma.”⁹¹

Del mismo modo, esta corporación ha destacado como garantía del derecho a la no autoincriminación que “el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso. Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquella cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción

que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus delegados.”⁹²

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sobre este particular ha señalado que “[l]a pasividad del defensor no puede concebirse per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, la no interposición de recursos o la falta de notificación de algunas decisiones, no necesariamente revelan negligencia pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para los momentos propicios la exposición de los argumentos defensivos, sobre todo en aquellos casos en los cuales existe amplia y sólida demostración de cargo.”⁹³ Así mismo, ha precisado que el derecho a la defensa técnica del procesado admite “el silencio del abogado como estrategia defensiva, a condición de que al tiempo haya asumido una actitud vigilante de la actividad procesal. Y se trata de un criterio que resulta compatible con la autonomía en el desempeño de esa profesión liberal, que en modo alguno se aviene con ‘la carga de contribuir a la demostración de los puntos que competen a los intereses que defiende’. (...) En consecuencia, dejar de allegar evidencias o de solicitarlas es una opción defensiva perfectamente viable que el abogado asume con los riesgos respectivos y que se explica en la vigencia de la presunción de inocencia, del principio del in dubio pro reo y en la circunstancia de que la carga de probar es del Estado, el cual igual cuenta con la obligación de investigación integral, que compromete la noción de debido proceso y tiene que cumplir con independencia de la actividad realizada por la[s] partes.”⁹⁴

Esa particularidad concreta, se vislumbra en el asunto objeto de estudio en tanto el abogado, quien valga indicar asistió a las diligencias que fue citado, guardó silencio hasta la audiencia pública, oportunidad en la que ejercitó adecuadamente el derecho a la defensa técnica presentando su teoría del caso, en la que puso de presente la dificultad de llevarla a cabo debido a que no fue posible encontrar a la accionante, a pesar de los esfuerzos realizados, lo cual le imposibilitó la recolección de elementos materiales de prueba para desvirtuar la acusación que recaía en su contra. De igual manera, pidió a partir de las pruebas que reposaban en el expediente, su absolución bajo el argumento de que no había incurrido en los delitos por los que se le acusaba, e indicó las razones por las cuales no compartía la variación de la calificación jurídica dispuesta por la Fiscalía General de la Nación. Los

argumentos expuestos en ese momento procesal, fueron los siguientes:

“Efectivamente la defensa es de suma importancia al punto que tiene rango constitucional y legal pero la defensa igualmente se puede dar de acuerdo a los elementos que el abogado pueda tener a su alcance para tal propósito. Cuando me presenté ante la fiscalía especializada para asumir la defensa de estos tres colegas [incluye a Gladys Mariana Guerrero Guerrero], de oficio, por la naturaleza del caso, desafortunadamente no encontré sino unas actas, unos poderes, donde comprometían a mis defendidos. En varias oportunidades traté de comunicarme con estos abogados, hablé con unos colegas para que por cualquier medio se comunicaran con el suscrito con el fin de que acreditaran pruebas, documentos que desvirtuaran las acusaciones que en su contra pesaban. Acciones que fueron infructuosas, sin embargo la defensa encuentra que el actuar de los colegas abogados se ajustó a la ley, se ajustó a la constitución, no hubo mala fe, [de] los poderes no podemos endilgar una falsedad en un poder cuando los profesionales entendemos que para asumir la defensa en cualquier área del derecho previamente atendemos a nuestro cliente, consultamos con él, tenemos una entrevista y de ahí se desprende que el abogado asuma o no la defensa. Estoy seguro que los DRS. GLADYS (...) previamente al asumir la defensa de los intereses en un proceso laboral consultaron con sus clientes, y seguramente no los presionaron ellos voluntariamente [y] otorgaron ese poder. Desafortunadamente la fiscalía en etapa instructiva y eso lo observé en el proceso no acreditó la prueba testimonial de estos señores poderdantes. Entonces, la primera presunción que tiene la defensa de los colegas es que no hubo mala fe por parte de los abogados. Otro aspecto para debatir en esta audiencia (...) de conformidad a la resolución de acusación es si están incurso en los delitos de estafa, estafa agravada o peculado. Igualmente observa la defensa [que] en esta calificación de la conducta de los procesados existe una generalidad, realmente en la resolución de acusación se menciona que son responsables por la firma de unos poderes, pero en ninguna parte de la resolución no del proceso (sic) cuáles fueron las cuantías o sumas de dinero que los abogados que defiendo se apropiaron para su propio pecunio. En consecuencia no es clara la resolución, como tampoco aparece claro en el expediente esta responsabilidad o cargos que se le imputan a mis prohijados. Tampoco puede existir un concierto porque no se ha demostrado que existió la empresa criminal, como abogado litigante la experiencia enseña que cuando nuestros clientes para el caso en materia laboral, no necesitamos concertarnos, consultarles a otros colegas que lleven procesos similares lo que vamos [a] hacer o no con el poder de nuestro cliente. En el caso que nos ocupa simple y llanamente unos ex trabajadores

otorgaron poder a los abogados, ellos asumieron las pretensiones ante las entidades correspondientes, esa condición o calidad de apoderado no da lugar para que [en] la fiscalía se les acuse que pertenecen a una empresa criminal, porque su conducta establece la ley (sic), recibir un poder legalmente autenticado con las respectivas presentaciones personales, asistir a una audiencia de conciliación, presentar una demanda con las consecuencias que posteriormente se presente son actividades o conductas que no están reprimidas por la ley, son conductas del ejercicio de la abogacía, mal puede endilgarse que el trabajo desplegado por estos profesionales constituya una empresa criminal connotable el concierto para delinquir. Volviendo a la propuesta de la fiscalía de modificar la calificación de la conducta, la ley es muy clara en ese sentido y mis defendidos no están incurso en ese tipo de delitos porque se trata de aboga[do]s litigantes que no son servidores públicos. No tienen ningún vínculo con el estado y entonces estamos frente a particulares que deben ser juzgados de acuerdo a los principios naturales que establece la ley. Por lo anterior, y dadas las ambigüedades que uno encuentra al momento de calificar responsabilizar a los inculcados en este caso a mis defendidos, solicito a la señora juez para que al momento de proferir el correspondiente fallo sea de carácter absolutorio.”(Las negrillas son agregadas).

Como puede verse, el defensor de oficio designado ilustró sobre diferentes cuestiones al juez de conocimiento y le brindó importantes elementos de juicio a fin de que adoptara la decisión de mérito, la cual sobre la base de la sana crítica y las reglas de la experiencia derivó en la responsabilidad penal de la accionante, asunto que no es del caso analizar en esta oportunidad, primero, porque se trata de un ámbito que escapa de la esfera de competencia del juez constitucional y, segundo, porque la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela no fue planteada en esos términos por la accionante, lo cual se constituye en un presupuesto formal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda desvirtuada la afirmación realizada por la actora en el escrito de tutela, en el sentido “que mi apoderado de oficio no alegó de conclusión más que de manera formal, sin convicción en la primera instancia”⁹⁵, pues como quedó demostrado la táctica de defensa fue ponderada en tanto expuso diversidad de argumentos para que hubiera sido desestimada la acusación que recaía sobre su prohijada.

5.4.3. Ahora bien, para la Corte puede entenderse como desafortunado el proceder del defensor de oficio al no haber apelado la sentencia condenatoria, como garantía del principio constitucional de doble instancia, decisión que además no era susceptible de grado

jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que en vigencia de la Ley 600 de 2000 (arts. 18 y 203), fue declarado inexecutable mediante sentencia C-760 de 200196. Sin embargo, esa sola circunstancia, en el caso concreto, no resulta suficiente para concluir que se ha configurado una vulneración al debido proceso, en la medida en que no obstante el silencio del defensor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), a partir de los argumentos expuestos en los recursos de apelación formulados por los apoderados de otros condenados, se pronunció sobre su caso, para concluir que había operado el fenómeno de la prescripción respecto del delito de falsedad ideológica en documento público, y encontró equivocado que al haber sido variada la calificación jurídica de la conducta punible de fraude procesal a prevaricato por acción en calidad de determinadora, el juzgador penal de primera instancia hubiera emitido condena respecto de ambos ilícitos, viéndose afectada la imputación fáctica y el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, decisión que hizo extensiva a la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero, con fundamento en el argumento analógico o a simili. Sobre la primera cuestión, señaló:

“Es así, como puede afirmarse que se superó el término establecido en el artículo 83 del Código Penal, dentro de la etapa investigativa antes de surtir ejecutoria el pliego de cargos, porque entre la fecha de comisión del delito (31 de diciembre de 1997) y la firmeza del calificadorio (16 de enero de 2004), transcurrieron seis (6) años y quince (15) días, razón por la cual esta Sala decretará su prescripción, y en consecuencia de ello ordenará a favor de (...) la cesación de procedimiento por dicha conducta punible, decisión que igualmente cobija a quienes no interpusieron recurso de alzada, valga decir, (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (...), por cuanto al encontrarse en la misma situación de hecho, la misma consecuencia de derecho les es aplicable.” 97 (Las negrillas son agregadas).

En relación con el segundo asunto, el mismo despacho judicial anotó:

“[E]l fiscal delegado en la etapa de juicio, solicitó la variación de la calificación jurídica, bajo el entendido que en el caso de autos, la adecuación típica ajustada en su orden, corresponde a las conductas punibles por prevaricato por acción en lugar de fraude procesal y, peculado por apropiación en vez de estafa agravada, siendo aceptada por parte del a quo al proferir la correspondiente sentencia, situación que hasta ese momento estaba ajustada a derecho; la equivocación del juzgado ocurrió cuando, en perjuicio de los implicados, desbordó

gravemente su situación jurídica, en la medida que además de condenarlos por el delito de prevaricato por acción, conforme a la variación; también los declaró responsables por el fraude procesal, razón por la cual, la Sala aprovechará el presente acápite para subsanar dicha irregularidad. (...)

Pero, atendiendo la intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica, el mismo no puede ser cambiado ni extralimitado, por tanto, si se atribuyen otros hechos o una nueva conducta punible, dicha situación quebranta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia. Ello para significar que la variación de la calificación jurídica, en modo alguno implica adición de nuevos cargos, como al parecer lo entendió el a quo.

(...) [S]in embargo, el juez al momento de dictar la sentencia, no solo condenó a los acusados por el delito original (fraude), sino que igualmente lo hizo por el de la nueva adecuación típica (prevaricato), bajo el entendido que existió fraude procesal en aquellos eventos en los cuales no se presentaron las actas de conciliación para su pago y, prevaricato por acción, en las situaciones en que de las mismas se obtuvo su cancelación, situación que quebranta en forma ostensible el principio de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, pues adicionó un delito por el cual no hubo acusación, ni del mismo se hizo mención en la fase investigativa.

(...) [S]iendo congruentes con lo expuesto hasta ahora, y al existir también, absurdamente, fallo de condena por el punible de fraude procesal, que se insiste, no debió emitirse porque se aceptó y acogió la variación jurídica de la Fiscalía frente al mismo, debe revocarse la decisión en ese sentido, y en su lugar, absolver a (...), por tal conducta delictiva, determinación que hace extensiva, a quienes no interpusieron recurso de alzada, pero que igualmente resultaron condenados por ese tipo penal, valga decir, (...) GLADYS GUERRERO GUERRERO (...)"98.

De esta manera, más allá de la omisión en la que hubiera podido incurrir el defensor de oficio de la accionante, que para la Corte no es constitutiva de una afrenta al debido proceso, lo único cierto fue que con ocasión de la declaratoria de prescripción y de absolución efectuada por el funcionario judicial de segunda instancia, esa decisión se hizo extensiva a su caso, lo cual implicó una disminución sensible de la condena penal dictada en su contra, en tanto se redujo en 28 meses.

Más aún, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), fue objeto de recurso extraordinario de casación, el cual, aunque no fue promovido por la accionante, concluyó respecto del delito de concierto para delinquir que “[l]as personas que se asociaron con el propósito de defraudar el patrimonio del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, y de manera concreta el grupo de abogados litigantes a los que se juzgó en este asunto [incluida Gladys Mariana Guerrero Guerrero], desarrollaron a lo largo del tiempo diversas conductas ilícitas, como la elaboración de centenares de actas de conciliación espurias, el cobro de supuestas obligaciones allí contenidas, directamente ante la entidad afectada, en algunos casos y, en otros, por vía judicial con la promoción de diversos procesos ejecutivos ante los juzgados laborales de Barranquilla. De igual modo, hacía parte del objeto delictivo el pago efectivo de los valores contenidos en los títulos falsos aludidos.” Agregó, que “[e]n el proceso aparece demostrado que las gestiones de la empresa delictiva se extendieron, por lo menos, hasta el mes de junio de 1998, pues existe evidencia de que por esa época la administración continuaba realizando pagos ilegales a los extrabajadores de Puertos de Colombia, por las reliquidaciones pensionales establecidas en las actas de conciliación espurias de diciembre de 1993.”⁹⁹

5.4.4. Bajo esas consideraciones, la Corte considera que la sentencia de primera instancia dictada en el curso del proceso penal que finalizó con condena en contra de la actora, fue sometida en todo caso, a los respectivos controles ordinarios y extraordinarios previstos por el legislador, contexto que permite desvirtuar el reparo constitucional planteado respecto del defensor de oficio, en relación con la falta de presentación del recurso de apelación contra la decisión condenatoria, lo cual permite desechar la existencia de una posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso y de los demás que fueron invocados, por no haber sido efectuada una debida defensa técnica.

6. Conclusiones y decisión a proferir

6.1. Tal como ha quedado dilucidado en el caso concreto, la vinculación de la accionante al proceso penal que finalizó con condena en su contra, mediante declaratoria de persona ausente efectuada por la Fiscalía General de la Nación, una vez tuvo certeza de que se encontraba fuera del país, luego de haberlo intentado personalmente, fue una alternativa razonable y proporcional que está en consonancia con el *ius puniendi* del Estado¹⁰⁰. Así

mismo, el silencio como estrategia de defensa a la que acudió el defensor de oficio, fue una opción legítima que no se enmarcó en una actitud pasiva y negligente, en la medida en que la presentación de la teoría del caso fue postergada para la audiencia pública. Finalmente, la circunstancia de que no hubiera apelado la sentencia condenatoria de primera instancia, no es un principio de razón suficiente para considerar vulnerado el debido proceso, pues el juzgador de segunda instancia, oficiosamente, extendió la decisión de prescripción del delito de falsedad ideológica en documento público y de absolución por el ilícito de fraude procesal, a los no recurrentes, incluida por supuesto la accionante, lo cual implicó una disminución de la condena impuesta.

6.2. Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 12 de noviembre de 2010, que confirmó la proferida por la Sala Penal de la misma corporación el 12 de octubre de dicho año, que negó la tutela impetrada por la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero contra el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), con citación oficiosa de la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, por las razones expuestas en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos decretada en el presente asunto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 12 de noviembre de 2010, que confirmó la proferida por la Sala Penal de la misma corporación el 12 de octubre de dicho año, que negó la tutela impetrada por la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero contra el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá de Descongestión (FONCOLPUERTOS) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión (FONCOLPUERTOS), con citación oficiosa de la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, por las razones

expuestas en esta providencia.

TERCERO.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte, DEVOLVER al Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá, el expediente remitido en calidad de préstamo.

CUARTO.- Por la Secretaría General de la Corte, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-761/12

Referencia: expediente T-2908142.

Acción de tutela presentada por Gladys Mariana Guerrero Guerrero contra el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá y otros.

Magistrado sustanciador:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado sustanciador, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto que en el presente asunto no se vulneró ningún derecho fundamental de la accionante, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones¹⁰¹, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (consideración 3ª) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde su expedición.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación (páginas 11 a 18), radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el

artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento¹⁰², de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Sólo en caso de que se diga lo contrario, la mención de los hechos debe entenderse

referida al cuaderno principal.

2 Folio 1.

3 Folio 1.

4 Folio 2.

5 Folio 2.

6 Folio 2.

7 Folio 2.

8 Folio 2.

9 Folio 202.

10 Folio 208.

11 Folio 195.

12 Folio 193.

13 Folio 193.

14 Folio 194.

15 Folio 194.

16 Folio 197.

17 Folio 228.

18 Folio 229.

19 Folio 5 del cuaderno N° 2.

20 Folio 5 ídem.

21 En este reporte, Migración Colombia precisó que no es posible suministrar información sobre destinos finales, ya que la información de salida registrada en el sistema se refiere al primer aeropuerto internacional al que se dirige la aerolínea, por Cali del 01 al 22 de mayo de 2002. Cfr. folio 55 del cuaderno de revisión.

22 Folio 68 ídem.

23 Cfr. folios 74 a 78 ídem. (acta de diligencia de inspección judicial).

24 RICCARDO GUASTINI, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. LUIS PRIETO SANCHÍS, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo (s), Trotta, Madrid, 2009, pp. 49 a 74 y 123 a 158 (Ed. Miguel Carbonell).

25 Sentencia SU-540 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

26 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, véanse las sentencias T-158 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-173 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras muchas.

27 En sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte sobre este particular sostuvo: “Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.” (Las negrillas son agregadas).

28 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2º) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25).

29 Sentencia T-217 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

30 Sentencia T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Sentencia SU-917 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Así mismo, véanse las sentencias SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, T-1180 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1031 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. En esta última providencia, la Corte expuso: “Esta evolución de la jurisprudencia implica que la Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial. No sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”

32 Sentencia T-462 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

33 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

35 C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

36 Esta disposición excluía la posibilidad de presentar acción de tutela contra las sentencias de casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia. A juicio de este Tribunal, esa prohibición desconocía los artículos 4° y 86 de la Constitución.

37 Sentencia T-799A de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

38 Sentencia T-1275 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-417 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

39 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

40 Sentencia del 19 de junio de 2012, Exp. N° 11001-03-15-000-2009-01328-01, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P. María Elizabeth García González. Al respecto, el Consejo de Estado rectificó su jurisprudencia, en el sentido de admitir de manera excepcional

la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así lo dejó expuesto: “De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos fundamentales, de ahí que se haga imperiosa la necesidad de rectificar tal criterio radical y admitir que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.” (Las subrayas y negrillas son agregadas).

41 Sentencia T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, véanse las sentencias SU-424 de 2012, T-973 de 2011, T-968 de 2011, T-419 de 2011, T-018 de 2011, T-707 de 2010, T-285 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

42 Sentencia SU-424 de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

43 Sentencias T-799A de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-508 de 2011 y T-517 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-436 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-105 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-962 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-852 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, T-835 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-737 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-957 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-1110 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-592 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-248 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-1197 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-1107 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-330 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-100 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-062 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-1291 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-171 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-945 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-266 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-040 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, C-657 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, C-627 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell y C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

44 Sentencia T-962 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

46 Sentencia T-799A de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

47 En la citada sentencia T-799A de 2011, la Corte sostuvo que “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. (...) Cabe señalar que esta orden ha estado vigente en los códigos de procedimiento penal que han regido desde la expedición de la Constitución de 1991. Así, el artículo 330 del Decreto 2700 de 1991 establecía que el Fiscal tenía ‘amplias facultades para lograr el éxito de la instrucción y asegurar la comparecencia de los autores o partícipes del hecho punible’. El artículo 356 del mismo decreto sometía la declaratoria de persona ausente a la imposibilidad del funcionario judicial de hacer comparecer al acusado a la declaratoria. De igual manera la Ley 600 de 2000, en su artículo 344 dispone que si ordenada la captura, no fuere posible hacer comparecer al imputado, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Recientemente, la Ley 906 de 2004 dispuso en el artículo 127, que ante la imposibilidad de localizar a quien requiera para formularle la imputación, la solicitud del fiscal para declarar persona ausente al requerido deberá tener adjunto, ‘los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo.’ Como complemento de ello el inciso final del mismo artículo establece que ‘el juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.”

48 En sentencia T-945 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte precisó que resulta violatorio del debido proceso, a la luz de la Constitución Política “el que el aparato judicial decida tramitar en ausencia un proceso penal, sin utilizar previamente las herramientas que tiene a mano para notificar del proceso al sindicado. Si este deber se omite, el juzgamiento en ausencia queda viciado de nulidad, a menos que durante el proceso, los sindicados se apersonen del mismo.”

49 Ídem.

50 La disposición en cita señalaba: “EMPLAZAMIENTO PARA INDAGATORIA. Cuando no

hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco días en un lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio. En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada. Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta, se procederá conforme a lo previsto en este artículo.”

51 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

52 Sentencia C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. La garantía del derecho a la igualdad entre el imputado presente y ausente, también fue puesta de presente en la sentencia C-627 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

53 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

55 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

56 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

57 La mencionada disposición señala: “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, sí 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 declaración 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.”

59 Los lineamientos jurisprudenciales generales de la defensa técnica, véanse en las sentencias T-131 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-508 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-069 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-069 de 2009 y T-962 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-737 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

60 Sentencia T-957 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.

61 Sentencias T-654 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-784 de 2000, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

62 Sentencias T-957 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-776 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra y T-654 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

63 Sentencias C-038 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-737 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

64 Sentencia T-1246 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

65 En relación con los elementos del perjuicio irremediable, véanse entre otras muchas, las sentencias SU-339 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-713 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, SU-1070 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, SU-636 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería y C-225 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

66 La diferencia entre riesgo y amenaza para efectos de determinar si la persona se encuentra frente a un perjuicio irremediable, véase en las sentencias T-339 y T-808 de 2010,

M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

67 Sentencia SU-037 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

68 C-488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

69 C-680 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

70 M. P. Jaime Araújo Rentería.

71 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

72 Sentencias T-828 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-769 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo, T-580 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-302 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez y T-576 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

73 Sentencias T-798 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-584 y 502 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-299 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

74 Folio 8.

75 Folio 117 del cuaderno de revisión.

76 En un primer momento, la señora Gladys Mariana Guerrero Guerrero fue vinculada mediante diligencia de indagatoria, el 16 de enero de 2002.

77 Folio 98 del cuaderno de revisión.

78 Folio 164 ídem.

79 Folios 167 a 178 ídem.

80 Folios 179 a 205 ídem.

81 Folio 1.

82 Folio 58 del cuaderno de revisión.

83 Folios 83 a 83 y 92 ídem.

84 Folio 92 ídem.

85 La citación tiene data del 9 de mayo de 2002 y la resolución que declaró persona ausente a la accionante, es del 10 de julio del mismo año.

87 Idem.

88 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

89 La Corte ha destacado que las estrategias a las que puede acudir un abogado, son las siguientes: (i) la defensa directa, donde el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargo; (ii) la defensa indirecta, donde el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio; (iii) la defensa por excepciones, donde el reproche está centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso. En cualquier de las tres, el silencio como estrategia de defensa, dentro de los límites de la razonabilidad, es una opción legítima. Cfr. sentencia C-069 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

90 Ídem.

91 Sentencia T-028 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-654 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

92 Sentencia C-621 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

93 Sentencia del 3 de agosto de 2005 (casación N° 18109), M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

94 Sentencia del 27 de octubre de 2004 (casación 16217), M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

95 Folio 2.

96 MM. PP. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

97 Folio 124 del cuaderno de revisión.

98 Folios 132, 136 y 138 ídem.

99 Folio 203 del cuaderno N° 1 de ejecución de penas y medidas de seguridad.

100 Sentencia C-205 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

101 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011; y recientemente T-010 de 2012.

102 C-590 de 2005.

25

54