

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP13021-2018

Radicación n° 100489

Acta 352

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

1. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante FERNANDO MONTOYA FRANCO, a través de apoderado judicial, contra el fallo proferido el 8 de agosto del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante el cual negó la acción de tutela interpuesta en protección de sus derechos fundamentales a la defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerado por los Juzgados Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías y Cuarto Penal del Circuito, ambos de la misma ciudad, trámite al que fueron vinculados las partes y demás sujetos intervinientes dentro del proceso penal que se cuestiona.

2. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos y pretensiones que motivaron la solicitud de amparo constitucional fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira de la forma como sigue:

Manifestó el accionante que el día 24 de mayo de 2010 la Dirección de Impuestos y

Aduanas Nacionales –DIAN- formuló denuncia en contra del señor Fernando Montoya Franco, como supuesto autor de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, al ser el responsable de las declaraciones tributarias de la Agencia de Seguros denominada «Coase Ltda», investigación que fue radicada bajo el Nro. 66-001-60-00-036-2010-02875 y cuyo conocimiento le correspondió asumir a la Fiscalía 28 Seccional de Pereira.

Señaló también el actor que habiendo transcurrido siete años desde el inicio de la aludida indagación, fue emitida la orden a Policía Judicial, dirigida a informarle al señor Montoya Franco la existencia de dicha investigación, labor que fue ejecutada por la Agente del CTI Lina María Herrera Pérez, quien mediante informe Nro. 66-110568 del 14 de junio de 2017, reportó que «en el mismo momento que me encontraba informándole de la indagación, llaman de la portería indicándole que tenía una correspondencia, al bajar nos dimos cuenta que del Juzgado 3º Penal Municipal de Garantías, la servidora JULIANA MARÍN le estaba notificando citación No. 8322 de fecha 01/06/2017 para que se presentara el día 02 de agosto en audiencia».

En efecto, dijo el letrado accionante, que el día 2 de agosto de 2017 fue celebrada la audiencia de formulación de imputación, pero no en el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, sino en el Juzgado Quinto de igual categoría, actuación a la cual no asistió el señor Montoya Franco, pero sí una abogada de la Defensoría del Pueblo, a quien se le designó para que representara los intereses del procesado, esta fue la Dra. Gloria Yolanda Buitrago Gómez.

Durante el transcurso de la mencionada audiencia, la Fiscalía exhibió el informe suscrito por la Agente Herrera Pérez, con la finalidad de demostrar que supuestamente el señor Fernando Montoya Franco había sido citado a esa audiencia, y que a pesar de ello no había asistido a la misma, por lo que ante su ausencia, pidió que fuera declarado en contumacia, petición a la cual accedió el Despacho, a pesar de la fundada oposición que en su momento invocara la defensora que lo representaba, puntualmente porque la citación lo habían

convocado a un Despacho Judicial diferente a aquel en el cual se surtió la diligencia.

El día 21 de septiembre de 2017 la Agente Herrera Pérez suscribió el informe No. 66-116766 dirigido a la Fiscalía que adelanta el caso, en el cual consignó que el señor Fernando Montoya Franco residía en la Calle 15 - 8-51, apartamento 301 de Pereira, y que su correo electrónico era jorgefdo21@gmail.com. A pesar de ello, el 27 de septiembre de esa anualidad, después de que el ente acusador radicara el correspondiente escrito de acusación, en el que se dejó señalado erróneamente que el e-mail del procesado Montoya Franco era agenciacoase@gmail.com, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira remitió con destino al Centro de Servicios Judiciales del SPA, un oficio convocando a la respectiva audiencia de formulación de la acusación, y solicitándole entonces que hiciera efectivas las notificaciones del caso.

La única actividad de notificación desplegada por parte del Centro de Servicios Judicial fue el envío de dicha comunicación al correo electrónico, que reiteró el abogado, fue consignado erradamente en el escrito de acusación por parte de la Fiscalía; circunstancia que se repitió para la «notificación» de las audiencias preparatoria y de juicio oral; errores que incidieron para que el señor Fernando Montoya Franco careciera efectivamente de su derecho fundamental a la defensa, y tuvo como consecuencia lógica el proferimiento de un fallo condenatorio que pudo haber evitado o menguado.

3. PRETENSIONES

FERNANDO MONTOYA FRANCO solicita se decrete la nulidad de lo actuado dentro del proceso 66-001-60-00-036-2010-02875, que se adelantó en su contra, a partir de la audiencia de formulación de imputación.

4. INTERVENCIONES

4.1. Centro de Servicios Judiciales - Sistema Penal Acusatorio de Pereira

La Juez Coordinadora informó que durante los años 2015, 2016 y 2017, se señalaron varias fechas para llevar a cabo audiencia de formulación de imputación.

Describió que, en el 2015, se intentó en tres oportunidades, pero en la primera fecha no se hizo presente defensor y en las dos últimas, el indiciado no acudió. En el año 2016, fueron programadas dos diligencias: en la primera no asistió el procesado; y en la segunda, el ciudadano se hizo presente, pero la Fiscalía retiró la solicitud. Finalmente, en el 2017, hubo la fijación de tres audiencias -no precisa que ocurrió en las dos primeras-, en la última fue declarado en contumacia.

Indicó que si bien, la audiencia de imputación siempre fue asignada al Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira y la terminó por realizar el homólogo Quinto, ello no estructura ninguna irregularidad, pues esos cambios de despachos pueden ocurrir por necesidad del servicio, como cuando el asignado se encuentra en compensación, por haberle correspondido alguna diligencia compleja, o por alguna situación administrativa.

Por último, en relación con la etapa de juzgamiento, afirmó que al hoy actor se le informó sobre la celebración de las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral al correo electrónico «agenciacoase@gmail.com».

4.2. Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira

La titular del Despacho estima que no existió vulneración de garantías fundamentales, pues el actor conocía de la indagación que se adelantaba en su contra, sin embargo, nunca se interesó por la suerte del proceso.

4.3. Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira

El Juez afirmó que la decisión de declarar contumaz al accionante obedeció a que

FERNANDO MONTOYA FRANCO hizo caso omiso a los varios llamados que se le efectuaron, para que compareciera a la audiencia de formulación de imputación.

Señaló que si bien, la citación para el 2 de agosto de 2017 -fecha en que fue declarado contumaz- la hizo su homólogo Tercero, estuvo al pendiente, sin que ese ciudadano hubiese comparecido.

4.4. Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

La apoderada facultada para dar contestación indicó que esa entidad carece de legitimidad en la causa por activa, pues las pretensiones se dirigen contra autoridades judiciales.

4.5. Defensor de Fernando Montoya Franco dentro del proceso penal

Estimó que debe concederse en amparo, pues no se concedió al procesado la posibilidad de hacer uso del derecho de defensa material o técnica.

5. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira negó el amparo, tras considerar que no hubo afectación de garantías fundamentales, ya que FERNANDO MONTOYA FRANCO conocía que en su contra se adelantaba el proceso penal en cuestión; no obstante, hizo caso omiso a las múltiples citaciones a la audiencia de formulación de imputación, de ahí que tuvo que declarársele contumaz, aunado a que dejó al azar lo que ocurriese en la etapa de juzgamiento.

6. DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el actor, quien expone que coexistieron dos procesos penales en su contra por el presunto no pago de contribuciones a la DIAN y, por tanto, recibió «indiscriminadamente citaciones de uno y otro», por lo que estuvo convencido que se

trataba de un solo proceso.

De otra parte, expone que no existían fundamentos para declararlo contumaz, por cuanto de las nueve oportunidades en las que fue citado audiencia de formulación de imputación, sólo a tres no asistió, las demás se vieron frustradas por falta de defensor o aplazamiento por parte de la Fiscalía. Señala que para el 2 de agosto de 2017, fecha en que se le declaró contumaz, concurrió al Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, pero este se encontraba cerrado.

Insiste en que nunca fue citado a las audiencias de acusación, preparatoria y juicio que llevó a cabo el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, pues las comunicaciones se enviaron al correo «agenciacoase@gmail.com», «del cual no existe ningún antecedente en el dossier, y mucho menos está acreditado que fuera administrado por el indiciado»; por el contrario, durante la labor de ubicación que llevó a cabo la Fiscalía en la etapa de indagación, informó a la investigadora asignada que residía en la Calle 15 No. 8-51 apartamento 301 de Pereira y que su correo electrónico era «jorgefdo21@gmail.com», al que, resalta, se le informaba de las citaciones a la formulación de imputación.

Reitera la pretensión de que se declare la nulidad a partir de la audiencia de formulación de imputación.

7. CONSIDERACIONES

7.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

7.2. Son dos los temas que se proponen en esta acción: i) desacuerdo con la declaratoria de contumacia de FERNANDO MONTROYA FRANCO, adoptada por el Juzgado Quinto Penal

Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, el 2 de agosto de 2017; y, ii) no haberse convocado al citado ciudadano a las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio, que se adelantaron ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, omisión que le impidió ejercer su derecho de defensa.

7.3. Tratándose de la acción de tutela contra procedimientos judiciales, su ejercicio es excepcionalísimo, y su prosperidad se encuentra supeditada al cumplimiento de «ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad»¹ que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

7.3.1. Tales presupuestos, se encuentran clasificados en generales y específicos. Siendo los primeros, los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
- e. «Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.»²

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

7.3.2. Si se superan aquellos, es viable pasar a los específicos, enlistadas en la sentencia CC-590-2005, así:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente.

h. Violación directa de la Constitución.

7.4. En ese orden de ideas, se advierte la concurrencia de los generales, en los siguientes

términos:

- a) El asunto reviste relevancia constitucional, por cuanto la privación actual de la libertad del gestor constitucional tiene origen en la sentencia condenatoria emitida en su contra dentro del proceso penal cuestionado.
- b) No existen mecanismos de defensa judicial ordinarios y si bien, en su momento pudo interponerse el de apelación contra la sentencia condenatoria, precisamente los hechos fundamentos de la acción, están relacionados con el aparente no llamado del procesado a la causa penal y la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa.
- c) Se cumple el presupuesto de la inmediatez, pues la sentencia condenatoria que originó la actual privación de la libertad, se expidió el 5 de abril de 2018, y la detención se produjo en el mes de mayo -no se conoce la fecha exacta-.
- d) La presunta irregularidad procesal debatida tuvo un efecto decisivo en la actuación penal, pues, precisamente, lo que se discute es que el proceso penal haya continuado y culminado con una sentencia condenatoria, pese a que FERNANDO MONTOYA FRANCO, presuntamente no fue citado en debida forma.
- e) El interesado identificó razonablemente los hechos que generaron la presunta vulneración y las garantías fundamentales involucradas.
- f) El trámite reprobado no se trata de sentencia de tutela.

7.5. Respecto de las causales específicas, FERNANDO MONTOYA FRANCO alega un defecto procedimental, que como se anticipó, ocurre cuando el funcionario judicial obra completamente al margen del procedimiento establecido.

En el presente asunto, se iniciará el estudio con el segundo de los temas plasmados al inicio

de estas consideraciones, esto es, el no llamado adecuado del actor durante la etapa de juicio; puesto que, de prosperar, se abriría nuevamente el escenario judicial ordinario para debatir la nulidad de la declaratoria de contumacia.

Una de las principales manifestaciones del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas recaudadas en su contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. (CC-T-668 de 2013).

Garantía que debe ser reconocida íntegramente durante la etapa del juzgamiento, la cual implica que el procesado debe ser citado adecuadamente a la totalidad de las audiencias, distinto es que, por su propia voluntad, decida no acudir al mismo.

El artículo 291 de la Ley 906 de 2004, que desarrolla la figura jurídica de la contumacia, prescribe: «Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no comparece a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación [...]»

A su turno, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-1154 de 2005, al analizar la exequibilidad de dicha norma, se refirió a la naturaleza de este instituto jurídico, en el sentido que «se trata un caso de rebeldía en el que el procesado se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación por lo que se parte del conocimiento del indiciado de que va a ser imputado; y, sobre esa base aclaró que, «no se está frente a una situación de juicio in absentia, sino frente a la ausencia del investigado en una etapa precisa del procedimiento penal conocida por él y por su abogado» (subrayado y negrilla fuera del texto).

Es decir, que la contumacia solamente tiene efectos para la audiencia de formulación de imputación, con la que se inicia formalmente el proceso; pero de ninguna manera puede derivarse de aquella, algún tipo de renuncia tácita al derecho que tiene el procesado de

comparecer al juicio y ejercer su derecho de defensa y, por tanto, debe garantizarse su adecuada citación a las audiencias que se lleven a cabo durante esa decisiva etapa.

7.6. En el sub lite, de acuerdo con la intervención de las autoridades judiciales accionadas y llamadas como terceros, en especial del Centro de Servicios Judiciales – Sistema Penal Acusatorio de Pereira, encargado de las citaciones, una vez FERNANDO MONTOYA FRANCO fue declarado en contumacia y se le formuló imputación, la Fiscalía presentó el escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira.

El mencionado Despacho, durante los días 30 de octubre de 2017, 30 de enero, 22 de marzo y 5 de abril de 2018, celebró las audiencias de formulación de acusación, preparatoria, juicio oral y lectura de sentencia, respectivamente. Para efectos de la comparecencia del procesado FERNANDO MONTOYA FRANCO a todas estas, el Centro de Servicios en mención, le envió comunicaciones únicamente al correo electrónico «agenciacoase@gmail.com», que según esa dependencia, fue uno de los datos de notificación que la Fiscalía plasmó en el escrito de acusación.

Si bien, la citación por medios electrónicos es idónea, en este asunto ocurre una situación particular, consistente en que, según el Centro de Servicios Judiciales, esa dirección electrónica fue suministrada por la Fiscalía en el escrito de acusación; sin embargo, no se conoce el origen de ésta y, en contrario, se advierte que la dirección electrónica que desde el año 2015 suministró la Fiscalía para las comunicaciones a la diligencia de imputación era una diferente, esto es, «jorgefdo21@gmail.com», la que vale la pena resaltar, el actor acepta recibió, de ahí que, incluso, el procesado acudió a algunas de las fijadas para dicho fin.

Sumado a ello, previa la realización de la audiencia donde se declaró la contumacia -2 de agosto de 2017-, la Fiscalía, a través de la investigadora asignada, llevó a cabo labores de verificación de arraigo de FERNANDO MONTOYA FRANCO, contenidas en los informes de

campo FPJ-11 del 6 de marzo y 14 de junio de 2017, donde se plasma que la servidora de policía judicial pudo entrevistarse personalmente con el señalado ciudadano, quien dio como dirección de notificaciones «Carrera 15 No.22-41 Apto 401» y número de celular «3006440549».

De otra parte, si bien, la dirección electrónica «agenciacoase@gmail.com», podría estar relacionada con la Sociedad Agencia de Seguros Coase Ltda, respecto de la cual se predica la omisión en el pago de las contribuciones a la DIAN, lo cierto es que en el informe de campo FPJ -11 del 14 de junio de 2017, antes referido, la investigadora plasmó que «revisada la página de la Cámara de Comercio a nivel nacional, se encontró que el señor FERNANDO MONTOYA FRANCO canceló matrícula mercantil desde el año 2015» y anexó el respectivo soporte.

7.7. En conclusión, es evidente que a FERNANDO MONTOYA FRANCO no se le garantizó su derecho a comparecer al juicio, motivo por el cual se concederá el amparo solicitado. En tal virtud, se dejará sin efecto lo actuado dentro del proceso No. 660016000036-2010-02875, asignado al Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Pereira (Risaralda), a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 30 de octubre de 2017, inclusive, para que la rehaga, conforme a los parámetros contenidos en esta decisión.

En atención a que FERNANDO MONTOYA FRANCO se encuentra privado de la libertad a cargo del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda)³, se le remitirá copia de esta decisión, para que, de manera inmediata, adopte la determinación que corresponda en relación con la concesión de la libertad, con ocasión de lo aquí decidido.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho al debido proceso.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO lo actuado dentro del proceso No. 660016000036-2010-02875, asignado al Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Pereira (Risaralda), a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 30 de octubre de 2017, inclusive, para que la rehaga, conforme a los parámetros contenidos en esta decisión.

TERCERO: REMITIR copia de esta decisión al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda), para que, manera inmediata, tome la decisión que corresponda en relación con la concesión de la libertad, en virtud de la nulidad aquí decretada.

CUARTO: REMITIR el expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en el caso que no sea impugnada la presente determinación.

QUINTO: NOTIFICAR esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Sentencias C-590/05 y T-332/06.
- 2 Ibídem.
- 3 Folios 3 y 4 cuaderno segunda instancia