

Sentencia T-385/18



Referencia: Expediente T-6.790.973.

Acción de tutela presentada por Ever Luis Hernández Pineda en contra del Juzgado Penal del Circuito de Lorica (Córdoba).

Magistrado Ponente:
CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de segunda instancia, proferido el 2 de mayo de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (desde ahora la Sala Penal), mediante la cual se confirmó la providencia del Tribunal Superior de Montería, que negó por improcedente la acción de tutela promovida por el señor Ever Luis Hernández Pineda en contra del Juzgado Penal del Circuito de Lorica (Córdoba).

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante auto del 14 de junio de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Seis (6)¹.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

1. El 12 de abril de 2003, en la vereda Villa Concepción del municipio de Lorica (Córdoba), perdió la vida Miguel Jerónimo López González, como consecuencia del ataque con arma blanca de que fue víctima², mientras compartía en una reunión social con amigos.

¹ La Sala de Selección Número Cuatro (4) estuvo integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo (folios 3 a 11, Cdno. 3).

² El protocolo de necropsia reposa en los folios 89 a 91 del Cuaderno (Cdno.) 1 del expediente de la referencia.

2. El 23 de abril de 2003, la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Lórica elaboró el *Informe de Policía* respectivo³. En dicho documento se individualizó a los presuntos responsables del delito y se dejó constancia de haberse adelantado la siguiente diligencia:

“Testimonio de la joven YOELIS DEL CARMEN BALLESTA GONZÁLEZ, [...], quien hace referencia al hecho y señala como únicos responsables de esto hecho [se refiere al homicidio] a los señores HENRY ARTEAGA y EVER HERNÁNDEZ PINEDA, ya que estos eran las únicas personas que estaban hablando con la víctima en el momento en que sucedieron los hechos”.

3. La Fiscalía 26 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Lórica (desde ahora la Fiscalía), mediante decisión del 14 de mayo de 2003⁴, abrió investigación previa⁵ y ordenó, al “jefe de la SIJIN de Lórica”, adelantar las diligencias necesarias para esclarecer las circunstancias en las que falleció el señor Miguel Jerónimo López González.

4. En cumplimiento de dicha orden⁶, de lo que da cuenta el *Informe de Policía Judicial* del 19 de agosto de 2003⁷, se informó del testimonio rendido por Francisco Manuel Babilonia González y de la entrevista “sostenida” con la señora Yoelis Ballesta González, cónyuge de la víctima. También se informó acerca de las “labores de vecindario” adelantadas en el lugar en donde ocurrieron los hechos y, según los cuales, los vecinos aseguraron que “*no cabe duda que los señores ya descritos fueron los que cometieron dicho crimen*”⁸.

5. Con fundamento en el informe policivo y otras diligencias adelantadas durante la etapa preliminar, el 12 de abril de 2004, la Fiscalía decretó la *apertura de instrucción* en contra de Henry Arteaga y Ever Luis Hernández Pineda (accionante)⁹. Además, dispuso, entre otras, escuchar en indagatoria a los referidos y recibir los testimonios de los señores Francisco Manuel Babilonia y José Hilario González Tordecilla.

6. Con el fin de que rindieran indagatoria por la comisión del delito de homicidio, se expidieron las Órdenes de Captura Nos. 0491217 y 0491213¹⁰, en contra de los señores Henry Arteaga y Ever Luis Hernández Pineda, respectivamente. La citación a indagatoria no fue notificada al accionante.

7. Los testimonios decretados no fueron practicados. De una parte, los declarantes no acudieron a la citación de la Fiscalía. De otra parte, pese a que se comisionó al Jefe de la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Lórica

³ Folio 37, Cdno. 1.

⁴ Folio 40, Cdno. 1.

⁵ Es importante tener en cuenta que el proceso penal se inició en vigencia de la Ley 600 del año 2000.

⁶ De lo que da cuenta el *Informe de Policía Judicial* del 19 de agosto de 2003 (fls. 53 y 54, Cdno. 1).

⁷ Fls. 53 y 54, Cdno. 1.

⁸ Fl. 54, Cdno. 1.

⁹ Folios 60 y 61, Cdno. 1.

¹⁰ Folios 62 a 64, Cdno. 1.

para recibir dichos testimonios, este informó, de un lado, que el señor Babilonia había manifestado que ya había rendido declaración en agosto de 2003 y, de otro lado, que no había sido posible ubicar al señor José Hilario González Tordecilla.

8. Teniendo en cuenta que habían transcurrido más de diez días desde la apertura de la investigación sin que se hubiese logrado la comparecencia del accionante al proceso penal, la Fiscalía lo declaró como persona ausente para efectos de continuar el curso normal de las actuaciones¹¹. En consecuencia, se le designó un defensor de oficio.

9. Mediante providencia del 8 de junio de 2005¹², la Fiscalía resolvió la situación jurídica del accionante y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva. Se abstuvo de decretar dicha medida en contra del otro investigado (Henry José Arteaga Pineda) y reiteró la necesidad de recibir el testimonio del señor González Tordecilla. Para los fines de la medida de aseguramiento, consideró lo siguiente: “[existen] *dos testimonios dignos de credibilidad que comprometen seriamente la responsabilidad del procesado EVER LUIS HERNÁNDEZ PINEDA como probable autor responsable del [...] HOMICIDIO*”¹³. Los testimonios a que se hizo referencia fueron los de Yoelis Ballesta González (cónyuge de la víctima) y de Francisco Manuel Babilonia.

10. La decisión fue notificada al defensor de oficio del accionante. Este, sin embargo, no interpuso los recursos procedentes¹⁴. La decisión pretendió ser notificada al accionante mediante oficio remitido por la Fiscalía a la “*Vereda Tragedia, Cgto. Villa Concepción*”¹⁵ en el municipio de Lorica. Esta dirección, según las pruebas del expediente, no correspondía al domicilio del señor Hernández Pineda pues, según informó la cónyuge de la víctima en su declaración, se le podía “*localizar en la Vereda Turbaco*”¹⁶ del corregimiento Villa Concepción del municipio de Lorica.

11. El 6 de septiembre de 2005, José Hilario González Tordecilla rindió su declaración. Entre otras cuestiones, informó que el día de los hechos había tenido problemas con el accionante, pero que se había retirado del lugar antes del fallecimiento del señor López¹⁷.

12. Mediante resolución del 21 de septiembre del 2005, la Fiscalía declaró el cierre de la investigación. La decisión se notificó al defensor de oficio y se pretendió notificar al accionante en la “*Vereda Tragedia, Cgto. Villa Concepción*”¹⁸ del municipio de Lorica. En los términos del artículo 393 de la Ley 600 de 2000 (en adelante CPP), la notificación tenía por objeto que las

¹¹ Fls. 71 y 72, Cdn. 1.

¹² Fls. 74 a 78, Cdn. 1.

¹³ Fl. 77, Cdn. 1.

¹⁴ Fl. 86, Cdn. 1.

¹⁵ Fl. 79, Cdn. 1.

¹⁶ Fl. 39, Cdn. 1.

¹⁷ Fls. 93 y 94, Cdn. 1.

¹⁸ Fl. 98, Cdn. 1.

partes procesales presentaran las solicitudes que consideraran necesarias, “*en relación con las pretensiones sobre la calificación*”¹⁹. La decisión quedó ejecutoriada sin que el defensor de oficio del tutelante presentara solicitud alguna²⁰.

13. Mediante decisión del 19 de octubre de 2005²¹, la Fiscalía profirió “*resolución de acusación* [en contra del accionante] *como probable autor responsable del delito de HOMICIDIO cometido en la persona de MIGUEL JERÓNIMO LÓPEZ GONZÁLEZ*”. Mantuvo vigente la orden de captura en contra del tutelante y decretó la preclusión de la investigación a favor del otro investigado, Henry José Arteaga Pineda.

14. La resolución de acusación fue notificada al defensor público y se pretendió notificar al accionante en la “*Vereda Tragedia, Cgto. Villa Concepción*”²² del municipio de Lorica, sin que hubiesen sido agotados los recursos procedentes.

15. El 21 de noviembre de 2005²³, el Juzgado Penal del Circuito de Lorica avocó el conocimiento del proceso penal adelantado en contra del tutelante²⁴.

16. El término al que se refiere el inciso segundo del artículo 400 del CPP²⁵, de la etapa del juicio, venció el 13 de diciembre de 2005²⁶. El apoderado del accionante²⁷ no solicitó pruebas ni propuso incidente de nulidad alguno.

17. El 16 de marzo de 2007, el juez de conocimiento citó a las partes para celebrar la audiencia preparatoria a la que se refiere el artículo 401 del CPP. Pese a que el defensor de oficio del accionante fue debidamente notificado, no asistió a la diligencia²⁸. En consecuencia, se aplazó y se dispuso “*fixar nueva fecha por auto separado*”²⁹, al considerar que “*la presencia del apoderado de defensa es imprescindible*”³⁰. A pesar de esto, la audiencia preparatoria nunca se llevó a cabo.

18. El 9 de mayo de 2013, el secretario del Juzgado Penal del Circuito de Lorica informó al Juez que el proceso estaba pendiente para fijar fecha para la

¹⁹ Fl. 100, Cdno. 1.

²⁰ Fl. 101, Cdno. 1.

²¹ Fls. 102 a 106, Cdno. 1.

²² Fl. 107, Cdno. 1.

²³ Fl. 111, Cdno. 1.

²⁴ El proveído fue notificado al defensor público y al accionante. A este último en la “*Vereda Tragedia, Cgto. Villa Concepción*” en el municipio de Lorica - Córdoba - (Fl. 116, Cdno. 1).

²⁵ “Artículo 400. Apertura a juicio. Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal. // Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes.”.

²⁶ Fl. 112, Cdno. 1.

²⁷ Al profesional del derecho se le notificó mediante comunicación obrante en el folio 115 del Cdno. 1.

²⁸ Fls. 118 a 121, Cdno. 1.

²⁹ *Ibíd.* (nota folio 122)

³⁰ Fl. 122, Cdno. 1.

audiencia pública de juzgamiento³¹. La diligencia se programó para el 19 de junio del año 2013. Sin embargo, ni la Fiscalía ni el defensor de oficio del tutelante asistieron y, por tanto, la diligencia se reprogramó.

19. Mediante oficio del 8 de septiembre de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Lorica requirió al accionante (Ever Luis Hernández Pineda) para que nombrara un nuevo defensor, en atención a las reiteradas ausencias del abogado de oficio que se le había designado. Esta solicitud pretendió ser notificada en la “*Vereda Tragedia, Cgto. Villa Concepción*”. Dado que el requerimiento no tuvo respuesta, la referida autoridad judicial nombró un nuevo defensor de oficio³².

20. Las partes fueron citadas para celebrar la audiencia pública de juzgamiento el 4 de diciembre de 2014³³. A la diligencia no asistieron ni la Fiscalía ni el nuevo defensor de oficio del accionante.

21. La audiencia pública, finalmente, pudo llevarse a cabo el 16 de marzo de 2015³⁴. En la diligencia, el nuevo defensor de oficio intervino para solicitar que se absolviera al procesado. Se limitó a cuestionar la credibilidad de uno de los testigos (Yoelis Ballesta González), con fundamento en el vínculo matrimonial que tenía con la víctima.

22. El 29 de abril de 2015, el señor Ever Luis Hernández Pineda fue capturado en el municipio de Montería, privado de la libertad y puesto a disposición del Juzgado Penal del Circuito de Lorica.

23. El 23 de junio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Lorica dictó sentencia condenatoria en contra del señor Ever Luis Hernández Pineda³⁵ y le impuso una pena privativa de la libertad de 154 meses (13 años) y la “inhabilitación” para el ejercicio de derechos políticos y funciones públicas. La condena estuvo fundamentada en los 3 testimonios a que se hizo referencia en los fundamentos jurídicos anteriores, recaudados durante la etapa de instrucción. Esta decisión fue notificada a la Fiscalía, al defensor de oficio y al tutelante. A este último, en la cárcel en la que se encontraba privado de su libertad³⁶.

24. La sentencia condenatoria no fue apelada y, por ende, cobró ejecutoria.

³¹ “Artículo 403. Celebración de la audiencia. Llegado el día y la hora para la vista pública, el juez interrogará personalmente al sindicado acerca de los hechos y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad. // De igual manera se podrá escuchar a los funcionarios de policía judicial que intervinieron en la investigación y esclarecimiento de los hechos. // Los sujetos procesales podrán interrogar al sindicado, e inmediatamente se procederá a la práctica de las pruebas, de lo cual se dejará constancia en acta, pudiendo utilizarse los medios mecánicos autorizados en este código.”.

³² Fl. 127, Cdno. 1.

³³ Fl. 130, Cdno. 1.

³⁴ Fls. 133 y 135, Cdno. 1.

³⁵ Fls. 148 a 158, Cdno. 1.

³⁶ Fl. 146, Cdno. 1.

2. Pretensiones y fundamentos

25. El 18 de enero de 2018, Ever Luis Hernández Pineda, por conducto de apoderada judicial³⁷, presentó acción de tutela en contra del Juzgado Penal del Circuito de Lorica, con la pretensión de que se le ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad personal. En consecuencia, solicitó que se declarara la nulidad de la sentencia dictada por dicha autoridad judicial y, por ende, que se ordenara su libertad inmediata.

26. Consideró que la autoridad judicial accionada incurrió en *defecto fáctico* y en *defecto procedimental*.

27. Con relación al primero, aseguró que la autoridad judicial accionada no se habían valorado las siguientes circunstancias al momento de valorar las pruebas del expediente: *i)* que dos de los tres testimonios de cargo se contradecían entre sí en torno a la ocurrencia de los hechos y *ii)* que el tercer testimonio fue rendido por una persona que no había presenciado los hechos. En suma, señaló que las pruebas aportadas al expediente no habían sido debidamente valoradas al dictar la sentencia condenatoria, en el entendido de que las mismas no eran suficientes para concluir la responsabilidad penal del tutelante.

28. Con relación al segundo defecto señaló, por un lado, que la declaratoria como *persona ausente* estuvo viciada de nulidad porque la dirección a la que se hicieron las notificaciones al accionante no correspondía con su lugar de residencia, máxime que la cónyuge de la víctima había proporcionado a la Fiscalía los datos necesarios para ubicar al presunto agresor de su pareja (el aquí accionante). De otro lado, pidió que se tuviera en cuenta que la audiencia preparatoria nunca se había llevado a cabo, pese a que la ley la contemplaba para procesos penales como el que aquí se estudia. Resaltó, además, el hecho de que el accionante nunca contó con una verdadera defensa técnica, en la medida en que el defensor de oficio designado por la Fiscalía no desplegó actuación defensiva alguna, al punto de que no asistió a las diligencias ni interpuso recurso procesal alguno.

29. Solicitó que en la valoración de los requisitos de procedencia de la tutela, especialmente, en cuanto al de inmediatez, se tuviera en cuenta la situación personal del accionante, puntualmente, que no había terminado sus estudios de primaria y que no contaba con los recursos económicos que se requerían para pagar los honorarios de un profesional del derecho.

3. Respuesta de la parte accionada e interesados

³⁷ La apoderada del accionante hace parte del *Proyecto Inocencia* de la Universidad Manuela Beltrán.

30. En el auto admisorio de la acción de tutela, del 22 de enero de 2018³⁸, se ordenó notificar de la solicitud de amparo al Juzgado Penal del Circuito de Lorica. Igualmente, se dispuso vincular al proceso a la Fiscalía 26 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Lorica y a los abogados que tuvieron la calidad de defensores de oficio del accionante.

31. El Juzgado Penal del Circuito de Lorica³⁹ rindió el informe de las actuaciones adelantadas y precisó que, desde que inició el proceso penal, el Despacho judicial estuvo a cargo de cuatro funcionarios distintos.

32. La Fiscalía 26 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Lorica también intervino en esta acción constitucional⁴⁰. Por una parte, aceptó parcialmente la veracidad de las inconsistencias referidas en la demanda de tutela y, por la otra, consideró que las falencias en la defensa técnica le habían sido imputables al accionante. Lo anterior, al considerar que este último, por una parte, pese a saber lo que había hecho, no se había entregado a las autoridades y, por otra parte, porque “*¿sin el protagonista principal como (sic) un abogado [lo] defiende?*”⁴¹.

33. Los abogados vinculados, pese a haber sido notificados⁴², guardaron silencio.

4. Decisiones objeto de revisión

34. El Tribunal Superior de Montería, en sentencia del 2 de febrero de 2018, “*NO TUTEL[Ó] por ser improcedente los derechos invocados por el señor EVER LUIS HERNÁNDEZ PINEDA*”⁴³. Consideró que en el presente caso no se cumplían “*los requisitos específicos de procedibilidad*”⁴⁴ de la tutela contra providencias judiciales. Además, que la decisión reprochada no había vulnerado los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la libertad personal, en el entendido de que la condena impuesta se encontraba “*contemplada dentro de la Ley 599 de 2000, como condena por incurrir en una conducta delictual*”.

35. Igualmente, consideró que al accionante se le había declarado persona ausente luego de no haber sido posible su captura ni lograr su comparecencia al proceso y, en consecuencia, se le había nombrado un defensor de oficio para el ejercicio de la defensa técnica.

36. Manifestó, además, que si bien no se había llevado a cabo la audiencia preparatoria, lo cierto era que ni la Fiscalía ni la defensa del accionante habían

³⁸ Folio 176, Cuaderno 1.

³⁹ La intervención reposa en los folios 195 y 196 del Cdno. 1.

⁴⁰ La intervención obra en los folios 198 y 199 del Cdno. 1.

⁴¹ Fl. 198 (vto.), Cdno. 1.

⁴² Fls. 177 a 193, Cdno. 1.

⁴³ Fl. 218, Cdno 1.

⁴⁴ Ibíd. (Folios 218, Cdno. 1.)

solicitado pruebas ni promovido incidente de nulidad alguno. Además, que la pretermisión de esta etapa no suponía un “*yerro de trascendencia*”.

37. Aseguró que el criterio de valoración probatoria del juez penal estaba amparado por el principio de “*libertad probatoria e interpretativa*” y que el juez de tutela no era competente para cuestionar dicho criterio de interpretación. Agregó que, en todo caso, el fallo estuvo debidamente motivado y se dictó con fundamento en las normas vigentes para ese momento.

38. El 15 de febrero de 2018, la apoderada del accionante impugnó la decisión⁴⁵. Para estos efectos, reiteró los argumentos de la demanda de tutela.

39. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 2 de mayo de 2018⁴⁶, confirmó la decisión impugnada. Consideró que las pruebas del expediente no daban cuenta de las arbitrariedades aducidas por el demandante. En criterio del juez de segunda instancia, los intereses del actor fueron bien representados por el defensor de oficio que se le nombró, quien presentó alegatos antes de que se dictara el fallo objeto de tutela. Aunado a esto, indicó que no se había demostrado que la gestión judicial hubiese sido deficiente.

5. Actuaciones en sede de revisión

40. En auto del 12 de julio de 2018, el magistrado sustanciador dispuso oficiar al Juzgado Penal del Circuito de Lorica para que remitiera, en calidad de préstamo, el expediente del proceso penal en el que se dictó el fallo objeto de la presente acción. Asimismo, el ponente ofició a dicha autoridad para que les informara a los sujetos acreditados como parte civil en el proceso penal de la existencia de esta actuación.

41. El Juzgado Penal del Circuito de Lorica remitió el expediente solicitado en préstamo, sin hacer referencia a cuestiones diferentes a las que informó ante los jueces de tutela de instancia.

42. Los otrora apoderados del accionante guardaron silencio en el trámite de revisión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

43. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

⁴⁵ Fls. 234 a 237, Cuaderno 1.

⁴⁶ Fls. 3 a 14, Cdno. 2.

2. Problema jurídico de procedibilidad

44. Le corresponde a la Sala establecer si la acción de tutela es procedente, por satisfacer los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso de que lo sea, en segundo lugar, le corresponde formular y resolver los problemas jurídicos sustanciales del caso.

45. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio subsidiario y un ejercicio oportuno (inmediatez).

46. En caso de que la acción se interponga contra una autoridad judicial, con el fin de cuestionar una providencia suya, en ejercicio de su función jurisdiccional, algunos de estos requisitos se modulan y, además, es necesario satisfacer otras condiciones que la jurisprudencia constitucional ha considerado necesarias⁴⁷: (i) que el caso tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que al interior del proceso se hubiesen agotado todos los medios de defensa judiciales al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, esto es, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la presunta vulneración; (iv) que se trate de una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna⁴⁸; (v) que el tutelante identifique, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, así como, de haber sido posible, la etapa en que fueron alegados en el proceso ordinario y, finalmente, (vi) que la decisión judicial que se cuestione no sea de tutela⁴⁹.

2.1. Legitimación en la causa

47. En el presente caso se cumplen los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva⁵⁰. Por una parte, el tutelante fue el procesado en el

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

⁴⁸ Este requisito no supone que la decisión cuestionada comporte, de modo necesario, una irregularidad procesal, sino que la irregularidad que se alega por el tutelante tenga un efecto determinante en la providencia que se cuestiona.

⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001.

⁵⁰ Con relación a este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, disponen: “*Artículo 1. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí*

trámite penal que concluyó con la sentencia que se cuestiona. De otra parte, la acción se interpuso en contra del Juzgado Penal del Circuito de Lórica que, el día 23 de junio de 2015, emitió el fallo objeto de esta tutela.

2.2. Relevancia constitucional del caso⁵¹

48. El asunto objeto de revisión involucra la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) y a la libertad personal (artículo 13 *ibídem*). La presunta vulneración de estos derechos puede tener origen en la sentencia de condena proferida por la autoridad judicial accionada. Según el tutelante, en este caso, se incurrió en falencias procesales y sustantivas relevantes: *i*) la indebida valoración de las pruebas testimoniales del caso, *ii*) la indebida vinculación al proceso penal mediante la declaratoria de persona ausente, *iii*) una defensa técnica deficiente y *iv*) la pretermisión de una etapa procesal. Todo esto, en detrimento de los derechos de defensa y de presunción de inocencia.

2.3. Subsidiariedad

49. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos

misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto”; “Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”; “Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior”; “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

⁵¹ Este requisito, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, implica evidenciar que “la cuestión que se entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” (Sentencia C-590 de 2005), pues “el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones” (Sentencia C-590 de 2005). Este requisito, de conformidad con aquella, persigue, por lo menos, las siguientes tres finalidades: *i*) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional (*cfr.*, sentencia C-590 de 2005) y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad (*cfr.*, sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007 y T-406 de 2014); *ii*) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales (*cfr.*, C-590 de 2005) y, finalmente, *iii*) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces (*cfr.*, sentencia T-102 de 2006). Por tanto, solo la evidencia *prima facie* de una afectación de derechos fundamentales permite superar el requisito de *relevancia constitucional* de la tutela en contra de providencias judiciales.

mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991⁵².

50. De las disposiciones en comento se infieren, al menos, los siguientes cuatro postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela:

51. i) La acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando *no exista* otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis *formal de existencia*⁵³), en primer lugar, se debe determinar si dicho recurso fue interpuesto y si fue resuelto por la autoridad judicial competente. Lo anterior implica establecer si el accionante acreditó los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. En segundo lugar, es necesario determinar la eficacia de dicho medio de defensa, “*atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”⁵⁴.

52. ii) En caso de *ineficacia*, como consecuencia de la *situación de vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva. Esta condición le permite al juez de tutela determinar la *eficacia en concreto* (y no meramente *formal o abstracta*) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991⁵⁵. Todo lo anterior, en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo.

⁵² Los artículos citados, respectivamente, disponen: “Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; “Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” y “Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (resalto fuera de texto).

⁵³ El análisis de existencia formal del otro medio o recurso judicial supone considerar que el ordenamiento jurídico ha dispuesto de otros mecanismos para exigir la garantía o protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. Este análisis puede considerarse equivalente al de *idoneidad*, que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional desde sus primeras decisiones. En todo caso, se precisa que el concepto de *idoneidad* no encuentra un respaldo normativo en las disposiciones que se citaron, dado que estas únicamente hacen referencia al de *inexistencia* o de *no disposición* que se consideran equivalentes.

⁵⁴ La *eficacia* hace referencia a la capacidad, en concreto, del medio o recurso judicial para dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebida la tutela, atendiendo, tal como lo dispone el último apartado del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, a “*las circunstancias en que se encuentre el solicitante*”.

⁵⁵ De conformidad con este apartado, al que ya se ha hecho referencia, “[...] La existencia de dichos medios [otros recursos o medios de defensa judiciales] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

53. iii) Con independencia de la situación de *vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera *transitoria* siempre que se acredite un supuesto de *perjuicio irremediable*.

54. iv) En caso de no acreditarse una situación de *vulnerabilidad* o un supuesto de *perjuicio irremediable* la acción de tutela debe declararse improcedente⁵⁶, dada la *eficacia en concreto* del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable⁵⁷ que amerite su otorgamiento transitorio.

55. En el presente asunto se satisface el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. El tutelante cuestiona la sentencia del 23 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Lorica, providencia que, se precisa, no es susceptible del recurso extraordinario de casación ni de la acción de revisión de que tratan los artículos 220 a 228 de la Ley 600 de 2000 (norma aplicable).

56. En los términos del artículo 205 de la referida normativa, la “*casación procede contra las sentencias ejecutoriadas proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años*”. Basta con tener en cuenta que, aunque la sentencia que se cuestiona se encuentra ejecutoriada y la ley, para el delito materia de condena, prevé una pena superior a 8 años de prisión, lo cierto es que dicha providencia judicial, de un lado, fue dictada por un juez penal del circuito y, del otro, fue proferida en primera instancia. En segundo lugar, *prima facie*, no se observa la configuración de ninguna de las causales contenidas en el artículo 220 de la mencionada Ley 600 del 2000, para efectos de considerar procedente la acción de revisión⁵⁸.

57. Si bien la sentencia objeto de reproche era susceptible del recurso de apelación y que dicho recurso no fue interpuesto por el defensor de oficio del

⁵⁶ Esta consecuencia se deriva del distinto alcance de las nociones de *vulnerabilidad* y *perjuicio irremediable*. Si bien, nada obsta para que algunos de los elementos de *vulnerabilidad* del tutelante permitan valorar la existencia de un *perjuicio irremediable*, ambos conceptos son autónomos. En particular, la acreditación de un supuesto de *perjuicio irremediable* es una exigencia constitucional y reglamentaria, para efectos de valorar la procedencia *transitoria* de la acción de tutela, tal como se deriva de las disposiciones citadas.

⁵⁷ La Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-765 de 2010, T-293 de 2011, T-814 de 2011 y T-370 de 2016, ha considerado estas cuatro características como determinantes de un supuesto de perjuicio irremediable.

⁵⁸ “Artículo 220. Procedencia. La acción de revisión procede 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. // Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria.” (negrillas propias).

accionante, también lo es que uno de los cargos de la demanda de tutela es, justamente, la falta de defensa técnica⁵⁹. A juicio de la Sala, dicha omisión es un asunto que se debe analizar al estudiar el fondo del caso —siempre que se supere el estudio de procedibilidad—. De concluirse que le asiste razón al demandante, en cuanto asegura que su defensor de oficio no lo representó en debida forma, sería justificada la falta de presentación del recurso. En todo caso, se insiste, se trata de una temática que se debe analizar con fundamento en las pruebas aportadas al expediente y, por ende, que debe ser abordada como un problema jurídico sustantivo.

58. Finalmente, aunque es cierto que el accionante pudo haber interpuesto, él mismo, el recurso de apelación, habida cuenta de que fue notificado, en debida forma, de la decisión, ya en prisión, no le es dable a la Sala exigir, en este caso, de manera inflexible, la carga de haber interpuesto ese recurso. Lo anterior, dado que no estaban presentes las condiciones materiales para ello, si se tiene en cuenta la carencia de instrucción académica del accionante, el corto tiempo que transcurrió tras su captura al momento de emitirse la sentencia, y las limitaciones propias de la privación de la libertad.

2.4. Inmediatez

59. La definición acerca de cuál es el término “razonable”, que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela, no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos.

60. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término *oportuno, justo y razonable*⁶⁰. Ha indicado que en algunos casos 6 meses puede ser un término razonable y que, en otros, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio⁶¹. La sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica: “*cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso*

⁵⁹ Cfr. Fls. 23 a 26, Cdno.1.

⁶⁰ SU-499 de 2016

⁶¹ Entre otras, *cfr.*, las sentencias T-328 de 2010, T-860 de 2011 y T-246 de 2015. La exigencia de razonabilidad, según la jurisprudencia constitucional, es más estricta en caso de que la actuación que se cuestione en sede de tutela sea una providencia judicial (*cfr.*, sentencias C-590 de 2005, T-594 de 2008 y T-265 de 2015).

del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional”⁶².

61. En el presente caso, dado que entre la notificación de la sentencia condenatoria y la interposición de la acción de tutela transcurrieron más de dos años⁶³, resulta necesario establecer si la acción de tutela se ejerció de manera oportuna. Ese estudio, en los términos de la jurisprudencia constitucional, supone valorar, entre otras, las siguientes circunstancias: la afectación de derechos de terceros⁶⁴, la existencia de motivos válidos para la inactividad⁶⁵, las circunstancias de vulnerabilidad del accionante⁶⁶ y la actualidad del irrespeto de sus derechos⁶⁷.

62. Para la Sala, las siguientes circunstancias, consideradas en conjunto (y no de manera aislada y, por tanto, no suficientes cada una de ellas *per se*), dan cuenta de que resulta desproporcionado considerar como irrazonable el término en el que se interpuso la presente acción:

63. En primer lugar, las pruebas del expediente no demuestran que el análisis de procedencia de la acción pueda comprometer los derechos de terceros.

64. En segundo lugar, la privación de la libertad del accionante es consecuencia directa del presunto desconocimiento de sus derechos.

65. En tercer lugar, tal como dan cuenta los elementos probatorios del expediente, las siguientes circunstancias permiten considerar la situación del accionante como una de vulnerabilidad, que impide valorar de una manera rigurosa la acreditación de este requisito: *i*) se trata de un campesino que, en libertad, se dedicaba a la agricultura; *ii*) cursó hasta el segundo grado de educación primaria; *iii*) su núcleo familiar está compuesto por su pareja y sus progenitores, todos ellos en condición de desplazamiento⁶⁸ y sin ningún grado de instrucción, además de que sus padres son de avanzada edad y sufren graves quebrantos de salud; finalmente, *iv*) su condición económica es precaria, de lo cual da cuenta el hecho de que aparezca registrado en el SISBEN con un puntaje

⁶² De manera reciente, también, en la sentencia SU-427 de 2016, al hacer referencia, de manera general, al alcance que la jurisprudencia constitucional le ha otorgado al requisito de inmediatez, indicó: “7.6. Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de un derecho fundamental, este Tribunal, en varias providencias, ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante¹⁰⁷. En esas hipótesis, por ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable¹⁰⁸”. En el primer pie de página de la providencia en cita, se hace referencia, además, a lo señalado en las sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

⁶³ La sentencia objeto de esta tutela se notificó el 1 de septiembre de 2015 (fl. 146, Cdno. 1) y la acción de tutela se interpuso el 18 de enero de 2018.

⁶⁴ Sentencias SU-499 de 2016 y SU-407 de 2013.

⁶⁵ Cfr., sentencias T-172 de 2013; T-743 de 2008; T-814 de 2004; SU-961 de 1999; T-043 de 2016; T-759 de 2015; y T-243 de 2008, entre otras.

⁶⁶ T-069 de 2015.

⁶⁷ SU-499 de 2016.

⁶⁸ Cfr. Fl. 8 (último párrafo), Cdno. 1.

de 17,65⁶⁹.

66. En cuarto lugar, la representación judicial del accionante la realiza una persona adscrita al *Proyecto Inocencia* de la Universidad Manuela Beltrán, programa que justifica su existencia en la ayuda a personas en situación de indefensión⁷⁰.

67. El entorno de privación de la libertad del accionante, su bajo grado de instrucción, la condición socio-económica de su núcleo familiar y la ausencia de compromiso de derechos de terceros, le permiten considerar a la Sala como acreditado el ejercicio oportuno de la acción⁷¹.

2.5. Carácter decisivo de la irregularidad

68. Se indicó en la demanda que el Juzgado Penal del Circuito de Lorica pasó por alto inconsistencias relevantes de orden procesal, amén de que pretermitió etapas fundamentales, aspectos que, en criterio del tutelante, de haber sido tenidos en cuenta, hubieran reconducido el curso del proceso.

69. Para la Sala, de acreditarse las irregularidades alegadas tendrían un efecto determinante en la providencia cuestionada. En efecto, las pruebas testimoniales, cuya valoración se cuestiona, fueron el soporte de la condena impuesta. Igualmente, si se corroboran los supuestos del *defecto procedimental*, habría lugar a concluir que la sentencia condenatoria se dictó sin haber respetado todas las garantías propias del debido proceso.

2.6. Identificación razonable de los hechos y alegación en el proceso ordinario

70. En el asunto sometido a revisión de esta Sala, el tutelante se refiere de forma clara, detallada y comprensible a los hechos constitutivos de violación de sus derechos fundamentales.

2.7. La providencia cuya constitucionalidad se cuestiona no es una sentencia de tutela

71. En el asunto que se examina, es evidente que la acción de tutela no se dirige contra un fallo de tutela, sino contra una sentencia penal de primera instancia.

⁶⁹ Esto es, se trata de una persona en condición de pobreza extrema. *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 2017. Si bien, el puntaje no tiene un significado *inherente*, sí permite, por una parte, considerar unas situaciones más gravosas que otras, en función de aquel. Por otra, es un buen parámetro para determinar el mayor grado de vulnerabilidad de las personas.

⁷⁰ <http://www.umb.edu.co/inocencia.html>.

⁷¹ Es importante advertir que la Sala no considera como relevante, para efectos de valorar la acreditación del ejercicio oportuno de la acción, la presunta “*deficiente*” defensa de los derechos del accionante en el proceso penal (argumento propuesto en la demanda de tutela y en la impugnación de la sentencia de primera instancia, fl. 23 y ss. y 235 y ss., Cdo. 1). Lo anterior, es así, si se tiene en cuenta que la acción de tutela no requiere del derecho de postulación, esto es, el actor pudo haberla ejercido de forma directa, al momento de ser notificado de la sentencia condenatoria, cuando se encontraba privado de la libertad.

3. Problema jurídico sustancial

72. Como conclusión del análisis que se realizó en los numerales 2.1 a 2.7 *supra*, la Sala encuentra que en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Por tanto, le corresponde determinar, por una parte, si las pruebas aportadas al proceso fueron debidamente valoradas y, en especial, si la autoridad judicial accionada tuvo en cuenta las contradicciones y falencias que expuso la parte actora frente a la prueba testimonial (*defecto fáctico*). Y, por otra, si se presentaron las falencias procesales alegadas en la demanda de tutela, en relación con los defectos relativos a la declaratoria de persona ausente, la pretermisión de la audiencia preparatoria y la falta de defensa técnica (*defecto procedimental*).

3.1. Del defecto fáctico

73. Según la jurisprudencia constitucional⁷², el defecto fáctico puede apreciarse a partir de una dimensión negativa o de una positiva. La dimensión negativa del defecto fáctico, según aquella, abarca supuestos como los siguientes: *i)* ignorar o no valorar, injustificadamente, medios de prueba trascendentales frente a la decisión adoptada⁷³; *ii)* decidir al margen de las pruebas que le hubieren impedido la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la providencia⁷⁴; *iii)* no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en los que el juez se encuentre habilitado legalmente para hacerlo, y siempre que de las circunstancias del caso se derive la obligación de hacerlo para esclarecer hechos oscuros o difusos⁷⁵. La dimensión positiva del defecto fáctico puede abarcar supuestos tales como: *iv)* valorar pruebas ilícitas, siempre que las mismas hubieren sido determinantes del sentido de la decisión⁷⁶; *v)* decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conduzcan a demostrar los hechos en que se fundamenta la providencia judicial que se cuestiona en tutela⁷⁷.

74. Además, para la jurisprudencia de esta Corte, es posible cuestionar, en sede de tutela, de manera excepcionalísima, el criterio de valoración probatoria de los jueces ordinarios⁷⁸, en supuestos como los siguientes: *i)* cuando se adopta una decisión como consecuencia de una omisión relevante en el decreto y valoración de las pruebas solicitadas o practicadas; *ii)* se emite una providencia sin que se hubiese comprobado el supuesto de hecho que establece la norma que le sirve de fundamento; *iii)* se fundamenta una decisión en la valoración irrazonable de los elementos de prueba legalmente aportados al expediente; *iv)*

⁷² Cfr. Sentencia SU-226 de 2013.

⁷³ Cfr. Sentencia T-442 de 1994.

⁷⁴ Cfr. Sentencia C-590 de 2005.

⁷⁵ Cfr. Sentencia SU-335 de 2017.

⁷⁶ Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

⁷⁷ Cfr. Sentencia T-1082 de 2007.

⁷⁸ Lo cual se explica en la autonomía jurisdiccional de la que son titulares los jueces ordinarios, en los términos del artículo 228 de la Constitución Política. Por tanto, la valoración de un presunto defecto fáctico descarta el carácter correctivo de la valoración probatoria.

se sustenta una providencia en la suposición de una prueba; v) la decisión se fundamenta en un alcance contraevidente de los medios probatorios⁷⁹. En todos estos supuestos, sin embargo, como lo ha puesto de presente la Corte, el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad, *“que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo [tenga] una incidencia directa en la decisión, pues según las reglas generales de competencia 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”*⁸⁰.

75. En la demanda de tutela se señala que el *“yerro de la valoración [de las pruebas] es evidente”*⁸¹, pues el juez penal pasó por alto que *“los señalamientos en contra del [accionante] son circunstanciales [y] relacionados únicamente con el hecho de que este fue visto hablando con la víctima, pero no se arrimó prueba al proceso que soportara que [el actor] estuviera armado, que haya tenido motivos para agredir a Miguel, o cualquier otra prueba directa que llevara al juez al convencimiento de que este fuera el autor del homicidio”*⁸². Señala, por tanto, que la autoridad judicial accionada le otorgó un alcance contraevidente a los medios probatorios y, además, que realizó una valoración irrazonable de los elementos de prueba legalmente aportados al expediente. Estas inferencias las fundamentó en las siguientes dos premisas: i) no había una prueba directa de los hechos y ii) las pruebas del expediente tenían contradicciones que no fueron debidamente valoradas⁸³.

76. Respecto del *“otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”* y a la ausencia de prueba directa de los hechos, en la demanda de tutela se puso de presente que ninguno de los tres testigos había presenciado los hechos y, sobre todo, que uno de ellos había aceptado que, para el momento en el que presuntamente se había perpetrado el homicidio, se encontraba en *“un arroyo donde [se] qued[ó] dormido porque estaba borracho”*⁸⁴. Igualmente, se dijo que los otros dos testigos aceptaron que tampoco habían presenciado los hechos pues, en el caso del cónyuge de la víctima (Yoelis del Carmen Ballesta González), afirmó haberse retirado del lugar minutos antes del homicidio, y el testigo Babilonia⁸⁵ declaró que se encontraba con la víctima cuando ya estaba herida y esta le había pedido ayuda.

77. El tutelante puso de presente que la sentencia condenatoria se había dictado teniendo como fundamento que el testigo Babilonia había asegurado que la víctima, antes de morir, le había manifestado que el victimario era el accionante. Agregó que la autoridad judicial accionada había pasado por alto las contradicciones en las que habría incurrido este testigo frente a la declaración rendida por la esposa del occiso: el señor Babilonia aseguró que la víctima lo

⁷⁹ Cfr. Sentencia T-302 de 2008.

⁸⁰ Cfr. Sentencia SU-226 de 2013.

⁸¹ Fl. 17 (vto.), Cdno. 1.

⁸² Ibíd. (fl. 17)

⁸³ De esto da cuenta el análisis de los alegatos obrantes en los fls. 14 a 17 y 236 del Cdno. 1.

⁸⁴ Fl. 16 (vto), Cdno. 1. Declaración rendida por José Hilario González, obrante en folios 93 y 94 del Cdno. 1.

⁸⁵ Fl. 16, Cdno. 1. Declaración rendida por Francisco Manuel Babilonia, obrante en el folio 52 del Cdno. 1.

había buscado y que luego de decirle el nombre de su victimario lo había trasladado al Hospital de Lórica; la cónyuge de la víctima manifestó que cuando había regresado a la reunión su pareja se encontraba herida y fue ella quien lo llevó a la clínica, luego de que aquel perdiera el conocimiento, sin responder a la pregunta acerca de quien le había herido.

78. En criterio del accionante, estas contradicciones, sumadas al hecho de que ninguno de los testigos había presenciado los hechos de forma directa, generaban una duda razonable acerca de su participación en el homicidio. Esta, la duda, en su criterio, debió ser resuelta a favor del accionante, en aplicación del principio de presunción de inocencia, de que trata el artículo 29 de la Constitución.

79. El fundamento de la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela se transcribe *in extenso* por su pertinencia para el caso:

“De las declaraciones antes hechas [se refiere a los 3 testigos] se tiene que, ninguno de ellos es testigo directo de los hechos, pues no estaban [sic] en el momento de [sic] que la víctima fue atacado con arma blanca, más observa el Despacho que las únicas personas que estaban con el occiso eran el señor EVER HERNÁNDEZ y HENRY ARTEAGA, de los cuales al estudiar en conjunto el dicho de los testigos tenemos que FRANCISCO BABILONIA dijo que el difunto le dijo que el que lo había herido era EVER, lo cual según el principio de la sana crítica nos lleva este testigo a esclarecer la verdad de lo ocurrido, más aun cuando esta persona le había buscado pleito al señor JOSÉ HILARIO.

Por lo que al analizar estos aspectos encontramos que los mismos fueron francos, abiertos, llevados a cabo poco tiempo después de que se consumara el delito, siendo soporte para informar a la justicia y revelar como tuvo su desenlace los acontecimientos donde participó de forma directa el sindicado.

Quedó así probado que EVER LUIS HERNÁNDEZ PINEDA, determinó el homicidio del señor MIGUEL JERÓNIMO LÓPEZ GONZÁLEZ, existiendo para esto prueba suficiente para atribuirle responsabilidad penal de la conducta de [h]omicidio [s]imple.”⁸⁶

80. Le asiste razón al demandante cuando afirma, de un lado, que no hubo un “testigo directo de los hechos” y, del otro, que el juez penal le otorgó credibilidad a la declaración del testigo Babilonia frente al dicho de la víctima, esto es, frente a que esta última le había dicho a aquel que el señor Hernández había sido su victimario. Adicionalmente, advierte la Sala que un desencuentro que tuvieron el accionante y José Hilario González, del que da cuenta la

⁸⁶ Cfr. Fl. 155, Cdno. 1.

declaración de este último⁸⁷, le permitió al juez penal tener certeza sobre la declaración del testigo Babilonia.

81. La Sala no pretende pasar por alto que la competencia para valorar las pruebas en este tipo de procesos es del juez penal. Sin embargo, dadas las circunstancias del caso, considera necesario resaltar los yerros de la autoridad judicial accionada que, a la postre, fundamentaron la condena penal en contra del tutelante, sin que estuviere debidamente soportada, desde el punto de vista probatorio. Esto no implica que la Corte deba determinar si el accionante fue o no el perpetrador de los hechos investigados, asunto que, se insiste, le corresponde establecerlo al juez penal de la causa.

82. De manera preliminar, anota la Sala que las quejas relacionadas con la “ausencia de una prueba directa” de los hechos no son suficientes, por sí mismas, para constituir un defecto fáctico. Esto, por dos razones: por un lado, porque nada obsta para que los jueces penales acudan a pruebas indirectas para dictar sus decisiones, claro está, siempre que las mismas les permitan tener certeza, más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia de los hechos y sus perpetradores. Por otra parte, porque, de cualquier manera, no resulta del todo claro que la declaración del testigo Babilonia sea una “prueba indirecta”, aspecto que no le corresponde establecer a esta Corte⁸⁸.

83. Con todo, encuentra la Sala que varias de las inconsistencias que pone de presente la parte actora, consideradas desde la perspectiva de la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución, sí constituyen un defecto fáctico que vicia la sentencia acusada. La referida disposición constitucional, en efecto, señala que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y, a su vez, el artículo 7 de la Ley 600 de 2000 (norma aplicable) establece que, en las actuaciones penales, toda duda debe resolverse a favor del procesado.

⁸⁷ Fl. 93, Cdno. 1.

⁸⁸Incluso, la propia Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado aceptando la dificultad para hacer la distinción entre prueba indirecta y prueba de referencia. Sentencia del 16 de marzo de 2016. Expediente Interno No. 43866. Allí se dijo lo siguiente: “Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera. // **La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).** // Otra cosa es que ante la muerte del testigo, o la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, su declaración deba ser llevada a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario presentar pruebas de su existencia y contenido, según los parámetros analizados en el numeral anterior, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras).” (negritas propias).

84. En el *sub examine*, dado que ninguno de los testigos presencié los hechos, el juez penal del caso fundamentó su decisión en la declaración del testigo Babilonia, quien aseguró que la víctima había señalado al accionante como victimario, justo antes de perder la conciencia. Sin embargo, al analizar las otras declaraciones, se observa que sobre esos mismos hechos, esto es, sobre los últimos minutos de vida de la víctima, no existe certeza. Así, uno de los testigos (Babilonia) aseguró haberle preguntado al señor Miguel Jerónimo López González (víctima) quién le había herido, a lo cual le respondió que había sido el accionante; mientras que otro testigo (la cónyuge de la víctima, Yoelis del Carmen Ballesta González) refirió que la víctima había guardado silencio ante la pregunta acerca de quién lo había atacado. En efecto, por una parte, en la declaración del señor Francisco Manuel Babilonia, obrante en el folio 52 Cdno. 1 del expediente, se indica:

“[...] ya nos íbamos para otra fiesta que había en la Esperanza [y] a poco rato llegó MIGUEL LÓPEZ pidiendo auxilio que lo habían puyado, que hiciera algo por él y yo le pregunté que quién lo había puyado y él me dijo que EVER HERNÁNDEZ PINEDA de inmediato me lo mostró y este salió corriendo y se fue no apareciendo más por la fiesta, de inmediato me vine a avisar al papá del muerto, llevándolo de inmediato al Hospital de Lorica” (negrillas propias).

85. Por otra parte, la testigo Yoelis del Carmen Ballesta (cónyuge de la víctima), cuya declaración obra en folios 38 y 39 del Cdno. 1 del expediente de tutela, manifestó: *“cuando regresé lo encontré a él o sea a mi esposo que estaba apuñalado en el pecho y le pregunté que quién le había hecho eso, pero no me respondió y en seguida cayó al suelo, de ahí buscamos una moto y para ir a traer un carro para traerlo a Lorica, pero debido a que se desangró mucho no alcanzó a llegar con vida”* (negrillas propias). Lo dicho antes da cuenta de que sobre un mismo de hecho existen dos versiones diferentes y opuestas.

86. Por una parte, es del caso precisar que los testigos no manifestaron haber estado juntos en el lugar en donde, finalmente, falleció la víctima, y tampoco aseguraron haberlo llevado juntos al servicio médico de urgencias.

87. De otra parte, es relevante, además, considerar la siguiente diferencia específica entre ambos testimonios. Por un lado, la esposa de la víctima manifestó: *“[se] devolv[ió] y cuando se le acercó a [su] esposo, las únicas personas que estaban hablando con él eran estos dos muchachos [se refiere al accionante y a otro sujeto] y una vez [ella] lo cogió, cuando él cayó al suelo, uno de ellos salió corriendo”*⁸⁹. El señor Babilonia, por su parte, aseguró haber estado hablando con la víctima antes de su fallecimiento y antes de la huida del accionante, incluso, que fue la propia víctima quien le informó acerca de quien había sido la persona que lo había herido. Es de resaltar que, según la señora

⁸⁹ Fl. 38, Cdno. 1.

Ballesta, la víctima estaba acompañada por el accionante al momento de fallecer, pero según el testigo Babilonia la víctima estaba sola.

88. Las inconsistencias referidas se ilustran en el siguiente cuadro:

Hechos	Testimonio de Francisco Manuel Babilonia González	Testimonio de Yoelis del Carmen Ballesta González (cónyuge de la víctima)
1. Antes de la muerte:	La víctima estaba hablando con el accionante y con Henry Arteaga	La víctima estaba hablando con el accionante y con Henry Arteaga
2. La herida mortal:	No la presencié	No la presencié
3. Estando herido:	La víctima se le acercó para pedirle ayuda	Llegó al sitio y encontró a la víctima herida
4. Ante la pregunta sobre quién fue su victimario:	La víctima indicó que había sido el accionante	La víctima no respondió
5. Acerca de la huida del accionante:	La víctima lo señaló y el accionante huyó del lugar	Cuando la víctima cayó al suelo, estando en sus brazos, el accionante salió corriendo
6. ¿Quién llevó a la víctima al hospital?	Asegura que fue él quien llevó a la víctima al hospital, luego de haberle avisado al padre.	Asegura que fue ella quien llevó a la víctima al hospital.

89. Las dos declaraciones solo coinciden frente a los hechos 1 y 2 del cuadro, a pesar de que la atribución de responsabilidad penal, según lo que se observa en la sentencia tutelada, giró en torno al hecho 4, especialmente acerca de la credibilidad que el juez le otorgó a la declaración del testigo Babilonia, pasando por alto la contradicción con otro medio de prueba del expediente y, con ello, sacrificando la presunción de inocencia del accionante. El juez del caso estaba, en resumen, ante contradicciones testimoniales *prima facie*, que, sin embargo, no valoró, en ejercicio de la sana crítica. Estas, simplemente, pasaron inadvertidas.

90. Las inconsistencias probatorias aludidas tuvieron un impacto decisivo en el fallo. Por una parte, no hay, si se atiende la Corte al análisis que realizó el juez accionado, otras pruebas en el expediente que soporten la sentencia condenatoria. La prueba testimonial a la que se le atribuyen las inconsistencias fue, en últimas, el soporte del fallo penal. Ante estas contradicciones, la autoridad judicial accionada debió explicar por qué le daba mayor credibilidad a un medio de prueba que a otro.

91. Por otra parte, advierte la Sala que en la sentencia objetada se le otorgó credibilidad al testimonio del señor Babilonia, con fundamento en que el accionante había tenido un altercado con el testigo José Hilario González Tordecilla durante la misma reunión social en la que se produjo el homicidio. Este conflicto, sin embargo, no tenía relación alguna con el hecho punible, toda vez que el testigo González Tordecilla se refirió a un pleito en el que no había tenido participación la víctima. Por ende, *prima facie*, si la víctima no había sido protagonista del mencionado altercado, no se entiende o el juez no explicó la razón por la que ese hecho le había permitido llegar a la conclusión de que esa declaración del testigo tenía la credibilidad suficiente para emitir una sentencia de condena.

92. En síntesis: i) la condena penal estuvo basada en tres testimonios; ii) ninguno de ellos fue presencial, acerca de las directas circunstancias en las que el homicidio se produjo, tal y como se dijo en la sentencia objeto de tutela; iii) solo el señor Babilonia fue testigo, según indica, acerca de la información de quien había herido a la víctima; iv) los testimonios se contradijeron entre sí en aspectos del núcleo fáctico de la acusación, y v) el juez no analizó dichas contradicciones. La Corte no es, desde luego, el órgano competente para señalar qué era lo que debía concluir, en este caso, el juez penal. Sin embargo, aquel no podía pasar por alto, en su estudio, el abordaje de todas esas perplejidades de índole probatoria.

93. Por tanto, sí se presentaron las falencias probatorias referidas en la demanda de tutela y estas fueron relevantes para definir el sentido de la decisión que se cuestiona. En consecuencia, se configura el defecto fáctico alegado, derivado de las inconsistencias en el análisis probatorio, en su conjunto. La debilidad de los indicios basados en una prueba testimonial contradictoria lesionaron la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad subjetiva, como presupuestos de una condena penal, en el entendido de que esta valoración defectuosa de las pruebas se alejó, por las razones ya indicadas, de parámetros mínimos de razonabilidad.

3.2. Del defecto procedimental

3.2.1. Caracterización del defecto procedimental

94. El defecto procedimental encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, que se refieren, respectivamente, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial. Dicho defecto se presenta, a juicio de la Corte⁹⁰, cuando los funcionarios judiciales actúan al margen de los postulados procesales aplicables a cada caso en concreto, de tal forma que terminan comprometiendo los derechos fundamentales de las partes⁹¹. Se trata de una *causal* cualificada, en el entendido de que “*para su configuración se debe cumplir con la exigencia de que se esté*

⁹⁰ Cfr. Sentencia T-511 de 2011.

⁹¹ Cfr. Sentencias T-1246 de 2008, T-115 de 2008 y T-1180 de 2001

ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responda únicamente al capricho y a la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconozca el derecho fundamental al debido proceso”⁹².

95. Según la jurisprudencia constitucional, este defecto admite dos modalidades: el *defecto procedimental absoluto*, que se refiere a las actuaciones al margen de las formas propias de cada juicio, en supuestos tales como adelantar el proceso por un trámite ajeno al pertinente u omitir etapas sustanciales, siempre que afecten los derechos de defensa y de contradicción de alguna de las partes del proceso⁹³. El *defecto procedimental por exceso ritual manifiesto*, que se presenta cuando, “*un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia*”⁹⁴.

96. Para demostrar cualquiera de estas modalidades, le corresponde a la parte tutelante acreditar que las irregularidades de orden procesal comprometieron de forma relevante derechos fundamentales y que fueron decisivas para determinar el sentido de la decisión que se cuestiona. Con relación a este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado lo siguiente:

“la acreditación de ese defecto depende del cumplimiento de dos requisitos concomitantes: (i) que se trate de un error de procedimiento grave, que tenga incidencia cierta y directa en la decisión de fondo adoptada por el funcionario judicial correspondiente, de modo tal que de no haber incurrido en el error el sentido del fallo hubiera sido distinto, rasgo que el yerro procedimental absoluto comparte con el defecto fáctico antes estudiado; y (ii) que tal deficiencia no sea atribuible a quien alega la vulneración del derecho al debido proceso”⁹⁵.

97. Finalmente, la jurisprudencia constitucional⁹⁶ ha establecido unos requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se alega este defecto, a saber: i) que no se pueda corregir la irregularidad por otra vía procesal y ii) que la irregularidad hubiere sido alegada en el proceso ordinario, salvo, claro está, que no hubiere sido posible, según las circunstancias del caso.

3.2.2. Individualización del defecto en el caso concreto

98. La apoderada del señor Ever Luis Hernández Pineda asegura que la autoridad accionada, al dictar la sentencia del 23 de junio de 2015, incurrió en

⁹² Sentencia SU-773 de 2014.

⁹³ Cfr. Sentencia SU-773 de 2014.

⁹⁴ Sentencia T-024 de 2017.

⁹⁵ Sentencia T-267 de 2009, citada en la sentencia SU-773 de 2014.

⁹⁶ Cfr. Sentencias C-590 de 2005 y T-429 de 2011.

un *defecto procedimental absoluto* y, para tales fines, puso de presente, lo siguiente: i) que se pretermitió una etapa del proceso penal: la *audiencia preparatoria* que regula el CPP; ii) que, materialmente, el actor no tuvo defensa técnica; y iii) que se le declaró persona ausente sin haberle notificado en debida forma la citación a comparecer al proceso, y sin que se hubieren realizado gestiones tendientes a dar con su ubicación, pese a que existía la obligación legal de hacerlo, previo a dicha declaratoria y antes de proceder al nombramiento de un defensor de oficio.

99. Si bien, cada uno de estos presuntos yerros se aborda de manera independiente, es importante precisar, en primer lugar, que ninguno de ellos es imputable al accionante, pues este no realizó ninguna conducta que contribuyera con su materialización. En segundo lugar, se trata de yerros, en su conjunto, de evidente trascendencia. En tercer lugar, tal como se indicó en el numeral 2.3 *supra*, las presuntas irregularidades procesales no pueden ser remediadas por otro medio judicial. En cuarto lugar, si bien es cierto que algunas de las irregularidades referidas pudieron haber sido corregidas en el trámite judicial y haber sido alegadas en el proceso ordinario, también lo es que la etapa propicia para tales fines era la *audiencia preparatoria*, que no se llevó a cabo. Finalmente, es importante considerar que uno de los cargos que se proponen es la falta de defensa técnica, precisamente, porque considera que los defensores de oficio, pudiendo hacerlo, no promovieron ningún tipo de incidente o actuación en defensa de los derechos del accionante.

3.2.3. De la declaratoria de persona ausente en el proceso penal

100. El numeral 1º del artículo 250 de la Constitución, antes de la modificación introducida por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, establecía que era competencia de la Fiscalía General de la Nación asegurar la comparecencia judicial de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento, en el evento en que estos no acudieran voluntariamente al proceso o no se tuviera razón acerca de su paradero.

101. Las distintas normas de procedimiento penal aplicables en vigencia de la Constitución de 1991 establecen la posibilidad de declarar persona ausente al imputado, a quien no hubiere sido posible hacer comparecer para la indagatoria, para el caso de los estatutos contenidos en el Decreto 2077 de 1991 y la Ley 600 de 2000, o para formular la imputación de cargos, para el caso de la Ley 906 de 2004. En el presente caso es relevante lo dispuesto por el artículo 344 de la Ley 600 de 2000 (CPP):

“Si ordenada la captura o la conducción, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión o la conducción sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente”.

102. En vigencia de dicha normativa, la vinculación al proceso penal podía darse por conducto de la indagatoria -regla general- o por vía de la declaratoria de persona ausente -*ultima ratio*⁹⁷-, según lo que establecía el artículo 332 de dicha codificación. En este último caso, sin embargo, era la Fiscalía General de la Nación la encargada de adelantar las diligencias tendentes a ubicar físicamente al imputado, siempre que este no hubiere comparecido al proceso de forma voluntaria⁹⁸.

103. Dicha carga tiene como fundamento la protección del debido proceso del imputado. Este derecho exige intentar, por todos los medios disponibles, su comparecencia al proceso, en el entendido de que las prerrogativas de contradicción y defensa, elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional en materia penal, se ejercen de mejor manera cuando el imputado participa materialmente, incluso desde las etapas previas. Procurar la comparecencia del procesado a la diligencia de indagatoria es, entonces, tanto un derecho que le asiste a este último, como un deber del funcionario investigador.

104. La declaratoria de persona ausente debe anteceder al agotamiento de las diligencias y al uso de todos los recursos y medios necesarios y razonables, a la luz de las circunstancias del caso, para ubicar al imputado⁹⁹ y conducirlo ante la autoridad competente para que esta lo escuche en diligencia de indagatoria¹⁰⁰. En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la declaratoria de persona ausente se sujeta a los siguientes exigencias:

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

*En el **orden formal** se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria como forma de vinculación personal, ya sea en todos los casos mediante la orden de citación, o eventualmente, cuando se trate de un delito frente al cual proceda la detención preventiva, y el citado se niega a comparecer, mediante la expedición de la orden de captura. De todas estas diligencias debe dejarse constancia expresa en el expediente (C.P.P. art. 336). (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en*

⁹⁷ Cfr. Sentencias C-100 de 2003 y C-591 de 2005.

⁹⁸ En la sentencia T-1110 de 2005, la Corte resaltó: “el mandato de agotar todos los medios disponibles jurídicamente para localizar al acusado, hace parte del ámbito de conductas protegidas por el derecho de defensa dentro de un procedimiento penal. Incluso, en los tres códigos de procedimiento penal referidos, la situación excepcional de declarar al acusado como persona ausente se condiciona al requisito que no haya sido posible localizarlo. Con esto, el legislador ha querido darle viabilidad al adelantamiento de un proceso penal en ausencia del imputado, sólo cuando es imposible para la autoridad hacerlo comparecer”.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Cfr. Sentencias T-266 y T-945 de 1999.

la orden citación o diez (10) días desde que fue proferida la orden de captura. (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante ‘resolución de sustanciación motivada’ [art. 344 CPP] en la que se designará defensor de oficio, [...]. (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 identidad 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’¹⁰¹.

105. Igualmente, ha precisado que habiéndose informado al imputado del llamamiento a comparecer y ante su actitud de “rebeldía”¹⁰², la ley ordena “cumplir ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: (1) citación a indagatoria; (2) orden de captura; [y] (3) emplazamiento, siendo cada uno de ellos presupuesto indispensable del siguiente, aunque del primero puede prescindirse cuando el delito por el que se procede permite librar directamente la captura, o no ha sido posible establecer la dirección concreta del implicado (arts. 356, 375 y 376 del Código [de 1991], y 336 [de la Ley 600 de 2000])”.

106. La validez del proceso, en ausencia del procesado, está supeditada a las siguientes condiciones: i) a que hubieren transcurrido los diez días a los que se refiere el artículo 344 del CPP; ii) a que se hubieren acreditado los requisitos referidos en el párrafo precedente, antes de la declaratoria formal de persona ausente y iii) a que se verifique que la Fiscalía adelantó todas las diligencias necesarias y razonables, a la luz de las circunstancias del caso, para ubicar al imputado con el objeto de escucharlo en indagatoria. En materia de declaratoria de persona ausente, en los procesos regulados por la Ley 600 de 2000, queda,

¹⁰¹ Radicación 11.220, cita tomada de C-248 de 2004.

¹⁰² En la sentencia C-488 de 1996 la Corte precisó: “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[2], siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado”.

pues, en cabeza de la Fiscalía demostrar la imposibilidad de localizar al imputado, luego de haber hecho lo posible, según las circunstancias del caso¹⁰³.

107. La apertura de la instrucción y el llamado a indagatoria del accionante se produjeron el 12 de abril de 2004. La orden de captura, que se libró para escuchar en indagatoria al accionante, se dictó ese mismo día y año. Mediante providencia del 15 de febrero de 2005¹⁰⁴, la Fiscalía declaró al tutelante como *persona ausente*. En consecuencia, dispuso el nombramiento de defensor de oficio. Esta decisión se dictó con fundamento en lo dispuesto por el artículo 344 del CPP, en atención a que habían “*transcurrido más de diez (10) días desde la apertura de la investigación*”, sin que se hubiere logrado “*la comparecencia del sindicado*”¹⁰⁵. Según lo probado en el expediente, se registra como “*lugar de residencia*” del señor Ever Luis Hernández Pineda la vereda *Villa Concepción* del municipio de Lorica.

108. Puede decirse, entonces, que en el caso *sub examine* se cumplió con el primero de los requisitos exigidos para la validez del proceso penal en ausencia del procesado. En efecto, entre la orden de captura con fines de comparecencia y la declaratoria de persona ausente transcurrieron un poco más de diez meses, es decir, más de los diez días a los que se refiere el artículo 344 del CPP. Sin embargo, no se verificaron los demás requisitos formales. Esto es así porque al accionante no se le notificó la citación a indagatoria y tampoco se adelantaron diligencias tendentes a garantizar su comparecencia al proceso penal. Pese a lo anterior, se le declaró persona ausente y la Fiscalía y el juez del caso siguieron adelante con las actuaciones. De esto dan cuenta dos cuestiones:

109. i) En la resolución que dispuso la apertura de la investigación, de un lado, se ordenó fijar como fecha para la diligencia de indagatoria el 6 de mayo de 2004 y, del otro, oficiar a la “*inspección de policía más cercana*” para que notificara al accionante y le entregara la citación correspondiente¹⁰⁶. En el expediente, sin embargo, no reposa prueba que dé cuenta de la citación que se hiciera al accionante para comparecer al proceso penal con fines de rendir indagatoria.

110. ii) Pese a que la cónyuge de la víctima informó en su declaración que al accionante se le podía “*localizar en la Vereda Turbaco*”¹⁰⁷ **del corregimiento Villa Concepción en jurisdicción del municipio de Lorica**, lo cierto es que nunca se acudió a ese lugar en búsqueda del accionante para capturarlo con fines de indagatoria o, al menos, no reposa prueba en el plenario que permita concluirlo. Incluso, las decisiones que se adoptaron en la instrucción y en el proceso penal se pretendieron notificar con comunicaciones que **fueron**

¹⁰³ Para tales fines, es importante resaltar que conforme al artículo 316 *ibídem*, la Fiscalía puede “*comisionar a cualquier servidor público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas técnicas o diligencias*” de diversa índole.

¹⁰⁴ Fls. 71 y 72, Cdno. 1.

¹⁰⁵ Fl. 72, Cdno. 1.

¹⁰⁶ Fl. 60, Cdno. 1.

¹⁰⁷ Fl. 39, Cdno. 1.

enviadas a la Vereda Tragedia en el corregimiento de Villa Concepción¹⁰⁸, esto es, en un lugar diferente al que, según se tenía conocimiento, residía el tutelante.

111. La Corte ha destacado que se incurre en defecto procedimental cuando a los sujetos procesales no se les comunica en debida forma la iniciación del proceso¹⁰⁹ o cuando no se les notifican “*las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas*”¹¹⁰ o “*se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual [se] pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir [la] decisión*”¹¹¹. Lo anterior, ha resaltado aquella, siempre que la falta de notificación tenga efectos procesales relevantes y no sea atribuible al propio afectado¹¹².

112. En el caso objeto de estudio, no existe prueba de que se hubiere adelantado diligencia alguna tendiente a dar con el paradero del señor Hernández Pineda. De hecho, la Fiscalía, en el trámite de tutela de primera instancia, indicó:

*“[...] efectivamente dentro del sumario seguido contra el señor EVER LUIS HERNÁNDEZ PINEDA se profirió una resolución de declaratoria de persona ausente, sin que el funcionario instructor indagara con los policías judiciales o investigadores de la SIJIN, a quienes se les había dado la orden de captura para así asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, qu[é] actividades habían desplegado para la consecución del mismo, es decir, que en el plenario aparece la orden de captura dada para traer al sindicado al proceso, pero no se motiva la misma, y tampoco luego de admitida se le pide a los policiales que la iban a materializar qu[é] gestiones o diligencias hicieron para materializarla”*¹¹³.

113. Las pruebas del plenario tampoco dan cuenta de las razones por las cuales se consideró que el accionante había sido renuente en comparecer al proceso, así como tampoco se demostró que hubiese pretendido evadir la actuación penal que se había iniciado en su contra.

¹⁰⁸ Cfr. Fls. 79, 98, 107, 118, 124, 128, 129 y 132 del Cdno. 1.

¹⁰⁹ Cfr. sentencia T-654 de 1998. En este caso la Corte concedió la tutela porque se probó que, pese a que el indagado había manifestado claramente el lugar en el que podía ser informado sobre cualquier decisión judicial y que, por carencia de medios económicos, no contaba con un defensor de confianza ni le había sido nombrado defensor de oficio, el juzgado no le informó sobre la expedición del cierre de investigación ni le nombró un defensor de oficio. También se tuvo en cuenta la casi absoluta falta de defensa técnica y la no práctica de las pruebas solicitadas por el sindicado.

¹¹⁰ Cfr. sentencia T-639 de 1996. En esa ocasión se concedió el amparo al encontrar que se decretó clausurada la investigación, sin adelantar diligencia alguna tendiente a lograr la comparecencia del procesado, a pesar de que tenía a su disposición la dirección donde podía ser localizado. En ese caso, como en el proceso de la referencia, al accionante no se le notificó siquiera de la apertura de investigación en su contra.

¹¹¹ Cfr. T-1246 de 2008.

¹¹² Cfr. Sentencias SU-478 de 1997 y T-654 de 1998.

¹¹³ Fl. 198, Cdno. 1.

114. Nótese, en suma, que las autoridades involucradas en la instrucción del proceso penal en el que resultó condenado el accionante, por un lado, no le informaron de la citación a comparecer al proceso con fines de indagatoria. Por el otro, tampoco cumplieron con su deber de adelantar las gestiones necesarias para dar con el paradero del accionante, máxime el señalamiento que realizó la cónyuge de la víctima en relación con la ubicación de aquel.

115. Advierte la Sala, entonces, que la declaratoria de persona ausente del señor Hernández Pineda y, por ende, todas las actuaciones posteriores, desconocieron su derecho al debido proceso. Las irregularidades a las que se hizo referencia previamente son de la mayor importancia, por la naturaleza del derecho comprometido, pues, *i)* no se tomaron medidas razonables para garantizar la comparecencia del accionante al proceso, *ii)* no se llevaron a cabo esfuerzos tendientes a dar con su paradero y, finalmente, *iii)* durante el proceso se le notificaron las decisiones a una dirección distinta a la que razonablemente debieron dirigirse, según los elementos obrantes en el expediente.

3.2.4. De la pretermisión de la audiencia preparatoria

116. El proceso penal que se seguía con fundamento en la Ley 600 de 2000 se integraba por tres etapas: la de investigación previa¹¹⁴, la de instrucción¹¹⁵ y la de juzgamiento¹¹⁶. Las dos primeras estaban encomendadas a la Fiscalía General de la Nación y la tercera a los jueces penales o al Senado de la República, según el caso. En la última se debían realizar la *audiencia preparatoria* y la *audiencia pública de juzgamiento*. La primera tenía por objeto resolver acerca de las solicitudes de nulidad y el decreto de pruebas; la segunda, escuchar la acusación y los alegatos de la defensa e intervinientes y, de ser el caso, practicar las pruebas decretadas.

117. Como regla general, era necesario agotar ambas etapas del proceso penal, incluidas las dos audiencias referidas. Sin embargo, de no haberse propuesto solicitud de nulidad alguna o el decreto de pruebas, resultaba aceptable que no se llevara a cabo la *audiencia preparatoria*. Así lo reconocía la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*“En efecto, la Sala ha precisado que en el contexto de la Ley 600 de 2000 el hecho de pretermittir la audiencia preparatoria no conduce irremediabilmente a la anulación de la actuación, máxime si, como en este caso, durante el traslado de que trata el artículo 400 ídem las partes no presentaron solicitudes de nulidad o de cualquier otro orden (CSJ SC, 11 Abr 2012, Rad. 33085)”*¹¹⁷.

¹¹⁴ Libro I, Título I de la Ley 600 de 2000.

¹¹⁵ Libro II, Título II de la Ley 600 de 2000.

¹¹⁶ Libro III de la Ley 600 de 2000.

¹¹⁷ Radicado No. 44691. Sentencia del 23 de septiembre de 2015.

118. Por tanto, según la jurisprudencia de dicha Alta Corte, la no celebración de la *audiencia preparatoria* no constituía *per se* un quebranto al derecho fundamental al debido proceso, siempre que se demostrara que no había existido interés de los sujetos procesales o del juez en ordenar pruebas o en declarar nulidades, en cuanto no se constituía en acto fundamental para surtir la fase subsiguiente de la audiencia pública¹¹⁸.

119. En el *sub lite*, las pruebas aportadas durante el proceso de amparo, especialmente, la constancia secretarial del 21 de noviembre de 2016¹¹⁹, permiten concluir que el término al que se refiere el artículo 400 del CPP venció el 13 de diciembre del año 2005. Igualmente, que dicho término transcurrió sin que la defensa o alguno de los intervinientes se hubiese pronunciado sobre eventuales nulidades o solicitudes de cualquier otro orden. Pese a lo anterior, el juzgado penal accionado citó a las partes a *audiencia preparatoria* para el 16 de marzo de 2007¹²⁰. Dicha diligencia no se llevó a cabo por falta de comparecencia del defensor de oficio del tutelante.

120. Podría decirse *prima facie* que la omisión en la que se incurrió, al no haberse realizado la *audiencia preparatoria*, no constituía un vicio de validez del proceso penal y que tampoco comprometía el derecho fundamental al debido proceso, simplemente, porque ninguna de las partes e intervinientes había presentado solicitudes de nulidad o de índole probatoria. Sin embargo, el análisis integral del expediente da cuenta de que, para los efectos del caso concreto, dicha omisión, al no haberse celebrado esa *audiencia*, sí constituía un supuesto de vicio procedimental absoluto, en conjunto con los yerros de que trata el numeral anterior (numeral 3.2.3 *supra*) y el siguiente (numeral 3.2.5 *infra*).

121. No es razonable considerar que una actuación garante de los derechos del procesado suponga la apertura de una etapa procesal y luego, sin explicación, amén del transcurso de un periodo sumamente amplio, pasen a la siguiente etapa del juicio sin haber concluido la anterior. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que considera adecuado a las garantías del debido proceso es que los jueces penales prescindan de la *audiencia preparatoria* cuando consideren, de forma motivada, que no constituye un acto fundamental para surtir la fase subsiguiente, pero no que el juez de la causa inicie una etapa del proceso y luego, sin haber adoptado decisión alguna, pase a la siguiente.

122. En el presente caso, el juez penal citó a las partes para llevar a cabo la *audiencia preparatoria*¹²¹, pero fue la ausencia del abogado de la defensa lo que impidió su realización. Por esta razón, el juez ordenó su “*aplazamiento* [para

¹¹⁸ Radicado No. 33085. Sentencia del 11 de abril de 2012.

¹¹⁹ Fl. 112, Cdo. 1.

¹²⁰ Fl. 117, Cdo. 1.

¹²¹ *Ibid.*

fijar] *nueva fecha por auto separado*”¹²², lo cual no ocurrió en los seis años que trasegaron hasta que se citó para la *audiencia pública de juzgamiento*.

123. Para la Sala, en el marco de la Ley 600 de 2000, una cosa era, entonces, que el juez penal pudiera prescindir, con el fundamento debido, de la *audiencia preparatoria*, lo cual en sí mismo no daba lugar a vicio alguno, y otra diferente que se citara a las partes para realizar dicha diligencia y, posteriormente, se omitiera llevarla a cabo, habiendo advertido que se citaría de nuevo. En el primer evento, se trata de una decisión autónoma del juez penal, mientras que en el segundo se trata de una omisión que lesiona el derecho fundamental al debido proceso, por haberse pretermitido una etapa del proceso que se inició debidamente, pero que no se clausuró en igual forma.

124. Esta situación es más grave en el presente asunto, pues existieron irregularidades formales en las notificaciones al accionante y en su declaratoria de persona ausente. Todas ellas debieron haberse propuesto y saneado, justamente, en la diligencia que se omitió.

125. Esta Sala de Revisión no puede pasar por alto que en la diligencia judicial que se citó y nunca se reprogramó, el juez penal pudo haber verificado las irregularidades en las que se habría incurrido, con ocasión de la declaratoria de persona ausente del accionante. Se trata, como ya se indicó, de irregularidades que conllevan una nulidad que puede ser decretada de forma oficiosa, según lo establece el artículo 307 de la Ley 600 de 2000, según el cual, “*Cuando el funcionario judicial advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto*”.

126. En suma, dado el contexto irregular de las fases previas, advierte la Sala que el juez penal, dentro del proceso ordinario objeto de esta providencia, incurrió en una irregularidad sustancial al haber iniciado una fase del proceso (la de juzgamiento) pretermitiendo una etapa que previamente se había iniciado y que no se había concluido formalmente. La audiencia preparatoria, en las circunstancias del caso, era fundamental para examinar los antecedentes del proceso y corregir las violaciones previas, incluida la falta de defensa técnica, a que se hace referencia en el numeral siguiente. Con relación a este último aspecto, es innegable que esta omisión procesal, ocasionada, entre otras cosas, por la inasistencia del abogado de oficio y su omisión de plantear solicitudes probatorias o incidentes de nulidad, hace que esta irregularidad se encuentre, en todo caso, inescindiblemente ligada a la falta de defensa técnica.

3.2.5. De la falta de defensa técnica

127. El artículo 29 de la Constitución Política reconoce, entre otros, el derecho que tiene todo sindicado de contar con la asistencia de un abogado escogido por

¹²² Fl. 122, Cdn. 1.

él o, en su defecto, uno de oficio, durante las etapas de investigación y juzgamiento¹²³. Constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial en cada caso¹²⁴, pues pretende evitar desequilibrios que puedan generar indefensión en el acusado.

128. El sistema penal colombiano acepta que se procese penalmente a un sindicado en su ausencia, posibilidad que para la Corte¹²⁵ encuentra justificación¹²⁶. Requiere, sin embargo, que se garantice el derecho a la defensa técnica del procesado ausente. Con todo, no se puede perder de vista que el ejercicio de defensa de una persona ausente limita las posibilidades de llevar a cabo una adecuada representación de sus intereses. Esto implica que, en casos como el presente, los defensores de oficio deban ser particularmente diligentes.

129. Esta garantía, en el escenario penal, debe caracterizarse por su intangibilidad, realidad y permanencia¹²⁷. Es *intangible* por su carácter irrenunciable y, especialmente, porque se impone al procesado el deber de designar un abogado de confianza y, en su defecto, la obligación al Estado para designarle uno de oficio o público. Se trata de una garantía *real* porque los actos del defensor deben orientarse a contrarrestar las teorías de la Fiscalía; por tanto, no es garantía del derecho a la defensa la sola designación formal de un profesional del derecho¹²⁸, de allí que requiera actos positivos y perceptibles de gestión defensiva¹²⁹. Es *permanente* debido a que la asistencia ha de proporcionarse de forma ininterrumpida durante el proceso, lo que, eventualmente, puede incluir las fases de investigación e instrucción en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000.

130. La inobservancia de cualquiera de estas características, para la Sala Penal, “*deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia*”¹³⁰. La invalidez de la actuación penal depende, de un lado, de que se demuestre que no se cumplió con alguna de las tres características referidas y, de otro, que la “situación” hubiese sido relevante, en lo que tiene que ver con los derechos del procesado y en cuanto al sentido de la decisión. Tal carácter excepcional se proyecta, primero, en que la sola discrepancia con la estrategia de defensa del abogado no puede ser entendida como falta de defensa técnica¹³¹ y, segundo, en que no todas las falencias o deficiencias en la defensa técnica tienen la entidad suficiente para

¹²³ Este derecho también se reconoce en los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado mediante la Ley 16 de 1972) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante la Ley 74 de 1968).

¹²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de octubre de 2006, con Radicado No. 22432.

¹²⁵ Cfr. Sentencia T-957 de 2006.

¹²⁶ Cfr. Sentencia C-488 de 1996.

¹²⁷ Cfr. Ibíd. (CSJ). Sentencia del 18 de mayo de 2016, con Radicado No. 43809.

¹²⁸ Cfr. Ibíd. (CSJ). Sentencia del 11 de julio de 2007, con Radicado No. 26827.

¹²⁹ Cfr. Ibíd. (CSJ). Sentencia del 27 de enero de 2016, con Radicado No. 45790.

¹³⁰ Cfr. Ibíd. (CSJ). Sentencia del 18 de enero de 2017, con Radicado No. 48128.

¹³¹ Ibíd. (48128)

ser consideradas como defectos de la actuación, que puedan afectar la intangibilidad de las providencias judiciales¹³².

131. Por otra parte, para los efectos del caso concreto, es indispensable resaltar que “*constituye un deber-obligación del director del proceso (juez o fiscal) realizar un control constitucional y legal con el fin de verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa*”¹³³. De esta forma, si el funcionario respectivo constata que la garantía de defensa técnica ha sido vulnerada, bien porque la labor del abogado no se ha traducido en actos eficaces y reales de gestión defensiva, o porque en algún momento del trámite procesal penal ha sido desconocida la asistencia letrada, “*el funcionario judicial está obligado a declarar la nulidad de la actuación*”¹³⁴. Esta obligación, para la Sala, adquiere especial relevancia cuando se procesa penalmente a un sindicado en su ausencia, como ocurre en el proceso penal objeto de esta providencia.

132. La falta de defensa técnica, entonces, tiene al menos dos consecuencias jurídicas: frente a la decisión penal y frente al profesional. En cuanto a lo primero, el juez penal tiene la obligación de anular las actuaciones viciadas por falta de defensa técnica. En cuanto a lo segundo, el profesional del derecho puede ser acreedor de una sanción disciplinaria, por el incumplimiento de los deberes que le impone el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007

133. En el caso concreto están probados los siguientes aspectos: i) el tutelante fue representado en el proceso penal por dos defensores de oficio diferentes (uno designado el 15 de febrero de 2005, en la misma resolución por la cual se le declaró persona ausente¹³⁵; el otro, nombrado el 28 de octubre de 2014¹³⁶, antes de que se celebrara la *audiencia pública de juzgamiento*). ii) El primer defensor de oficio se hizo presente en el proceso para ser notificado de las siguientes actuaciones: a) la resolución por la cual se declaró al actor como *persona ausente* (febrero 15 de 2005), b) la decisión por la cual se resolvió la situación jurídica del accionante (junio 8 de 2005) y c) la resolución de acusación (octubre 19 de 2005). iii) El segundo defensor de oficio, por su parte, compareció a la *audiencia pública de juzgamiento* e intervino pidiendo que se dictara “*sentencia de acuerdo a lo probado*”¹³⁷ para lo cual cuestionó la credibilidad de uno de los testimonios. Igualmente, están probadas las siguientes omisiones de los abogados:

Actuación	Primer abogado	Segundo abogado	Observación
-----------	----------------	-----------------	-------------

¹³² Cfr. Sentencia T-1055 de 2006.

¹³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de mayo de 2008, con Radicado No. 28115.

¹³⁴ Ibíd. Nota 134. (43809).

¹³⁵ Fls. 71 y 72, Cdno. 1.

¹³⁶ Fl. 127, Cdno. 1.

¹³⁷ Fls. 133 y 134, Cdno. 1.

Resolución del 8 de junio de 2005, por la cual se resolvió la situación jurídica y se impuso medida de aseguramiento.	No se interpusieron recursos de reposición ni apelación, pese a que los mismos procedían.	N/A	Respecto del otro sindicado (Henry Arteaga) no se impuso medida de aseguramiento y se canceló la orden de captura ¹³⁸ .
Resolución del 21 de septiembre de 2005, por la cual se declaró cerrada la investigación.	No interpusieron los recursos procedentes.	N/A	-
Decisión del 19 de octubre de 2005, por medio de la cual se dictó resolución de acusación.	No interpusieron los recursos de reposición ni de apelación, pese a que eran procedentes.	N/A	Respecto del otro sindicado (Henry Arteaga) se precluyó la investigación ¹³⁹ .
Traslado del artículo 400 del CPP para solicitar nulidades y pedir pruebas.	El apoderado no intervino dentro del traslado que se le concedió.	N/A	Esta era la etapa apropiada para plantear las irregularidades en relación con la declaración de persona ausente del tutelante.
Audiencia preparatoria del 16 de marzo de 2007	No asistió y tampoco justificó su inasistencia ¹⁴⁰ .	N/A	-
Audiencia pública de juzgamiento a realizar el 19 de junio de 2013.	No asistió y tampoco justificó su inasistencia ¹⁴¹ .	N/A	-
Audiencia pública de juzgamiento a	N/A	No asistió y tampoco	

¹³⁸ Fl. 78, Cdno.1-

¹³⁹ Fl. 106, Cdno.1-

¹⁴⁰ Fl. 122, Cdno. 1.

¹⁴¹ Fl. 125, Cdno. 1.

realizar el 4 de diciembre de 2014.		justificó su inasistencia ¹⁴² .	
Audiencia pública de juzgamiento a celebrar el 16 de marzo de 2015.	N/A	Asistió pero no gestionó las contradicciones que esta Sala advirtió (numeral 3.1 <i>supra</i>).	El apoderado, sin embargo, sí se refirió a la credibilidad de los testimonios, restringiéndose a señalar una relación de parentesco.
Recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.	N/A	No se interpuso el recurso procedente.	El apoderado fue notificado en la audiencia y también de la sentencia penal.

134. En suma, las gestiones adelantadas por el primer defensor de oficio se restringieron a ser notificado de las decisiones adoptadas por la Fiscalía. Las del segundo, a asistir a la audiencia pública de juzgamiento y a pedir la absolución del acusado sin hacer mayores consideraciones sobre el caso concreto, excepto en cuanto a la relación de parentesco entre uno de los testigos (Yoelis del Carmen Ballesta) y la víctima, alegato que, en sí mismo, no tenía vocación de minar la credibilidad del testimonio. Es de resaltar que el último defensor de oficio tuvo a su disposición el expediente del proceso penal y, por ende, pudo haber advertido las irregularidades procesales señaladas en la demanda de tutela.

135. La Sala encuentra, entonces, acreditada la vulneración al derecho de defensa material del actor, debido a que las actuaciones de sus defensores no cumplieron las condiciones materiales para ser consideradas *reales*, en los términos expuestos al inicio de este acápite. El primer defensor de oficio se limitó a ser notificado de las decisiones que se produjeron en el transcurso del proceso; sin embargo, no adelantó ninguna gestión litigiosa, *real*, en procura de los intereses de Ever Hernández Pineda. Esta ausencia de defensa técnica generó, en el transcurso del proceso, una situación de indefensión del tutelante.

136. El segundo defensor de oficio, por su parte, no interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia, pese a que el juzgado no atendió su argumento de falta de credibilidad de uno de los testimonios. Esta situación redundó en una ausencia de asistencia efectiva, con el agravante de que, para el momento en que se dictó la sentencia (junio 23 de 2015), el tutelante ya había sido privado de la libertad y puesto a disposición del juzgado accionado¹⁴³ (abril 29 de 2015). De esto se sigue que, para el primer

¹⁴² Fl. 130, Cdn. 1.

¹⁴³ Fl. 140, Cdn. 1.

momento, el defensor tenía certeza acerca de la ubicación de su defendido y pudo haberse entrevistado con este para garantizar que su defensa, al menos, pudiera fundamentarse en la versión de este de los hechos.

137. No puede la Sala, de otro lado, asumir que se está ante una simple discrepancia del accionante con la estrategia que adelantaron sus defensores de oficio. Si bien el silencio puede ser considerado como una estrategia de litigio, al punto de que el ordenamiento jurídico garantiza el derecho a guardar silencio, también lo es que el abandono total del proceso no puede considerarse expresión de aquel. En el primer caso se trata de una estrategia que se materializa con la omisión del profesional del derecho, mientras que en la segunda se trata de la indefensión generada, precisamente, por la inactividad de este.

138. Desde luego, estas omisiones no pueden atribuirse, en su integridad, al juzgado accionado. Sin embargo, en lo que respecta a sus competencias, se puede constatar su omisión de *“realizar un control constitucional y legal con el fin de verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa”*¹⁴⁴. De haber actuado en consecuencia habría debido constatar la situación de indefensión en que los defensores del accionante lo pusieron a lo largo del proceso, máxime al haber sido declarado persona ausente en la etapa de instrucción. El análisis de estas cuestiones le hubiera permitido a la autoridad tutelada estudiar la validez de las actuaciones adelantadas por la Fiscalía y parte de las realizadas en la etapa de juicio, especialmente por la notoria ausencia del primer defensor y las fallas del segundo.

139. No comparte la Sala, entonces, el criterio expuesto por los jueces de tutela de instancia, que consideraron que no se había vulnerado el derecho de defensa técnica del accionante, debido a que en el proceso penal se le habían nombrado defensores de oficio. Para la Sala, no es garantía del derecho a la defensa la sola designación formal de un profesional del derecho¹⁴⁵, pues esta requiere actos positivos de defensa en procura de los derechos e intereses del indiciado. No es suficiente, para la Sala, considerar que el derecho a la defensa técnica del accionante fue garantizado dado que a sus defensores de oficio se les notificaron las decisiones fundamentales del proceso, como tampoco el hecho de que el último de estos hubiese pedido, sin una fundamentación mínima, la absolución de aquel. Dado que no es posible apreciar acción o estrategia defensiva, el tutelante, durante el trámite penal, adoleció de indefensión sistemática.

140. La jurisprudencia constitucional ha considerado como elementos para considerar una ausencia de defensa técnica, los siguientes¹⁴⁶: *i)* que sea evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica; *ii)* que las deficiencias en la

¹⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de mayo de 2008, con Radicado No. 28115.

¹⁴⁵ Cfr. Ibíd. (CSJ). Sentencia del 11 de julio de 2007, con Radicado No. 26827.

¹⁴⁶ Cfr. Sentencias T-106 de 2005, T-395 de 2010, T-561 de 2014 y T-576 de 2015.

defensa no le hubiesen sido imputables al procesado o hubiesen tenido como causa evadir la acción de la justicia; *iii*) que la falta de defensa revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial, de manera tal que pueda configurarse uno de los defectos sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental; y *iv*) que aparezca una vulneración palmaria de las garantías del procesado.

141. Las hipótesis antes referidas se presentan, a juicio de la Sala, en el presente asunto: *i*) el papel de los defensores de oficio, especialmente el del primero, fue eminentemente formal; se insiste, porque se limitaron a notificarse de las decisiones sin adelantar ningún tipo de gestión de defensa. *ii*) Esta omisión no le puede ser atribuible al señor Hernández Pineda. *iii*) Las falencias en las que se incurrieron, resaltadas en esta providencia, fueron determinantes y palmarias para considerar configurados los defectos fáctico y procedimental, de que tratan los numerales 3.1, 3.2.1 y 3.2.2 *supra*.

142. En consecuencia, en el proceso *sub examine* se incurrió en defecto procedimental absoluto, por falta de defensa técnica, por una parte, ante la omisión del Juzgado Penal del Circuito de Lórica (Córdoba), de realizar un control constitucional y legal tendiente a verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa. Por otra parte, como consecuencia de la situación de indefensión sistemática en la que los defensores de oficio del accionante le pusieron durante el proceso penal. Dado esto último, encuentra la Sala necesario remitir copias de esta providencia al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba para que, en ejercicio de sus competencias legales, determine si los defensores de oficio del accionante incurrieron en alguna conducta susceptible de ser sancionada disciplinariamente.

4. De los efectos de la presente providencia de tutela

143. Dados los defectos demostrados, es necesario establecer si afectan la sentencia penal o, inclusive, tienen la entidad suficiente para afectar decisiones anteriores a ella.

144. Lo primero a tener en cuenta es que esta Sala carece de competencia para definir si el accionante es o no responsable penalmente. De hecho, el análisis de esta providencia, contenido en los párrafos precedentes, está circunscrito a la verificación de inconsistencias probatorias y deficiencias procesales, pero, en forma alguna, se refiere a la responsabilidad penal del accionante, ya que es un asunto que debe ser definido únicamente por el juez penal de la causa.

145. Teniendo en cuenta que se encontraron irregularidades a partir de la citación al accionante para escucharlo en indagatoria (numeral 3.2.3 *supra*), la Sala considera que lo precedente es dejar sin efectos lo actuado a partir de dicha citación -no notificada al accionante-, lo cual incluye, por supuesto, las órdenes de captura que se dictaron por parte de la Fiscalía General de la Nación.

146. En ese sentido, la decisión por tomar es, por un lado, dejar sin efectos todo lo actuado desde la providencia referida en el párrafo anterior y, por el otro, ordenar que se disponga lo conducente para garantizar la libertad inmediata del accionante. En todo caso, la autoridad accionada deberá reiniciar las actuaciones tendientes a establecer si el tutelante es responsable penalmente de los hechos que se le atribuyen. Al hacerlo, deberán prestar especial atención a las irregularidades advertidas en esta providencia, al igual que determinar si se configuraron fenómenos como la prescripción u otros similares que impidan reiniciar el proceso penal.

5. Conclusión

147. En el proceso de la referencia, la autoridad judicial accionada incurrió en los defectos fáctico y procedimental absoluto, en los términos expuestos en los numerales 3.1 y 3.2 *supra*. En consecuencia, la Sala revocará las sentencias de tutela objeto de revisión. En su lugar, accederá al amparo solicitado y dejará sin efectos las actuaciones adelantadas en el proceso penal *sub examine* desde que se citó a Ever Hernández Pineda con fines de indagatoria, inclusive. Igualmente, ordenará a la autoridad judicial accionada disponer lo conducente en relación con la libertad inmediata del tutelante.

148. La Sala constató, por una parte, que las pruebas testimoniales en las que se fundamentó la sentencia condenatoria prestaban contradicciones sustanciales, que no fueron advertidas y que, a la postre, condujeron a la vulneración de la presunción de inocencia del tutelante. Igualmente, que durante el proceso se presentaron inconsistencias procesales: *i*) previas a la declaratoria de persona ausente del accionante; *ii*) al pretermitirse una instancia relevante para el caso concreto (la audiencia preparatoria); y *iii*) al vulnerar el derecho a la defensa técnica que le asistía al tutelante, por la ausencia material de esta.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 2 de mayo de 2018 que, a su vez, confirmó la sentencia emitida por Tribunal Superior de Montería, en el sentido de negar por improcedente el amparo de los derechos invocados, con fundamento en las razones expuestas en esta sentencia. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho fundamental al debido proceso de Ever Luis Hernández Pineda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

Segundo. - Como consecuencia de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTO** todo lo actuado en el proceso penal 23-417-3104-001-2005-00132, adelantado en contra del señor Ever Luis Hernández Pineda, por la muerte de Miguel Jerónimo López González, a partir de la resolución del 12 de abril del año 2004, por la cual se le llamó a indagatoria, inclusive, por las razones señaladas en esta providencia.

Tercero. - **ORDENAR** a la Fiscalía 26 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Lorica que, en el término de cinco (5) días, contados desde la notificación de esta providencia, reinicie las actuaciones procesales del caso, prestando atención a los asuntos referidos en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. - **ORDENAR** al Juzgado Penal del Circuito de Lorica (Córdoba) disponer, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la copia de esta providencia, lo conducente en relación con la libertad inmediata del señor Ever Luis Hernández Pineda, por haberse incurrido en las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Quinto. - **COMPULSAR** copias de esta providencia al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, para que, en el ejercicio de sus competencias, establezca si los defensores del accionante incurrieron en conductas susceptibles de sanción disciplinaria.

Sexto.- **ORDENAR** que, por medio de la Secretaría General, se devuelva al Juzgado Penal del Circuito de Lorica Córdoba, el expediente del proceso penal 23-417-3104-001-2005-00132.

Séptimo. -Por Secretaría General, **EXPEDIR** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General