

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP9043-2023

Radicación n° 131825

Acta No. 161

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada por la Magistrada Myriam Ávila Roldán, se resuelve la impugnación interpuesta por Rubén Darío Henao Cárdenas, a través de apoderado, frente al fallo proferido el 23 de junio del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en virtud del cual negó la acción de tutela impetrada contra los Juzgados 22 Penal del Circuito de Conocimiento, 3º y 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, todos de la misma ciudad, trámite que se hizo extensivo a las partes e intervinientes del proceso 2011-68666, seguido en contra del accionante.

LA DEMANDA

1. De acuerdo con lo indicado en el libelo y lo obrante en la actuación constitucional, se tiene que en el año 2011 Lucía Gómez de Gómez denunció a Rubén Darío Henao Cárdenas, quien se desempeñaba como asesor de Bancolombia, por el delito de hurto agravado, actuación radicada con el número 2011-68666.

El sustento fáctico se circunscribió a que, según la denunciante, «de su cuenta de ahorro se extrajo la suma de \$45'000.000 a través de un cheque de gerencia del 18 de julio de 2011 que ella no reconoció...Igualmente, el CDT por valor de \$88.100.000 que la señora tenía, fue cancelado mediante formato de marzo de 2011 tramitado» por Henao Cárdenas.

2. La Fiscalía 23 Seccional de la Unidad de Patrimonio y Fe Pública de Medellín, con la finalidad de escuchar en interrogatorio a Rubén Darío Henao Cárdenas efectuó las siguientes actividades:

(i) Citación al indiciado, informándole que debía asistir con abogado, en virtud de la cual el 31 de agosto de 2012 se presentó Ana María Cárdenas Herrón, progenitora de Rubén Darío Henao Cárdenas, quien, en declaración jurada, adujo que su hijo se encontraba en «Alemania estudiando y que ella iba a hablar con el (sic) sobre la situación investigada, que se quedaría alla (sic) hasta finales del año 2013 por lo que le diría (sic) que rindiera una declaración a través de la Embajada».

(ii) El 25 de junio de 2014 el asistente de la Fiscalía intentó obtener comunicación con Henao Cárdenas a través de los abonados telefónicos 5868581 y 3206201430, suministrados por la progenitora. En el primero, no fue posible porque manifestaron no conocerlo y, en el segundo, respondió Cárdenas Herrón, quien señaló que el indiciado «aún se encontraba en Alemania, que estaba pendiente de venir a Medellín en el mes de noviembre de ese año y que una vez llegara se presentaría a la Fiscalía».

(iii) Nuevamente el 2 de junio de 2015 el asistente de la Fiscalía marcó en dos oportunidades a los números telefónicos 5868581 -contestaron, pero manifestaron no conocer a Rubén Darío Henao Cárdenas ni a su progenitora- y 3206201430, en el que Ana María Cárdenas Herrón indicó que el indiciado «aún se encuentra residenciado en Alemania, ya terminó la tesis de lo que está estudiando y está en trámites de graduarse, que su hijo puede que venga a Medellín para el mes de septiembre del presente año» y, luego, «se iba

inmediatamente a correo de voz la comunicación y no fue posible citarla».

(iv) El 4 de julio de 2018, por solicitud de la Fiscalía, el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, autorizó realizar búsqueda selectiva en la base de datos de Migración Colombia y empresas de Telefonía con la finalidad de obtener información sobre los movimientos migratorios de Rubén Darío Henao Cárdenas y la existencia de líneas telefónicas a su nombre, al igual que de los datos biográficos.

(v) El 26 de julio de 2018 el investigador rindió informe, según el cual obtuvo respuesta de Migración Colombia, en el sentido de que Henao Cárdenas presentaba 35 movimientos migratorios, entre salidas e ingresos a distintos destinos -Buenos Aires, Ecuador, Paris, Caracas, Madrid, Fort Lauderdale USA y Panamá-.

Igualmente, que, a nombre del denunciante, figuraban 9 líneas móviles -las cuales se encontraban desactivadas- y se obtuvieron los datos biográficos. El 27 de julio de 2018, el Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, impartió legalidad a los resultados.

3. El 17 de octubre de 2018 se dio curso a la audiencia de declaratoria de persona ausente. En esta sesión, que se adelantó ante el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se dispuso el edicto emplazatorio y su publicación en prensa y radio, mediante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Antioquía.

4. El 23 de octubre de 2018 la Fiscalía emitió orden a policía judicial con la finalidad de «intensificar ubicación de los señores Rubén Darío Henao Cárdenas y la señora Ana María Cárdenas Herrón con fines de lograr la comparecencia del primero» a las direcciones reportadas en las empresas de telefonía, la suministrada por la progenitora del indiciado y la que figuraba en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual coincidía con la obrante en la Entidad Promotora de Salud SURA.

5. El 18 de marzo de 2019 el investigador informó que las verificaciones realizadas a las aludidas direcciones arrojaron resultado negativo y que en la EPS SURA Henao Cárdenas figura como «usuario retirado».
7. El 4 de octubre de 2019 se asignó la actuación al Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, el cual realizó la audiencia concentrada y el juicio oral, con la asistencia de defensor público.
8. El 4 de agosto de 2022, se profirió sentencia condenatoria en contra de Rubén Darío Henao Cárdenas, por el delito de hurto agravado y, en consecuencia, le impuso la pena de 72 meses de prisión.
9. El 6 de diciembre de 2022, Henao Cárdenas fue capturado en el Aeropuerto Internacional El Dorado y recluido en la Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad del Espinal.
10. El 9 de junio del año en curso, Rubén Darío Henao Cárdenas, mediante apoderado, interpuso acción de tutela, pues, en su sentir, hubo indebida notificación, en razón a que la Fiscalía no envió comunicación al correo electrónico del actor ni lo requirió «al país vecino donde efectivamente sabía que él se encontraba» y, en ese orden, no debió ser declarado persona ausente, pues la información era «escasa».

Adicionalmente, refirió que el ente acusador -con posterioridad a la declaratoria de persona ausente- no realizó actividades investigativas tendientes a lograr la ubicación de Henao Cárdenas y así se adelantó la fase de juzgamiento, durante la cual, además, careció de defensa técnica, pues el profesional del derecho que lo representó «desarrolló un papel meramente formal».

Consideró que si la Fiscalía hubiese solicitado la expedición de orden captura «para vincular al señor Rubén Darío Henao Cárdenas al proceso penal, la captura se hubiera realizado satisfactoriamente, pues como se ha indicado a lo largo de la presente acción de

tutela, el señor Henao Cárdenas no tenía conocimiento del proceso penal, tanto así que durante años entró y salió del país más de 50 veces sin ningún tipo de impedimento o de requerimiento por parte de las autoridades, sino hasta el día 6 de diciembre de 2022, donde fue capturado por existir una sentencia ejecutoriada en su contra».

Por lo anterior, solicitó «decretar la nulidad de lo actuado en curso del proceso penal N. 050016000206201168666».

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín negó la acción de tutela, tras considerar que la decisión del Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de dicha ciudad, que declaró a Henao Cárdenas persona ausente, surge razonable.

Agregó que la Fiscalía no envió comunicación al correo electrónico del actor. Sin embargo, con ese mismo fin, se empleó un medio masivo -publicación en prensa y radio- y, además, de lo señalado el 31 de agosto de 2012 por la progenitora de Rubén Darío Henao Cárdenas, se deduce que éste «sabía de la investigación penal».

Refirió que el actor durante el proceso estuvo asistido por un profesional del derecho y el hecho de que no hubiese «tenido una defensa activa y no interpusiera recurso vertical contra la sentencia condenatoria, no resulta suficiente para concluir que se ha configurado una vulneración al debido proceso», máxime cuando ello obedeció a que el demandante optó por marginarse.

Indicó que si se cuenta con «pruebas que puedan acreditar la inocencia de Rubén Darío Henao Cárdenas, bien puede acudir a la acción de revisión consagrada en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal».

Concluyó que lo pretendido por el demandante es revivir un debate debidamente superado

al interior del proceso penal y ante el juez natural, desconociendo que la acción de tutela no constituye una instancia adicional.

LA IMPUGNACIÓN

En ese orden, insistió en que Henao Cárdenas no debió ser declarado persona ausente, ya que la Fiscalía tenía conocimiento de que el actor se encontraba fuera del país, razón por la cual pudo haberlo notificado mediante correo electrónico, la embajada de Alemania o la universidad donde cursaba sus estudios.

Señaló que no bastaba con informar a la progenitora del demandante sobre la existencia del proceso penal, por cuanto se trata de una carga propia de la Fiscalía que no puede trasladarse a los ciudadanos, sumado a que –para la fecha de la entrevista- aquella contaba con 59 años de edad y padecía «serios problemas neurológicos».

En sustento de esta última aseveración, el impugnante allegó un informe de evaluación neuropsicológica y una declaración juramentada, en la que Cárdenas Herrón adujo no recordar que asistió a la Fiscalía ni haber entablado conversación con su hijo sobre la existencia de una investigación.

Reiteró que lo cuestionado es la ausencia de vinculación al proceso y no la declaratoria de responsabilidad penal; de allí que el argumento de la acción de revisión, al que aludió la Sala A quo, surgía impertinente.

CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de la cual esta Sala es superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

3. En el presente asunto, los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar:

(i) si el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, al declarar persona ausente a Rubén Darío Henao Cárdenas, al interior del proceso 2011-68666, incurrió en algún defecto de orden específico de procedencia de la tutela contra providencia judicial, a partir del cual, se pueda identificar la trasgresión del derecho al debido proceso.

(ii) si el Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, al adelantar la fase de juzgamiento con la presencia de un defensor público, infringió el derecho fundamental a la defensa.

3.1. De la declaratoria de persona ausente.

Cuando lo que se propone es la trasgresión de prerrogativas constitucionales a razón de la emisión de decisiones judiciales, como ocurre en el presente asunto, en repetidas ocasiones la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala ha reiterado que el amparo constitucional no es sólo excepcional, sino excepcionalísimo. Ello para no afectar la seguridad jurídica y como amplio respeto por la autonomía judicial garantizada en la Carta Política¹.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha venido a desarrollar una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros específicos,

que apuntan a la procedencia misma de la acción, a los cuales, quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

En cuanto a los primeros, estos implican que i) la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; ii) 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; iii) 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; iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, quede 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; v) que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que estos se hubiesen alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible y, por último, vi) que no se trate de sentencias de tutela.

En relación con los segundos, la jurisprudencia antes referida ha reiterado que para verificar su cumplimiento se debe lograr la demostración de por lo menos uno de los siguientes vicios: a) defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional); o (h) la violación directa de la Constitución.

Descendiendo al caso concreto, al analizar los anteriores presupuestos, en especial los de orden general, resulta incuestionable que se está frente a un asunto de relevancia

constitucional, pues se trata de analizar si el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, con la decisión del 18 de marzo de 2019, vulneró a Rubén Darío Henao Cárdenas el derecho fundamental al debido proceso.

Igualmente se observa satisfecho el requisito de la inmediatez, pues si bien la decisión cuestionada data del 18 de marzo de 2019, mientras que la acción tuitiva se propuso en junio del año que avanza, no puede desconocerse que el actor asevera, tanto en el libelo como en la impugnación, que se enteró de la existencia del proceso y la condena impuesta en su contra el 6 de diciembre de 2022, cuando fue capturado en el aeropuerto internacional el Dorado, lo que permitiría concluir que propuso la solicitud de amparo seis meses y ocho días después de ese enteramiento.

Ahora, sea del caso precisar que la jurisprudencia ha fijado el término en 6 meses, al comprender que de producirse una lesión o amenaza a un derecho fundamental, la parte afectada debe procurar su inmediato remedio ante la jurisdicción constitucional, sin embargo, también ha señalado que ese plazo debe verificarse en cada caso e, incluso, puede verse flexibilizado ante circunstancias especiales debidamente expuestas en la demanda, o advertidas por el juez competente que expliquen la interposición de la demanda fuera de dicho rango.

Y en este caso, aunque se superó el término de 6 meses establecido como plazo razonable, lo cierto es que se presenta una situación que da lugar a su flexibilización, esto es la vacancia judicial, la cual suspende la prestación del servicio de administración de justicia conforme con el régimen especial establecido para servidores judiciales.

Similar razonamiento puede efectuarse con el principio de la subsidiariedad, frente a la ausencia de empleo de los medios de impugnación ordinarios contra la decisión proferida por el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, por cuanto, como ya se explicó, esta se emitió en 2019 y aquel dice, vino a saber de ella solo

hasta el 2022, cuando ya estaba ejecutoriada.

Asimismo, la parte demandante explicó de manera comprensible los hechos que fundamentan la petición de amparo y, finalmente, no se ataca, a través de esta vía, una sentencia de tutela.

Así, satisfechas las causales de orden general, procede la Corte a estudiar las de índole especial, con el fin de establecer si dicha providencia se encuentra inmersa en algún tipo de defecto que pueda llevar a su invalidación.

Al respecto, se anticipa que la Sala comparte la postura del A quo consistente en que, analizada la decisión del 18 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, no se evidencia la concurrencia de ningún defecto específico, relacionado con la indebida vinculación de Rubén Darío Henao Cárdenas.

Inicialmente, se tiene que cuando se cuestiona la total imposibilidad de defensa porque el afectado no se enteró del proceso seguido en su contra sino hasta ya concluido el mismo, es necesario verificar las circunstancias propias del caso para establecer si las autoridades judiciales desplegaron todos los mecanismos necesarios para ubicarlo, si de alguna manera aquél pudo enterarse del proceso, pero no se hizo presente, y si su vinculación se hizo acorde a las disposiciones procesales vigentes.

Así, lo ideal es que la persona contra quien se adelanta una investigación penal acuda directamente al proceso, exponga sus argumentos de defensa y designe directamente el abogado que represente sus intereses. Sin embargo, la vinculación previa declaratoria de persona ausente no quebranta la Constitución², siempre y cuando la autoridad judicial proceda con apego a las previsiones legales y agote todos los mecanismos a su alcance para dar con el paradero del procesado.

Al respecto debe indicarse que, si el cuestionamiento gira en torno al no agotamiento de los esfuerzos necesarios a fin de lograr la comparecencia de la persona implicada a la actuación, la argumentación que debe desarrollar, quien así lo expone, debe dirigirse a demostrar que el Estado no utilizó todos los instrumentos que tenía a su alcance para ello. Así lo precisó la Corte en fallo del 28 de mayo de 2013, reiterado en la sentencia CSJ STP9449-2019 del 16 de julio de 2019 rad. 105427, y en la decisión CSJ STP3127-2021 rad. 114615:

«Cuando, por ejemplo, lo que se cuestiona es la falta de agotamiento de los medios para lograr la comparecencia del procesado a la actuación, es menester comprobar que tanto el organismo instructor como el encargado del juicio tenían a su alcance los instrumentos necesarios para ello, no obstante, no los utilizaron o se valieron de otros sin el mismo grado de efectividad, asunto que no fue abordado por el demandante con la profundidad que ello exige.»

Lo indicado significa que si el Estado tiene a su haber diversos mecanismos idóneos para hacer que el implicado tenga conocimiento de la investigación que en su contra se adelanta y se le permita participar en esta y no hace uso de los mismos, se puede poner en entredicho el debido proceso con la entidad suficiente para derruir las decisiones emitidas en desarrollo del trámite penal.

Sin embargo, en el asunto que se examina no es de aquellos casos, pues, tal como lo precisó el Tribunal, no se vislumbra irregularidad alguna en el procedimiento que condujo a la declaratoria de persona ausente del aquí accionante.

Lo anterior se concluye, luego del ejercicio de verificación que efectuó la Sala al expediente penal digitalizado que fue allegado en el trámite de segunda instancia y los medios de convicción obrantes en la presente actuación. Veamos:

(i) En el año 2011 Lucía Gómez de Gómez denunció a Rubén Darío Henao Cárdenas, quien

se desempeñaba como asesor de Bancolombia, por el delito de hurto agravado, actuación radicada con el número 2011-68666 y asignada a la Fiscalía 23 Seccional de la Unidad de Patrimonio y Fe Pública.

(ii) En desarrollo de la indagación y con la finalidad de escuchar en interrogatorio a Henao Cárdenas, la Fiscalía fijó el 31 de agosto de 2012 y envió la respectiva citación. Sin embargo, compareció Ana María Cárdenas Herrón, quien, en declaración jurada, señaló como números telefónicos de contacto el 5868581 y 320620143, que el indiciado es su hijo «y estoy en esta Fiscalía porque recibí una citación para él el día de ayer y que se presente con abogado».

Agregó: «mi hijo se localiza en Alemania y se pueden comunicar con el correo electrónico que es ruhenao@hotmail.com y el teléfono es con el indicativo 00491726376344...yo voy a hablar con él de esta situación y vine a informar el lugar y teléfono donde mi hijo se encuentra en ese momento, para que la fiscalía tenga en cuenta que no se presenta es porque le queda imposible venir, mi hijo se queda allá hasta finales del 2013, yo le voy a decir que mande una declaración desde Alemania con presentación en la embajada de Colombia y que explique realmente lo que ocurrió con la señora LUCIA».

(iii) el 25 de junio de 2014 el asistente de la Fiscalía se comunicó a los abonados telefónicos informados por Ana María Cárdenas Herrón, dejando la siguiente constancia: «en la fecha marqué el teléfono 586 85 81 donde me contestó una señora quien no se identificó a la cual le pregunté por el señor RUBEN DARIO HENAO CARDENAS manifestando que no lo conoce, le pregunté si la dirección es la calle 9 Sur Nro. 79 C-199 a lo que me dijo que no era la dirección, seguidamente marqué el celular 320 620 14 30 donde me contestó la señora ANA MARIA CARDENAS HERRON mamá de RUBEN DARIO HENAO a quien le pregunté por su hijo manifestando que se encontraba en Alemania, que estaba pendiente para venir a Medellín en el mes de noviembre de este año y que una vez llegué se presentará a la Fiscalía».

(iv) El 2 de junio de 2015, obran las siguientes constancias:

«En la fecha y hora marqué el teléfono 3206201430 donde me contestó la señora ANA MARIA CARDENAS HERRON madre de RUBEN DARIO HENAO CARDENAS a quien le pregunté por su hijo y manifiesta que aún se encuentra residenciado en Alemania ya terminó la tesis de lo que está estudiando y esta con los trámites para graduarse que su hijo puede que venga a Medellín para el mes de septiembre del presente año».

«En la fecha marqué (...) en el teléfono 5868581 contestó un señor que no identificó y manifiesta que no conoce a la señora ANA MARÍA CÁRDENAS HERRÓN ni al señor RUBÉN DARÍO HENAO CÁRDENAS y en el celular que aportara en la declaración la señora ANA MARÍA que es 3206201430 inmediatamente se va a correo de voz, por lo anterior no fue posible citar a estas personas».

(v) Refiere la Fiscalía que «tras la espera de una posible presentación y en razón a lo infructuoso de la gestión», acudió el 4 de julio de 2018, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, el cual autorizó búsqueda selectiva en base de datos «en Migración Colombia regional Antioquia -Choco, a fin de obtener los movimientos migratorios del señor R.D.H.C. con cedula 3 75 y en las entidades de telefonía móvil Tigo, Claro, Uff, Móvil Éxito y Movistar a fin de obtener los números telefónicos que en dichas empresas se encuentren a nombre de R.D.H.C. con cedula 3 75, con los datos biográficos suministrados para su obtención».

(vi) El 26 de julio de 2018, se suscribió informe de investigador de campo FPJ11, en el que se consignó:

«Dando cumplimiento a la Orden a Policía Judicial Nro. 23435 de la Fiscalía 23 Seccional, Unidad Única de Patrimonio se realizaron las siguientes actividades:

Mediante oficio se solicitó a Migración Colombia Regional, Choco informar si el señor RUBEN

DARIO HENAO CARDENAS, identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 3396275 ha tenido movimientos migratorios. Se anexo Orden de juez con control de garantas

El día 25 de Julio del año en curso se recibe respuesta de Migración Colombia, Regional Choco donde se informa que el señor RUBEN DARIO HENAO CARDENAS, identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 3396275. registra 35 Movimientos Migratorios, la consulta se efectuó desde el 24 de mayo de 2001 hasta el 17 de Julio de 2018. Se anexan dos folios.

Mediante oficio se solicitó a la empresa de Telefonía Claro informar si el señor RUBEN DARIO HENAO CARDENAS, identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 3396275 aparece inscrito en esa entidad con líneas telefónicas móvil, en caso positivo informar los números telefónicos y todos sus datos de ubicación como dirección, teléfono etc. Se anexo orden de juez con control de garantas.

El día 19 de Julio del año en curso se recibe respuesta de Telefonía Claro en trece folios, donde se verificó llamando a las líneas telefónicas aportadas encontrando que están desactivadas”.

(vi) La Fiscalía solicitó audiencia de declaratoria de persona ausente, la cual inició el 17 de octubre de 2018, ante el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín. En ella, el ente acusador hizo mención a los hechos que dieron origen a la actuación penal, la plena identidad de Rubén Darío Henao Cárdenas y las actividades investigativas antes reseñadas, para concluir:

«La regla general es que no se pueden adelantar investigaciones de oficio en ausencia de las personas a las cuales se va a adelantar esta causa y solo de manera excepcional y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia, la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos se admite la figura de la declaratoria de persona ausente. en este caso la audiencia es para solicitarle que se dé curso al trámite pertinente, de acuerdo con el artículo que inicialmente enuncié para llevar a cabo esta

declaratoria y poder continuar, toda vez que el trámite aplicable para este proceso es la Ley 1826 y para poder llevar cabo esa continuidad requerimos de este acto.

Se observa con urgencia su vinculación con el fin de no paralizar la administración de justicia y por todo lo anterior, le solicito se dé inicio a este trámite consagrado por la norma con el fin de declarar persona ausente a Rubén Darío Henao Cárdenas, ya le fue asignado un defensor público y proceder a la vinculación jurídica...».

En la referida diligencia, el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, en aplicación del artículo 127 del C.P.P., ordenó emplazar a Henao Cárdenas mediante edicto fijado en la secretaría del despacho durante 5 días hábiles, y en medios radial y de prensa escrita de cobertura local, bajo los siguientes argumentos:

«A efecto de resolver el despacho considera que efectivamente la señora fiscal ha demostrado que ha realizado ingentes esfuerzos tendientes a hacer comparecer al despacho al ciudadano indiciado Rubén Darío Henao Cárdenas, indiciado por el delito de hurto agravado, del que fue víctima la señora Lucía Gómez de Gómez. Ello, mientras era empleado al servicio de Bancolombia, sucursal la Playa y en hechos que tuvieron ocurrencia en el año 2011 y como lo ha expuesto el señor defensor no se opone a que se dé inicio al trámite para declarar persona ausente a este ciudadano encuentra el despacho que reunidas se encuentran las exigencias del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal...».

(vii) El 23 de octubre de 2018, se emitió orden a policía judicial con el objetivo de «intensificar la ubicación de los señores Rubén Darío Henao Cárdenas y la señora Ana María Cárdenas Herrón con fines de lograr la comparecencia del primero ante la justicia, en las siguientes direcciones: calle 9 sur N. 79 C 199, teléfono 5868581, celular 3206201430, calle 18 58-5, barrio San Pablo, carrera 58D N. 26A 05, carrera 70 N. 9 – 19, calle 10 N. 71-44».

(viii) El 19 de marzo de 2019, mediante informe de investigador de campo FPJ11, se comunicó:

«El día 22 de enero del año en curso se hizo desplazamiento a la Calle 9 Sur Nro. 79C-199 al llegar al lugar se pudo verificar que se trata de un edificio de nombre Pinar del Rodeo en la portería fuimos atendidos por el señor Héctor Lotero a quien se le pregunto si allí vive el señor Rubén Darío Henao Cárdenas o la señora Ana María Cárdenas Herrón a lo cual después de verificar en el listado de propietarios e inquilinos manifestaron que allí no vivían ni tampoco los conocían.

En esta misma fecha se hizo desplazamiento a la Calle 18 Nro. 58-50 Barrio San Pablo allí no abrieron la puerta, pero por medio de un vecino quien no se identificó nos dimos cuenta que allí vive un muchacho de nombre Hedy Herron que ha vivido allí toda la vida.

El día 04 de marzo se hizo desplazamiento a la Carrera 58D Nro. 26A-05 al llegar al lugar se pudo verificar que de la Carrera 58 brinca a la 65 por lo tanto dicha dirección no existe. En la misma fecha se hizo desplazamiento a la Carrera 70 Nro. 9-19 Belén Las Playas, al llegar al lugar se puede apreciar que se trata de un restaurante de nombre 'Come Pues' fuimos atendidos por el señor Jhon Jairo Arboleda quien es el dueño de dicho restaurante quien manifiesta no conocer a los señores Rubén Darío Henao Cárdenas o la señora Ana María Cárdenas Herron y también manifestó que lleva 7 años en ese lugar.

También se hizo desplazamiento a la Calle 10 Nro. 71-44 al llegar al lugar se pudo verificar que se trata de un segundo piso donde fui atendida por el señor Juan Bautista quien manifestó que hace 6 años vive allí y manifiesta no conocer a los señores Rubén Darío Henao Cárdenas o la señora Ana María Cárdenas Herron.

En vista de que no se logró localizar a los antes mencionados se procedió a realizar consulta en las bases de datos del Ruaf y Fosyga encontrando que el señor Rubén Darío Henao Cárdenas se encuentra afiliado a la EPS Sura».

(ix) El 11 de marzo de 2019, se recibió respuesta de la Entidad Promotora de Salud SURA, en la que informó como dirección de ubicación de Henao Cárdenas la calle 9 sur N. 79 C 199

de Medellín, la cual coincidía con una de las visitadas por el investigador, sin resultado positivo y que el estado de afiliación es «retirado».

(x) El 13 de marzo de 2019, el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, declaró a Rubén Darío Henao Cárdenas persona ausente. Estas fueron las razones:

«(...) sea oportuno señalar que nuestro artículo 127 del Código de Procedimiento Penal indica claramente cuando hay usencia de la persona indiciada. En este caso se le faculta a la Fiscalía teniendo en cuenta las previsiones del artículo 250 de la Constitución Nacional, en el numeral 2º, una serie de posibilidades o fenómenos jurídicos a los cuales puede acudir para efectos en debida forma un debido proceso como es el artículo 29 de la Constitución Nacional. En este caso uno de los fenómenos jurídicos es la declaratoria de persona ausente y que contiene el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal...esa exigencia allí entonces en aquella normatividad que el juez debe verificar que se hayan agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones sufrientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado...de acuerdo con lo que se tiene en la carpeta, efectivamente ante el Juez 32 homólogo para el 17 de octubre del 2018, se hizo una solicitud de declaratoria de persona ausente, a cargo de la Fiscalía y que efectivamente aquel despacho accedió...y dio orden para que se hiciera el trámite de persona ausente, ordenándose la expedición del edicto emplazatorio correspondiente y la publicación del mismo en prensa y radio, a través de la dirección de Administración Judicial de Antioquía...para que se hiciera comparecer con el ánimo de indicarle el inicio de una investigación como probable autor de un delito de hurto agravado por hechos acontecidos para el año 2011...se está cumpliendo a cabalidad las exigencias propias que demanda la normatividad antes referenciada en ese artículo 127 del Código de Procedimiento Penal. De igual manera puede indicar la judicatura que la Fiscalía ha realizado ingentes esfuerzos a efectos de efectivamente lograr la comparecencia del señor Rubén Darío Henao Cárdenas con el ánimo de que se tramite esta investigación por ese procedimiento abreviado, regido por la Ley 1826, pero efectivamente

ha sido imposible la presencia de dicho ciudadano, habida cuenta que se han dirigido diferentes comunicaciones tanto a las entidades de telefonía móvil para lograr el paradero y ubicación de este ciudadano y ha sido infructuosa dicha búsqueda, como también la permanente comunicación que se ha tenido con la progenitora de aquel con el fin de establecer el lugar de ubicación, pero también ha sido imposible, teniéndose únicamente como noticia que este ciudadano se encuentra en Alemania, que fue el último dato que aparece como registrado por parte de la progenitora, pero a su vez de Migración Colombia también se refiere que a este ciudadano la última anotación que le aparece en su disfavor es que abandonó ese país y lo hizo por parte del vecino país de Panamá. En esas condiciones propias entonces la judicatura considera que es viable la solicitud que está elevando en esta oportunidad la señora fiscal, habida cuenta que ya se hicieron todos los mecanismos propios y necesarios, al haberse obtenido esa entrevista a la señora Ana María Cárdenas Herrón, progenitora del aquí indiciado para que esta se sirviera indicar y señalar donde se podría localizar su hijo, pero sigue enfática en decir que desconoce el paradero directo, pero que simplemente había abandonado el País y que se encuentra en Alemania...»

Bajo el descrito panorama, comparte la Sala los planteamientos del Tribunal para denegar el amparo deprecado, por cuanto, contrario al parecer del libelista, la autoridad judicial accionada resolvió la cuestión planteada, con apego a la normativa aplicable al caso concreto y con plenas garantías para las partes, descartándose la vulneración o puesta en peligro de algún derecho fundamental.

Nótese que se cumplieron los presupuestos contemplados en el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, que regula el trámite para la declaratoria de persona ausente, pues lo expuesto permite concluir que, a pesar de las actividades efectuadas en la fase de indagación -bajo el criterio de razonabilidad- no se logró la ubicación del actor, razón por la cual se hizo necesario proceder al emplazamiento mediante edicto y su publicación en medios de prensa radial y escrita, luego de lo que se procedió a la declaratoria de persona

ausente.

Tan es así que la Fiscalía libró comunicaciones a las direcciones que se registraron como posibles residencias del procesado, realizó búsqueda selectiva en las bases de datos de Migración Colombia y empresas de Telefonía, requerimiento a la Entidad Promotora de Salud SURA y la Registraduría Nacional del Estado Civil, ordenó a un investigador acudir a las aludidas nomenclaturas y comunicarse a los abonados telefónicos obtenidos, sin lograr establecer la ubicación del promotor.

En ese hilo conductor es claro que, ante la imposibilidad de ubicar al indiciado, era ese el procedimiento a seguir, conforme lo tiene previsto el ordenamiento procesal vigente, sin que ello constituya compromiso de los derechos fundamentales, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional (CC T-463 de 2018), puesto que el proceso tenía que continuar el curso normal con la debida asistencia de un defensor a pesar de no estar presente el procesado, trámite que, valga señalar, no está alejado de la norma superior.

Es más, en curso de la fase de juzgamiento la Juez 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, dio cuenta de la imposibilidad de convocar a Rubén Darío Henao Cárdenas, en virtud al desconocimiento de datos de ubicación, lo cual no implica, per se, como en casos similares lo ha analizado la Sala, que ello represente una vulneración a las garantías fundamentales del procesado (CSJ STP3127-2021, rad. 114615, 11 feb. 2021).

De hecho, como pregonó el Tribunal, de lo mencionado por Ana María Cárdenas Herrón, progenitora del actor, en declaración jurada que rindió ante la Fiscalía consistente en que le informaría a Rubén Darío Henao Cárdenas sobre la existencia del proceso, resulta viable concluir que el último en mención probablemente tenía conocimiento de la actuación, empero se desentendió de la misma.

Incluso optó por salir del país, siendo del caso señalar que no existen motivos para considerar que el ente acusador hubiese tenido la posibilidad de conocer una ubicación de

Henao Cárdenas fuera de este territorio, circunstancia que le habría impuesto la carga de continuar con la búsqueda de su paradero para lograr que compareciera al proceso. Por el contrario, ello incidió en la imposibilidad de ubicarlo para informarle de la actuación.

Sin que subsista en la legislación por la cual se adelantó el proceso, la exigencia de ordenar orden de captura previa a tal declaratoria, lo que desdice el señalamiento de la parte actora de que se debió acudir a ese procedimiento.

Así las cosas, lo que se advierte es que el tema propuesto por el demandante a través de la acción de tutela fue debidamente analizado y resuelto al interior del respectivo asunto, sin que la accionada hubiese actuado de manera arbitraria o caprichosa, como lo deja entrever las consideraciones que soportan la decisión cuestionada, en la que se resolvió el asunto de manera razonada.

De tal manera que no puede ahora la parte actora, vía tutela, revivir una discusión clara y oportunamente definida al interior de la actuación penal, so pretexto de la violación de garantías constitucionales que en este particular evento no se configura.

Resulta claro que, independientemente de la interpretación particular que al respecto tiene el censor sobre el tema, del análisis que el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, dio a las normas que regulan el tema, no se observa que la decisión confutada esté alejada del ordenamiento jurídico ni que cercene las garantías de orden superior que haga necesaria la intervención del juez de tutela, luego los reparos que se hacen se ofrecen intrascendentes.

En conclusión, como la demanda no alcanza a demostrar la presencia de un acto arbitrario en la actuación procesal que precedió la condena, se torna imperioso confirmar el fallo de primera instancia.

3.2. Del derecho fundamental a la defensa técnica.

Sobre dicha garantía, la Corte Constitucional en sentencia T-018 de 2017 enseñó:

“4.2. La jurisprudencia constitucional define el derecho a la defensa³ como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”⁴.

4.3.1. De esta manera la defensa técnica se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos⁶ y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”⁷.

En la misma decisión, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional efectuó un recuento sobre los eventos en los cuales se considera vulnerado el referido derecho fundamental, para lo cual indicó:

“4.4. La jurisprudencia constitucional ha esbozado unos criterios a fin de determinar en qué casos se podría constituir la vulneración de los derechos fundamentales, por falta de defensa técnica, especialmente en materia penal:

“(i) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada;

(ii) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado;

(iii) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados – sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental-;

(iv) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso” 8.

Y continuó:

“4.5. Ahora bien, “en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa⁹”. Sin embargo, si bien el derecho a una defensa técnica es manifestación del derecho de defensa, “aun cuando el imputado o condenado haya nombrado a un abogado de confianza o a un defensor público para asistirlo, éste se reserva el derecho de actuar en su favor dentro del expediente penal. Lo que significa que cualquier defensa de sus intereses sólo puede provenir de su apoderado o de sí mismo, y no necesariamente de su abogado defensor¹⁰”

(...)

4.7. A manera de conclusión la jurisprudencia constitucional sostiene que las posibles faltas en la asistencia de un abogado habilitan al afectado para reclamar su protección judicial y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios preestablecidos en el proceso, sin que tal

habilitación se extienda por sí misma al amparo constitucional.” (Resaltado fuera de texto).

En el presente caso, se advierte que la fase de juzgamiento correspondió al Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, el cual, sin la presencia del procesado, pero sí de un defensor público, realizó la audiencia concentrada, el juicio oral¹¹, anunció el sentido condenatorio y, el 4 de agosto siguiente, profirió la respectiva sentencia en contra de Rubén Darío Henao Cárdenas.

De modo que, durante el desarrollo del proceso se verifica que a Henao Cárdenas se le garantizó el derecho de defensa técnica con la presencia de un profesional del derecho, quien no efectuó, como considera el actor, un ejercicio negligente, descuidado, o meramente formal, puesto que de manera dinámica contrainterrogó a los testigos de cargo, presentó alegatos de conclusión e hizo uso del traslado contemplado en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Y el hecho de que el defensor no elevara solicitudes probatorias ni hiciera uso de los recursos –ordinarios y extraordinarios– contra la sentencia condenatoria proferida en contra del actor, no implica, per se, la transgresión de los derechos de Rubén Darío Henao Cárdenas, toda vez que ello pudo obedecer a que el profesional del derecho no lo consideró pertinente y no a una falta de sus deberes con la gestión. (CSP SP 21 feb 2001, Rad, 10424).

En tal senda, se recuerda que para que una actuación sea objeto de anulación por falta de defensa técnica es necesaria la constatación de fallas en su ejercicio que no puedan tenerse como parte de la estrategia de libre escogencia, ni atribuibles al procesado. Igualmente, debe verificarse que las falencias que se invoquen tengan un efecto definitivo y evidente en la decisión judicial circunstancias que en el presente caso en manera alguna se encuentran presentes, en tanto nada de ello explicó el libelista.

En ese contexto, la Sala no advierte que el derecho de defensa de Rubén Darío Henao Cárdenas haya sido inobservado, ya que a ese ciudadano se le garantizó la asistencia letrada a lo largo de todo el proceso penal por conducto de un defensor público y frente a su gestión, no se evidenció una falencia que determinara un resultado negativo en contra de actor que sugiera negligencia en el acatamiento de sus deberes profesionales.

En síntesis, la acción de salvaguarda de los derechos fundamentales no constituye un mecanismo alternativo para atacar, impugnar o censurar las actuaciones y decisiones expedidas dentro de un proceso judicial, como lo pretende el accionante, al cuestionar el trámite cumplido y culminado con sentencia condenatoria, en desarrollo de un diligenciamiento donde tuvo todas las oportunidades y mecanismos que la ley consagra para la defensa de sus derechos, y que ante su ausencia se materializaron a través de su defensor, quien intervino, en ejercicio de su autonomía al desarrollar su estrategia defensiva, en las distintas etapas procesales que se surtieron al interior de la actuación.

Lo anterior es suficiente para confirmar el fallo impugnado, pues con toda claridad se indicaron las razones para desestimar el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo-. NOTIFÍQUESE de acuerdo con lo previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. REMÍTASE el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Salvó Voto

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CC T-780/06.

2 CC: C-488/96 y C-248/04.

3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), considera que el derecho a la protección judicial, salvaguarda al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder público, y que ese “es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”.

4 Sentencia C-025 de 2009.

5 Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto 025 de 1994.

6 Sentencia T-461 de 2003.

7 Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto
025 de 1994.

8 Sentencia T-654 de 1998, posición reiterada en las sentencias: T-776 de 1998,
T-957 de 2006, T-737 de 2007 y T-544 de 2015.

9 Sentencia C-071 de 1995.

10 Sentencia T-471 de 2004.

11 Sesiones del 6 de noviembre de 2019, 29 de enero y 14 de febrero de 2020, 8
de febrero y 23 de agosto de 2021, 27 de enero y 24 de abril de 2022.