

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP3535 – 2021

Tutela de 2ª instancia No. 114906

Acta No. 47

Bogotá D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, a través de apoderado judicial, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 13 de enero de 2021, que negó por improcedente el amparo invocado contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento, el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías ambulatorio y la Fiscalía Décima Seccional, todos de Cúcuta, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

A la presente actuación se vinculó de oficio, el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cúcuta y el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la información obrante en el expediente se destacan como hechos jurídicamente

relevantes los siguientes:

1. Con ocasión de la denuncia formulada en el año 2010 por la División de Gestión Jurídica de la DIAN, en la que puso en conocimiento que la representante legal de la empresa «JYYISELL», señora JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, no consignó dentro de los plazos fijados por el gobierno nacional las obligaciones tributarias causadas entre el año 2008 y 2009, se inició en su contra proceso penal por el delito omisión del agente retenedor o recaudador.
2. El 18 de junio 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías ambulante de Cúcuta, se ordenó el emplazamiento de la denunciada, previa solicitud de la fiscalía. Y el 8 de febrero de 2017, se llevó a cabo ante ese juzgado la audiencia preliminar de declaratoria de persona ausente y formulación de imputación en contra de JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO por el delito por el cual fue denunciada.
3. Radicado el escrito de acusación, el trámite del proceso correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito con funcionamiento de Cúcuta, que el 17 de julio de 2017 realizó la audiencia de formulación de acusación, seguida de la preparatoria el 7 de febrero de 2018. El 15 de mayo de 2019 se dio inicio al juicio oral con la exposición de la teoría del caso de las partes, dando paso a la práctica de pruebas decretadas a la fiscalía, al cabo de lo cual la defensa solicitó el aplazamiento del juicio con el fin de llevar labores de búsqueda de la procesada, a lo cual accedió el despacho.
4. El 15 de julio de 2020 se continuó con la audiencia de juicio oral, oportunidad en la que la defensa desistió del testimonio de la acusada porque le fue imposible ubicarla. Se procedió con los alegatos de conclusión, donde el delegado del ente acusador solicitó que el sentido del fallo fuera de carácter condenatorio. Por su parte, la defensa dijo no contar con los elementos esenciales para solicitar la absolución de la procesada dejando a criterio de la juez la decisión a tomar. Se suspendió la diligencia y se citó para audiencia de emisión del

sentido del fallo y lectura de sentencia.

5. El 6 de agosto de 2020, se profirió sentencia, condenando a JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO a las penas principales de 48 meses de prisión y multa de \$ 10.617.262 pesos, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, al haber sido hallada penalmente responsable en calidad de autora del delito de omisión del agente retenedor o recaudador. Decisión que alcanzó firmeza en esa instancia, por no haberse interpuesto recurso alguno en su contra.

6. Sustentando en este marco fáctico, la accionante en tutela afirmó que en la sentencia condenatoria proferida en su contra se estructura un defecto procedimental absoluto, por cuanto (i) fue declarada persona ausente sin que previamente se hubiese adelantado una labor más exhaustiva de búsqueda, circunstancia que no permitió ejercer su derecho de defensa material; (ii) tampoco se realizó una correcta individualización en el escrito de acusación, toda vez que se consignó de manera errada el nombre de los padres de la acusada y su estatura, mientras que se realizó la investigación respecto a un número de cédula que no corresponde al de la denunciada y; (iii) por ausencia de defensa técnica, dada la omisión en la interposición de recursos y falta de contradicción de la prueba.

7. En consecuencia, pretende que se conceda el amparo, se deje sin efectos la sentencia condenatoria y se ordene rehacer el proceso a partir de la declaratoria de persona ausente.

INFORMES DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta, informó que dentro del proceso radicado No. 54001 60 01131 2010 03801, seguido en contra de JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, se emitió el 6 de agosto de 2020 sentencia condenatoria por la conducta de omisión del agente retenedor o recaudado. Después, remitió la carpeta al Centro de Servicios Judiciales para la elaboración de la respectiva orden de captura y posterior envió de la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad, para lo de su competencia.

Precisó que ese despacho se mantiene en lo decidido a través de la sentencia condenatoria, por cuanto fue producto de lo analizado y debatido en su oportunidad, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios allegados al informativo, el debido proceso y el derecho de defensa. Solicitó declarar improcedente la presente acción.

La Fiscalía Décima Seccional, Unidad de Patrimonio Público y Fe Pública de Cúcuta se opuso a la prosperidad del amparo, pues advirtió que la declaratoria de persona ausente se llevó ante la autoridad competente, previa emisión de varias órdenes para la ubicación de la procesada, de acuerdo con la dirección suministrada a la DIAN.

Indicó que, si la dirección de notificaciones cambió, lo lógico es que la contribuyente así lo informe. Además, tratándose de un proceso con varios años en su trámite, la procesada tuvo la oportunidad de solucionarlo, pues ella sabía de la declaración privada que había rendido sin pago, y como tal debía acercarse a la DIAN para buscar una alternativa a su problema.

Afirmó que el derecho de defensa de la procesada no se afectó, porque siempre tuvo un abogado de la defensoría pública, quienes actúan con respeto y decoro.

El Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías ambulante de Cúcuta, indicó que el titular de ese despacho para esa época, «...observó que la imputación se encontraba debidamente formulada y ajustada a los requerimientos legales establecidos en el C.P.P. (...)». En consecuencia, solicitó que se le desvincule porque en su criterio no existe ninguna vulneración a derechos fundamentales atribuible al actuar de esa judicatura.

La titular del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta, comunicó que, dentro de la fase de ejecución de la sentencia, proferida en contra de la

accionante, fueron despachadas desfavorablemente las solicitudes de suspensión condicional de la pena y prisión domiciliaria mediante autos del 06 de noviembre de 2020.

El proceso se encuentra actualmente surtiendo el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la última de esas decisiones, vencido el cual se enviará en forma inmediata al fallador para lo de su cargo, tal como lo dispone el inciso 4º del artículo 194 de la Ley 600 de 2000.

Respecto a las pretensiones de la tutela, indicó que no tiene competencia para modificar las decisiones proferidas por los jueces de conocimiento ni de garantías, resultando imposible en etapa de ejecución punitiva revocar los actos procesales que pretende el accionante.

El abogado Eduardo Rodríguez Barón, informó que actuó como defensor público en la audiencia de formulación de imputación, su participación la realizó con ética y bajo los parámetros de una defensa técnica acorde con el momento procesal. Respecto a las actuaciones que se dice no llevó a cabo la fiscalía para ubicar a JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, apuntó que ese asunto deber ser explicado por el fiscal del caso. Solicitó que la súplica sea desestimada por no configurarse transgresión de garantías superiores y adicionalmente, no se satisfacen los presupuestos generales de la acción de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, en decisión adoptada el 13 de enero de 2021, negó por improcedente el amparo invocado.

Señaló que la acción carece de los requisitos de procedibilidad, porque en el presente asunto la interesada no acreditó que se hubiesen agotado los medios ordinarios y extraordinarios con lo que contaba su defensor para atacar las presuntas irregularidades contrarias a sus intereses.

Así, se enviaron citaciones a las direcciones registradas en la DIAN y seguidamente se inició la búsqueda en las bases de datos de la policía judicial, sin lograr contactarla. Igualmente se indagó en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en las direcciones que había registrado la denunciada como propietaria de varios vehículos. Además, se allegaron informes del investigador de campo que adelantó diferentes actividades de verificación.

Frente a la imprecisión en la individualización de JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, porque se consignó de manera errada en el escrito de acusación los nombres de los padres, precisó que tal circunstancia por sí sola no genera la declaratoria de una nulidad como se pretende, por cuanto esa individualización e identificación se efectuó desde las audiencias preliminares con base en la información aportada por la DIAN, es decir, no se basa exclusivamente en los datos de sus progenitores o su estatura, (la cual valga de decir, en la audiencia de imputación se señaló coincidentemente con la registrada en su documento de identificación), sino que también se soportó en las pruebas incorporadas al juicio oral, tales como la tarjeta de cadactilar.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con esta determinación, la parte accionante la impugnó con la finalidad que sea revocada y se acceda al amparo en los términos solicitados en la demanda de tutela. Insistió que existieron graves falencias en la defensa pública y en la labor del representante de la Fiscalía General de la Nación, a pesar de lo cual el juez constitucional de primera instancia no analizó los elementos de juicio que aportó en aras de acreditar tales errores. Preciso que, de haberse enmendado la actuación irregular denunciada, se le habría permitido a su representada enfrentar el rigor de la justicia con más garantías, por vía de un arreglo que convalide la medida restrictiva que hoy la tiene privada de la libertad, ante la posible reparación a la víctima o incluso, vía preacuerdo.

Asimismo, destacó que en este caso impone diferenciar entre un delincuente y un infractor,

pues este último es simplemente una persona que por desconocimiento de la ley asume lo que por cultura se dice, de ahí que hace un llamado de atención para que se analice que la DIAN no agotó el debido proceso dado que dicha reclamación prescribió administrativamente el 27 octubre de 2016.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Problema jurídico

Conforme a los hechos que motivaron la tutela y la impugnación presentada por la parte accionante, corresponde determinar a la Sala si en el trámite de vinculación de JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO a la actuación penal que en su contra cursó por el delito de omisión del agente retenedor, se transgredió el derecho fundamental al debido proceso. Además, se verificará si durante el curso de la actuación se presentó alguna afectación al derecho de defensa.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la [Constitución Política](#) para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos allí establecidos.
2. Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, es necesario,

para su procedencia, demostrar que la decisión o actuación incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

3. De los medios de conocimiento allegados al trámite constitucional, la Sala advierte que la declaratoria de persona ausente que la accionante cuestiona, se surtió de conformidad con las exigencias normativas del artículo 127 del Código Penal y con el respeto pleno de sus derechos fundamentales.

3.1. Inicialmente se convocó a JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO, enviándole citaciones a las direcciones registradas ante la DIAN, pero al no lograr su comparecencia, se inició la búsqueda en las bases de datos de la policía judicial, en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se obtuvieron otras direcciones que había registrado al ser propietaria de varios vehículos, enviando citaciones a la dirección física y telefónica, sin lograr contactarla.

3.2. De acuerdo con los informes aportados por los investigadores de campo, se estableció que entre octubre de 2010 y febrero de 2015 se llevaron a cabo diferentes actividades de verificación tales como: búsqueda en la dirección registrada en el RUT de la investigada, en las direcciones que figuraban en la Cámara de Comercio del establecimiento comercial del que se decía, era representante legal, en las bases de datos de Fosyga y Saludcoop, de la cual se obtuvo una dirección de ubicación en la ciudad de Bucaramanga, lugar donde se realizaron averiguaciones y, finalmente, el CTI de Bucaramanga indagó sobre su paradero en el centro comercial Fashion Silver, todos sin resultados positivos.

3.3. Ante la imposibilidad de contactar a la denunciada para que asistiera a la audiencia de imputación, la fiscalía solicitó ante el juez de control de garantías se iniciara el trámite para la declaratoria de persona ausente, petición a la que accedió del Juzgado Segundo Penal

Municipal con funciones de control de garantías ambulante de Cúcuta en audiencia del 18 de junio de 2015, ordenando el emplazamiento mediante edicto en los términos previstos en la parte final del inciso 1º del citado artículo 127, esto es, después de verificar que se habían agotado los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes para obtener la comparecencia del proceso, con resultados negativos.

3.4. Cumplido este procedimiento, el juez, en audiencia del 8 de febrero de 2017, declaró persona ausente a JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO y le designó defensor del sistema de defensoría pública, con quien continuaron surtiéndose todos los avisos y las notificaciones, conforme a lo previsto en el inciso 2º del referido precepto procesal.

3.5. Sostener, por tanto, que los funcionarios accionados no agotaron los recursos requeridos para lograr la localización de la indiciada, o que su búsqueda fue deficiente, carece de sentido, porque la información aportada en las audiencias a las cuales se ha hecho referencia y los elementos de juicio incorporados al informativo en el curso de la acción, indican lo contrario, quedando por sentado que la labor desplegada se ajustó a las exigencias del ordenamiento jurídico.

3.6. Cumple además señalar, que el procesamiento en ausencia es una figura adecuada e idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo: darle continuidad a la prestación del servicio público de administrar justicia y garantizar los derechos de las víctimas, pues, de otra manera, el Estado tendría que renunciar a su poder punitivo, a su facultad de persecución, ante la imposibilidad de continuar una investigación penal, bien sea porque la persona ha asumido una actitud contumaz o porque no fue posible establecer su ubicación, lo cual lleva a colegir que se trata de una medida necesaria en tanto no existe otra que permita obtener el mismo fin constitucional. (CC T-761-2012).

Bajo estas premisas, la tensión constitucional que se plantea en esta oportunidad entre el derecho al debido proceso y el deber del Estado de investigar las posibles conductas que

riñen con el ordenamiento jurídico penal, debe ser decidida a favor de éste en el caso concreto, en tanto goza de una dimensión de peso mayor, pues, se reitera, la actividad del ente acusador fue adecuada para intentar localizar el paradero de la ciudadana JACQUELINE CASTRELLÓN CRISTANCHO.

Así, la Corte comparte el criterio del Tribunal a quo al no advertir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, con ocasión de la declaratoria de persona ausente que tuvo lugar en el proceso penal que finalizó con condena en su contra.

4. En relación con el derecho a la defensa técnica de quien ha sido juzgado en ausencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

«la Corte ha precisado estrictos criterios a fin de que proceda la acción de tutela, como consecuencia de la actuación adelantada por el defensor de oficio, a saber:

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

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

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

una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales. (Cfr. C.C.S.T-761/2012).

Así mismo, esta Corporación, en plurales decisiones, entre ellas en la SP del 18 de enero de 2017, Radicado 48128, ha señalado lo siguiente:

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

4.1. En el asunto bajo estudio, observa la Corte que, a la aquí demandante, en virtud de la declaratoria de persona ausente, le fueron designados dos defensores de oficio, quienes la asistieron durante el curso de la actuación. Y que la abogada de la Defensoría Pública, Sandra Maritza Díaz Amaya, de la Defensoría Pública, quien la asistió durante el juicio, se esforzó en el ejercicio de su gestión, no obstante las limitaciones que se derivaban de la ausencia de la implicada, a quien dijo haber intentado contactar a través de las redes sociales y los datos consignados en el proceso, sin conseguirlo.

En ejercicio del encargo asumido, la citada defensora no solo se hizo presente en todas las audiencias, participó en la práctica probatoria y presentó alegatos de conclusión, sino que, incluso, desplegó labores tendientes a dar con la ubicación de su prohijada, para lo cual solicitó el aplazamiento del juicio oral, pero ante lo infructuoso de la localización, no tuvo más opción que renunciar a su testimonio, con lo cual demostró interés en la causa depositada en sus manos, de manera que el resultado adverso a los intereses de la

procesada no puede equipararse, como lo pretende la accionante, a la ausencia de defensa técnica.

Sobre este punto, es de precisar que el solo suceso de no haberse interpuesto recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, no resulta suficiente para concluir que se vulneraron las garantías invocadas, puesto que el ejercicio de esta facultad es discrecional, toda vez que el abogado puede o no hacer uso de ella, y no se demuestra que su agotamiento hubiera propiciado una situación diferente.

Importante es insistir que el ejercicio de la actividad defensiva se cumple a partir de la ideación de estrategias, que en principio deben presumirse válidas, puesto que responden al libre ejercicio de la profesión, razón por la cual, cuando se las cuestiona, debe demostrarse que la actividad cumplida escapa a la lógica y la razonabilidad esperada, y que una actividad distinta habría necesariamente llevado a una solución favorable, carga que no se acredita con afirmaciones genéricas ni apreciaciones subjetivas.

Por estas razones, también resulta improcedente la tutela por violación al derecho de defensa técnica.

Se confirmará el fallo impugnado.

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia proferida el 13 de enero de

2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte considerativa.

2. Notificar esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto

2591 de 1991.

3. Remitir el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria