

¿ Es el Juicio en ausencia en el procedimiento penal colombiano, una garantía de los derechos constitucionales del ausente.?

“Una propuesta académica, hacia la consolidación de un juicio justo con garantía de defensa reforzada para quien sea procesado en ausencia”.

Investigación de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Penal,
presentada por:

María Yazmin Cruz Mahecha

Investigación dirigida por Dr.: Juan Francisco Mendoza

Universidad Santo Tomás– Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Penal
Bogotá D.C 2021.

Tabla de Contenido

Introducción.	3
Capítulo I._Naturaleza y fines del Juicio en Ausencia	8
1.1 Situaciones que dan lugar a un juicio penal en ausencia.....	20
1.2. El debido proceso y derecho fundamental de defensa del ausente.....	32
Capítulo 2._Desarrollo de las garantías y derechos fundamentales del procesado en el juicio en ausencia en el contexto de la Unión Europea y de Latinoamérica.	43
2.1 Caso Melloni y su influencia en la fijación de derroteros para la protección de derechos del procesado ausente en la Unión Europea.	49
2.2 Tratamiento de los derechos del procesado ausente en el contexto Latinoamericano.	56
2.3 Tratamiento brindado al procesado ausente en las Reglas Federales del Proceso Penal de los Estados Unidos.....	67
Capítulo 3._El Juicio en Ausencia en la Legislación y Jurisprudencia Colombiana. .	74
3.1 Prospectiva Constitucional	79
3.2. En el actual Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004)	83
Conclusión	96
Bibliografía, normatividad y páginas web	99

Introducción.

El presente trabajo, contiene una reflexión jurídica que dimensiona, desde la perspectiva constitucional, la necesidad de instituir garantías concretas dentro de la estructura procesal penal, los recursos necesarios y expeditos, que permitan garantizar en todo momento, incluso después del juicio, los derechos del sujeto que es procesado y juzgado en ausencia, cuando sobre él recae una sentencia condenatoria.

Las acciones, con las que se ha acudido a atender, la temática de las garantías constitucionales, al debido proceso, y en lo que se refiere a recibir un juicio justo y a la segunda instancia, por parte de aquellas personas que han sido objeto de una instrucción penal y juzgamiento en ausencia, corresponden a acciones ajenas al procedimiento penal ordinario, lo que hace que los sujetos que se encuentren condenados en ausencia, no cuenten con mecanismos idóneos dentro del sistema penal que les permita desvirtuar la condena que les ha sido impuesta en su ausencia, lo cual desde una perspectiva constitucional y garantista, como la que impera en nuestro país, al erigirnos como un Estado Social de Derecho, que reconoce la plenitud de derechos y garantías propias de la persona humana, constituye un desconocimiento de tales prerrogativas.

Este vacío normativo y la impropiedad que genera que los medios que se han encontrado para conjurar la afectación de los derechos fundamentales y garantías del enjuiciado y condenado en ausencia, sean instituciones ajenas al proceso penal mismo, hacen que se demarque en desarrollo de la presente investigación, la necesidad y pertinencia que tiene el establecimiento de una estructura normativa al interior del sistema procesal penal que le permita al condenado en ausencia, el

hacer ejercicio pleno de su derecho de defensa, permitiendo que de plano la sentencia condenatoria sea revisada por el superior de quien la profirió, haciendo viva esa posibilidad, sin que se requiera postulación, otorgando así una verdadera segunda instancia por la que abogan tanto el ordenamiento constitucional, como los instrumentos supranacionales.

En el desarrollo de la presente investigación, se acudió a la combinación de estructuras metodológicas; en primer lugar, fueron los criterios propios de la denominada metodología teórica o dogmática, en la cual se estableció un dialogo, con las fuentes históricas, normativas y jurisprudenciales, así como, con los tratadistas que han abordado las temáticas analizadas en cada capítulo. Posteriormente, se procedió a dar aplicación a los postulados, que se predicen de la metodología propositiva, por cuanto se realizó un análisis de la institución jurídica de los juicios en ausencia y del problema abordado, que se centra en la deficiencia de los recursos establecidos en la normatividad procesal actual para atacar la sentencia condenatoria de quien es juzgado en la mencionada condición, gestando razonamientos legales y fácticos a partir de las realidades valoradas, que permitan evaluar la posibilidad de un cambio hacia la garantía plena los derechos del ausente.

La resultante de la mediación y utilización de estas estructuras metodológicas, nos brindó el escenario ideal para proceder a dar aplicación a la conocida metodología crítica, en razón de la cual se cuestiona tanto la viabilidad, como la pertinencia del accionar del Estado, en la materia objeto de reflexión.

Del pleno del ejercicio metodológico anterior, se busca llegar a la consolidación de reflexiones validadas desde la perspectiva social, política y jurídica, con las cuales se establecen conclusiones sólidas, en las que se asienta la estructuración de

fórmulas que permitan garantizar la plenitud de los derechos y garantías de quien fue juzgado en ausencia.

Objetivo General:

Valorar los orígenes y naturaleza excepcional que en el mundo jurídico se le ha brindado al juicio en ausencia, como medio propio del derecho penal para establecer criterios de justicia sancionadora, así como la necesidad, que cuando éste tiene ocurrencia, debe tener el reforzamiento de las garantías a brindar al procesado, en especial las que tiene relación con el derecho de defensa.

El ejercicio propuesto en el párrafo anterior, permitirá determinar si los medios y estructuras, sobre los que actualmente se materializa el juicio en ausencia, pueden ser solventados, tal como está hoy contemplado en la ley procesal penal colombiana, con la simple impugnación de la sentencia. Se puede afirmar que tal impugnación brinda una adecuada protección al enjuiciado no presente en su causa, la respuesta a este planteamiento hace parte del objeto pretendido con la presente investigación.

Objetivos Específicos:

- Describir el origen y evolución de los juicios en ausencia en materia penal en la tradición jurídica, en especial en la colombiana y el desarrollo jurisprudencial que sobre esta institución se ha generado.
- Denotar la manera como se han desarrollado las garantías fundamentales de quienes son procesados en ausencia, desde la perspectiva que brindan los instrumentos internacionales y jurisprudencia de algunos Tribunales Supranacionales.

Capítulo I

Naturaleza y fines del Juicio en Ausencia

Las diferentes sociedades en el devenir del tiempo y como muestra de su civilidad, se han visto inmersas en constantes disputas en pro de lograr conjugar el reconocimiento de los derechos y garantías individuales, que le permitan a los miembros de la sociedad en general y sin discriminación alguna, contar con parámetros para llevar una vida ordenada y pacífica, con el deber de aplicar criterios de justicia efectiva y la imposición de penas que sirvan al mismo conglomerado como medio de control y garantía de su propia sostenibilidad¹.

Las distintas sociedades humanas han encontrado, como respuesta a las necesidades y escenarios plasmados en el párrafo anterior, la institucionalización de un sistema normativo, el cual entre muchas funciones encuentra la de fungir como estructura para procesar a quienes hayan trasgredido sus propias disposiciones. Pero, como el sistema penal al interior de los criterios garantistas de los Estados contemporáneos, no puede regirse por la arbitrariedad y la imposición frívola de sanciones y castigos, toda afectación a una norma penal, debe estar previamente tipificada, así como la determinación clara de las características y naturaleza de las garantías y deberes, que se brinden a las partes involucradas en una proceso criminal, ello al menos se exige en las sociedades de occidente que sean erigido bajo el amparo de la fórmula del Estado Social de Derecho².

¹ GONZALEZ PLASCENCIA Luis, Política criminal y sociología del control penal, ed. Inacipe, México 2006.

² CRUZ MAHECHA Diego Enrique, Valoración de los aspectos teóricos y jurisprudenciales que integran el concepto de Estado social de derecho, ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2020.

El contar con un procedimiento que garantice la imparcialidad, en cada uno de los entornos y momentos que se prediquen al interior del ordenamiento penal, constituye una máxima del constitucionalismo contemporáneo en gran parte de occidente. En este tipo de ordenamientos se involucra el establecimiento de derechos, garantías y deberes de quienes, hayan sido infractores de la ley penal y de quienes se encargan de instruirla y materializarla³.

El principal logro alcanzado al hacer viva esta visión garantista del derecho penal; ha sido el establecer una serie de principios que necesariamente deben ser aplicados a cualquier forma de enjuiciamiento en los ordenamientos de occidente, ello con el único propósito de alcanzar el ideal de un juicio justo⁴, tal como lo promueve en su obra la profesora, Teresa Armenta Deu⁵.

El camino recorrido por los ordenamientos normativos de gran parte de los países de occidente, ha buscado el establecimiento de una serie de prerrogativas o

³ ORTIZ RIVAS Hernán, Cartilla de los derechos humanos, 2ª ed., Ed.Temis, Bogotá, 2006, p. 233-234 "(...) El origen de los derechos humanos también está ligado a las luchas sociales, políticas, morales, religiosas, económicas, jurídicas, ecológicas o científicas libradas en la historia de la humanidad por conquistar. [...] Esos derechos... (...) De acuerdo con la finalidad de los derechos humanos, se han agrupado en torno dos necesidades básicas que han marcado su génesis y posterior desarrollo: la libertad y la igualdad, esto es, en el primer caso, bien surgen para garantizar la vida libre, autónoma, bien para orientar esa vida en condiciones de equilibrio, de homogeneidad. Entre los derechos de libertad, citemos los relativos a las garantías individuales: derecho a la vida e integridad psicofísica, derecho a la seguridad personal, derecho a la personalidad jurídica, derecho a la nacionalidad, derecho a un proceso legal y justo... (...)". Es importante señalar que en tal obra se maneja la tesis que los derechos de la libertad, dentro de los que está el derecho a un proceso legal y justo, buscan proteger al individuo, mientras que los de igualdad se proyectan sobre la vida social.

⁴ "(...) No existen regímenes normativos, ni sistemas procesales ortodoxos, ni menos aún modelos perfectos. En la tesitura de buscar puntos de encuentro se ha recurrido al análisis comparado de los ya existentes y en ese viaje, pronto han surgido dos objetivos recurrentes: las Declaraciones Universales de Derechos Humanos y la doctrina emanada de los Tribunales Internacionales para la tutela de estos últimos. Esta línea de actuación ha originado a su vez dos tipos de iniciativas con resultados diversos. De un lado, buscar y en su caso alcanzar unas líneas generales para un proceso penal internacional, en definitiva. Y de otro lado, a falta de aquél, conformar un cuerpo de derechos y garantías reconocidos por los diversos países o cuan menos un conjunto de principios universalmente aceptados. (...) tanto las reformas como el análisis de cualquier sistema vigente exigen acordar el respeto a determinados derechos, así como la vigencia de principios que formen un núcleo comúnmente aceptado. (...) un objetivo específico: delimitar las líneas que marcarían unos estándares comunes para un proceso justo. (...)"

⁵ ARMENTA DEU Teresa, Sistemas procesales penales – La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 59

garantías que permitan realizar un enjuiciamiento justo y respetuoso de las garantías constitucionales establecidas in genere, de quienes se les acusa de haber realizado conductas que, a luz del ordenamiento penal se consideran relevantes y punibles.

Esta realidad, ha llevado a que la comunidad jurídica en general (al menos en gran parte de occidente), haya adoptado criterios jurisdiccionales de naturaleza penal, que responden a acuerdos supranacionales sobre el juzgamiento y las garantías a su interior, las cuales constituyen hoy un reconocimiento casi universal, que limita y enmarca el ejercicio del poder punitivo de los Estados. Es decir, que se crearon una especie de derroteros mínimos, que deben ser respetados por el poder público cuando está ejerciendo el denominado ius puniendi.

Lo anterior conlleva entre otros muchos axiomas obligacionales, el reconocimiento de la dignidad humana⁶, predicada de la persona de los procesados, como piedra angular al ejercerse la acción penal, aspecto que necesariamente ha de atenuar los efectos de esta forma de control social. El establecimiento del citado estándar mínimo de garantías procesales basadas en la prerrogativa en comento, tiene como característica su aplicabilidad en cualquier estructura procesal, porque no son simples enunciados teóricos y derivan su validez no sólo de su consagración en ordenamientos internos sino además de la forma como se ejercen y el sentido que se le brinde en la praxis judicial, como lo ha pregonado el catedrático Manuel Fernando Moya Vargas⁷

⁶ BARROSO, Luis Roberto, La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo, ed. Universidad Externado, Bogotá 2010.

⁷ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, Una manifestación de política penal aplicada - El procesamiento de personas ausentes en la ley 906 de 2004, ed. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2010, p. 46 - 47

Se puede señalar, sin temor a equivocarse que dentro de las garantías que se le debe brindar a quien se encuentre siendo procesado, bajo los lineamientos e instituciones de la Ley penal, se halla el poder asistir a su propio juicio y ejercer su derecho de defensa pleno, controvirtiendo acusaciones, cargos, pruebas, y presentado razones y probanzas que favorezcan su causa, así como el poder apelar directamente la sentencia condenatoria que le llegase a ser impuesta, por considerarla contraria a derecho o las formas propias del juicio, etc.⁸.

Es bajo el racero señalado en las líneas anteriores, que se ha procedido a hacer uso del derecho convencional, estableciéndose diversos instrumentos supranacionales sobre el particular; tales como lo son, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros tantos, que permiten inferir, que es un derecho de toda persona acusada de cometer un delito, el estar presente y ser oída en un juicio público, con lo cual se garantiza en todo momento la defensa técnica y el debido proceso, sin que sea válido ningún argumento para el desconocimiento de tal garantía⁹.

Es decir, que el garantizar la presencia del procesado durante la plenitud de la instrucción que se le adelante, pero en especial en el juicio, es la máxima caución que el sistema jurídico puede brindar a fin de que se materialice la defensa técnica en debida forma; bien sea que esta se ejerza directamente o a través de un defensor de confianza o designado por el Estado¹⁰, aspecto que debe ser determinado por el

⁸ GOMEZ LARA, Cipriano, El debido proceso como derecho humano, publicado en la página web, archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/4/1968/17/, pdf. consulta del 24 de mayo de 2020.

⁹ GOMEZ LARA, Cipriano. op: cit., p. 355

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 14 numeral 3, literal d: “[...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo [...]”

implicado exclusivamente, sin que medie limitante o imposición alguna sobre el particular¹¹.

Pese a la pertinencia que se predica de la garantía que constituye la presencia del procesado en su enjuiciamiento, aún existen sectores de la doctrina que propenden por desvirtuar la presencia física del procesado como requisito irrenunciable del sistema penal. Esta corriente doctrinal de alto influjo en el medio colombiano, ha logrado establecer que, si bien uno de los principios fundamentales del enjuiciamiento criminal actual es la presencia física del procesado, es válido y hasta necesario, que el ordenamiento penal establezca la posibilidad de proceder con la acción penal, (lo cual incluye la etapa de juicio), en ausencia del procesado.

En tal evento, consideran los partidarios de esa visión doctrinaria que cuando la instrucción y el juzgamiento penal se realiza en ausencia del sujeto a procesar, se le deben brindar las garantías procesales establecidas, toda vez que entiende que se debió agotar tanto el procedimiento, como los medios para lograr su comparecencia física o jurídica al proceso¹².

Es importante destacar que esta facultad o potestad, que se predica en exclusividad de las autoridades¹³, para lograr continuar con la acción penal, llegando hasta el juicio mismo, cuando no se logra la comparecencia del procesado porque es renuente o rebelde a asistir al procedimiento que se le ha iniciado o simplemente se encuentra ausente, se ha considerado como una institución excepcional en virtud de la cual se posibilita continuar con el curso ordinario de la administración de justicia en materia penal, permitiendo la realización de la instrucción y el consecuente juzgamiento sin que se cuente con la presencia física o judicial (actuar

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-463 de 2018. M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³ Fiscalía General de la Nación, en la parte instructiva y Jueces en las audiencias preliminares y juzgamiento.

mediante representante judicial designado por el procesado), exigiéndose que se le dote de una serie de prerrogativas con las que aparentemente se garantiza el derecho a la defensa.

Pese a esta postura doctrinaria e incluso normativa, se ha entendido como una expresión que caracteriza a las sociedades desarrolladas, o con un grado superlativo de civilidad jurídica, tal como al menos en apariencia ocurre en gran parte de los países de occidente, el reconocimiento de una serie de derechos propios de las personas al interior de un proceso de naturaleza penal. Desde el ámbito de los instrumentos normativos supranacionales, entre los que podemos encontrar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, se logra instituir una prerrogativa, consistente en que la persona acusada en una instrucción de naturaleza penal, debe estar presente en el juicio donde se debata su responsabilidad¹⁴.

Como puede apreciarse, la configuración de esta aparente garantía predicable de la persona que se procesa penalmente, consistente en estar presente durante el pleno de la instrucción y el juzgamiento, entendiendo este como un reconocimiento absoluto, que lamentablemente se eclipsa cuando el ordenamiento interno de cada país, puede desdibujar el efecto material de la pretendida prerrogativa.

Observemos, como en el medio colombiano, algunos tratadistas delimitan la forma en la cual se ha establecido el manejo de lo que se ha denominado como el juicio en ausencia, en el cual se concentra toda la temática del procedimiento penal cuando no se cuenta con la presencia del procesado. A fin de presentar estos

¹⁴ El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 3, prevé que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, entre otras a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección [...]", Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en la página web https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_politicos.html, consultada el 23 de mayo 2019.

planteamientos acudimos a las posturas esgrimidas por, Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, quienes señalan en su obra compartida que; “(...) sin dudas, las dificultades que en determinadas circunstancias existen para garantizar la presencia del acusado en el juicio pueden razonablemente justificar su realización en ausencia, aun bajo el modelo acusatorio. Sin embargo, los reparos que surgen en relación con la eficacia del derecho de defensa en estas circunstancias obligan a establecer mecanismos de salvaguardia.”¹⁵

Para quienes son partidarios de la permisibilidad del juicio en ausencia, el fundamento de su posición se encuentra en la necesidad de realizar el juicio en ausencia, como medio para evitar la materialización de criterios de impunidad, en aquellos eventos en que la administración de justicia ha invertido tanto esfuerzos, como recursos, para reunir los medios de prueba que permitan encontrar la verdad de los hechos penalmente relevantes que acontecieron, supliendo al menos procesalmente la no comparecencia del sujeto a instruir, cuando es clara su posición de negarse a asistir al proceso, o simplemente cuando no es posible lograr su ubicación.

El hacer uso del denominado juicio en ausencia, entienden sus partidarios evita que los medios de prueba, se diluyan por el paso del tiempo (afectación al principio de inmediatez) y pierdan su punto de validez y pertenencia, lo que si ocurriese de seguro sería una afectación a la garantía de eficiencia de la administración de justicia, razones que se enmarcan dentro de motivaciones políticas o de política criminal, como lo advierte el tratadista y fiscal español Jaime Moreno Vermejo, citado por Ricardo Vaca Andrade, en su artículo “El Juicio en Ausencia”¹⁶, las que

15 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general, tomo I, 6ª ed., editorial Universidad Externado, Colombia, 2013, p. 329.

¹⁶VACA ANDRADE Ricardo, El juicio en ausencia, publicado en <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/Vaca> Andrade Ricardo, consultado el 21 de abril de 2019

resume en criterios de economía procesal, toda vez que el Estado ha incurrido en gastos de investigación y por ello no debe olvidar que lo que se persigue es el juzgamiento y sanción del delincuente. También, aduce razones prácticas tales como evitar suspensiones indefinidas, impunidad, desdibujación de los hechos y sobre carga de trabajo en la judicatura, de tal manera que se habilita el juicio del ausente, pero condicionado a que se realice con sumo cuidado para evitar cualquier vulneración al derecho de defensa y al principio relativo a que nadie puede ser condenado sin previamente ser oído¹⁷.

Es importante indicar que las tendencias que sobre el juicio en ausencia se están gestando en el medio europeo, las cuales de seguro ejercen una fuerte influencia en nuestro medio, están marcadas por los criterios que presenta Ricardo Vaca Andrade, en su artículo titulado, "*El Juicio en Ausencia*"¹⁸ antes citado; en el que se parte de la premisa, que tal figura, se concibe como la autorización que el mismo sistema jurídico penal, brinda para que se realice el juicio al ausente, estableciendo para ello una serie de reglas mínimas de obligatoria observancia, las cuales demarca el autor en referencia a manera de ejemplo, pueden ser las consagradas en la resolución N° 75 - 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la cual prevé, entre otros aspectos que nadie puede ser juzgado si con carácter previo no ha sido efectivamente citado en tiempo hábil que le permita comparecer y preparar su defensa; que la sentencia dictada en ausencia debe serle notificada al inculpado y que se permita al condenado impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueren procedentes de haber estado presente y a través del recurso de nulidad cuando su incomparecencia a juicio obedeciera a causas involuntarias, teniendo en

¹⁷ MORENO VERDEJO, Jaime, El recurso de anulación, cuadernos y estudios de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 21, Madrid, p. 9 (...) La cuestión no es tanto si debe o no permitirse la celebración de juicios sin la presencia del acusado, que creo debe llevar una rotunda respuesta afirmativa, sino que el acento deberá ponerse, por una parte, en el establecimiento de requisitos cuya falta haga imposible la celebración del juicio y, de otro lado, en la instauración de los oportunos sistemas de impugnación para revisar lo hecho en ausencia, entre los cuales se halla específicamente el recurso de anulación(...).

¹⁸ VACA ANDRADE. Ricardo, El juicio en ausencia, op: cit.

caso de que acredite que la ausencia fue injustificada, derecho a ser enjuiciado de nuevo en la forma ordinaria.

Como puede apreciarse, dentro de las pautas que en el medio europeo se han concebido para atender la ausencia del instruido, se propende por la posibilidad de establecer mecanismos de protección reforzada a las garantías de quien es procesado de esa manera, como lo puede ser la consagración de medios de impugnación adicionales a los ordinariamente establecidos, para recurrir la sentencia condenatoria, ello siempre y cuando el sujeto juzgado en ausencia demuestre que su no presencia en el proceso estuvo justificada. A esta medida se suma la configuración de la posibilidad de que se repita el juicio, esta vez con la presencia del procesado.

Pero, no solamente es pertinente repasar los planteamientos que en el medio europeo se formulan frente al denominado juicio en ausencia, a continuación se procede a hacer referencia a los criterios que sobre el particular ha determinado, la organización Amnistía Internacional, en su publicación, "Manual Sobre Juicios Justos"¹⁹, cuando al tratar el tema de los juicios en ausencia o in absentia, recurrió a los diversos preceptos establecidos en distintos instrumentos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre Derechos Humanos²⁰; actos en donde se ha establecido, el derecho de toda persona acusada a hallarse presente en su proceso y a una audiencia oral, a fin de oír y rebatir la acusación en su contra y presentar su defensa. Además, las personas condenadas en juicios in absentia, si son capturadas deben ser juzgadas nuevamente por un tribunal diferente.

¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, Manual de amnistía internacional sobre juicios justos, 2ª ed., Centro de lenguas de Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 179 y ss.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8. op: cit,

El manual al que se hace referencia indica que los juicios en ausencia, según la posición del Comité de Derechos Humanos, son admisibles “en el interés de la justicia” y el juez debe ejercer una vigilancia adicional que garantice el derecho de defensa.

Pasando al medio colombiano, la figura del juicio en ausencia, logra tener un desarrollo puntual en la jurisprudencia constitucional²¹. La Corte determinó, que se considera constitucional y viable que se geste el juicio en ausencia dentro de la estructura penal en Colombia. Argumenta, el alto tribunal que la declaratoria de persona ausente es una alternativa de naturaleza procesal que permite el correcto desarrollo de la función pública de administrar justicia.

El uso del juicio en ausencia, implica, perse, que se garantice al procesado ausente la plenitud de sus derechos y las garantías dentro del proceso, que se predicen del sujeto involucrado en una actuación de tipo penal, haciendo referencia entre otros criterios, al derecho al debido proceso y a contar con una defensa técnica adecuada y oportuna.

Este criterio jurisprudencial, es analizado por el tratadista Manuel Fernando Moya Vargas²², quien disiente de la pertinencia de la procedencia del juicio en ausencia, bajo la figura de la, “persona ausente” al interior del procedimiento penal con tendencia acusatoria que se estableció con la Ley 906 de 2004, por considerar que esta no es compatible con las formas de juzgamiento acusatorias en las que se pregonan la presencia del encartado como principio fundante del mismo.

²¹CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-657 de 1996, M.P., Fabio Morón Díaz., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-488 de 1996, M.P., Carlos Gaviria Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-100 de 2003, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-248 de 2004, M.P., Rodrigo Escobar Gil., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-591 de 2005, M.P., Clara Inés Vargas Hernández., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1154 de 2004, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-463 de 2018, M.P., Antonio José Lizarazo Ocampo.

²² MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p., 5, 122, 214

En criterio del autor arriba mencionado, los argumentos esbozados por la Corte Constitucional, se alejan de la posición dominante en occidente e incluso de la que pretende fijar los instrumentos internacionales, por cuanto determina la constitucionalidad de los juicios en ausencia, bajo la prevalencia del eficientísimo de la administración de justicia, sobre la invulnerabilidad de los derechos del sujeto enjuiciado.

También, agrega que la Corte Constitucional, considera que, las practicas judiciales desarrolladas en Colombia con relación al procesamiento en ausencia no realizan las condiciones de viabilidad previstas por la mencionada corporación, insistiendo, que la única forma, como puede procurarse, una auténtica condición de garantía del ejercicio del derechos de defensa material, de un procesado en el campo penal, la constituye, el que la persona, pueda estar de cuerpo presente, en cada una de las etapas de instrucción, a fin de poder ejercer su del derecho de contradicción²³. De ahí, que el ente jurisdiccional concluya que: “(...) es irracional afirmarse que se garantiza los derechos de defensa de un ausente, con la asignación de un abogado por parte del Estado, cuando este ignora por completo que el Estado lo amenaza, con el ejercicio de la acción penal(...)” ²⁴

Bajo los términos señalados anteriormente, el juez constitucional concibe la realización de un juicio justo. La alta corporación judicial, como se ha indicado, entiende que las prerrogativas derivadas del debido proceso y el derecho de defensa, se garantizan eficientemente con la formula descrita líneas atrás, lo cual, según el autor en comento, no es cierto, puesto que con esta posición, se eliminan otras posibilidades con las que podría contar el procesado, para acceder a medios que le brindarían beneficios de carácter punitivo y lo verdaderamente importante contar con criterios de justicia efectiva. Sobre este aspecto en particular, el tratadista ha señalado: “En cambio, obsérvese como respecto del procesamiento de

²³ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 120

²⁴ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 123

ausentes, se asume como presupuesto una especie de concesión presunta hecha por parte del procesado conforme con la cual cede el ejercicio de su derecho de defensa, cercenándose las opciones implicadas en las salidas alternas, y el aporte de los medios de convicción, tales como su propia versión de los hechos. Es así como el abogado defensor ingresa al escenario judicial como una especie de garante de la legalidad, que no puede hacer más que intentar controvertir la firmeza de los cargos que eleva el fiscal. Situación que contradice el principio adversarial, pues aún en el ejercicio de defensas pasivas, la defensa se erige como inquisidor tanto formal como material de la propuesta de juicio que el fiscal intenta erigir en verdad judicial. La intervención del defensor de ausentes no es sino un ejercicio de derechos abstractos.”²⁵

Lo cierto, es que si bien, la finalidad principal para autorizar los juicios en ausencia en la legislación colombiana, es dotar a la administración de justicia de mecanismos que le permitan avanzar en aquellos casos donde no es posible lograr la comparecencia del procesado²⁶, no se establecieron los necesarios criterios de distinción frente a las diferentes situaciones en las que puede originarse la ausencia del sujeto a procesar, las cuales ameritan se traten en forma diferente.

Es importante destacar, que las diferentes causas que pueden dar origen a la no comparecencia del procesado al juicio, no permiten que se edifiquen situaciones similares que deban tratarse desde la misma perspectiva jurídica. Denótese, como el ser rebelde al llamamiento de la justicia o renunciar a estar presente en el juicio, son acciones en las que claramente media la voluntad del sujeto sobre el que versa la instrucción, la acusación, y el juzgamiento, por lo que podría indicarse que con su renuencia está ejerciendo su derecho de defensa.

²⁵ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 122

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 591 de 2005, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, señala los tres eventos que pueden dar origen a un juicio en ausencia, son: a) procesado no se ubica, a pesar de actividades del ente acusador para tal fin, b) Es rebelde a comparecer al llamado de la Justicia, y c) renuncia a hallarse presente en el juicio.

Lo cual no es una situación comparable, cuando el origen de la ausencia es la imposibilidad de encontrar al sujeto a procesar, este desconoce por completo la existencia de la actuación que cursa en su contra, evento en el cual, se entiende desde la perspectiva constitucional garantista que impera en nuestro medio, que debería contar con mecanismos de naturaleza especial que permitan el estudio del proceso llevado en su contra y del fallo correspondiente, sin tener que acudir a figuras consagradas por fuera del proceso penal para la satisfacción de su derecho a un juicio justo.

Vale la pena reiterar que para Manuel Fernando Moya Vargas²⁷, las garantías procesales deben operar en cualquier estructura procesal estableciendo las condiciones idóneas para su ejercicio, de acuerdo con los sujetos intervinientes habida consideración que no son simples enunciados teóricos, sino que su fuerza argumentativa se deriva de la forma, como se ejercen, la manera en que son observadas, en la práctica judicial y finalmente en la forma en que se relacionan con las demás garantías y principios constitucionales, en especial con los criterios que se demandan por la consignación del debido proceso, en el artículo 29 de la mentada Carta Constitucional, el cual constituye un mandato que se reconoce indistintamente a quienes, son sujetos del poder punitivo del Estado. Lo cual se fortalece y vivifica, mediante la constatación de esos tópicos, con las disposiciones internacionales que las consagran y que para el caso colombiano constituyen, parte del denominado bloque de constitucionalidad.

1.1 Situaciones que dan lugar a un juicio penal en ausencia

²⁷ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 47

Como parte del desarrollo de la temática propia de esta investigación, se considera pertinente proceder a realizar el estudio de las diversas formas en que se vincula al ausente en el proceso penal colombiano. Las formas de vinculación que se han establecido en nuestro estatuto adjetivo, son tres, a saber:

- a) Contumacia.
- b) Declaratoria de persona ausente.
- c) Negación de la persona procesada a asistir al juicio.

En lo que respecta a la contumacia, es importante señalar que esta se desarrolla bajo los criterios propios de la declaratoria de rebeldía, como fórmula de vinculación de una persona a un proceso jurídico de naturaleza penal. Figura que ha tenido relevancia desde el inicio de la tradición jurídica en occidente, la cual ha sido definida por la doctrina como “un comportamiento que ignora o desobedece una ley, una orden de un magistrado o una instrucción explícita de un juez, bien sea respondiendo al iudex o con la intención deliberada de no acudir ante la presencia judicial cuando se requiera procesalmente.”²⁸

Pero vayamos un poco más atrás, para encontrar la razón de ser de estas instituciones, en el derecho romano, se procuró por el establecimiento de mecanismos para lograr la adecuada vinculación procesal del sujeto a quien se pretendía procesar, quien hacía caso omiso al llamado de la justicia.

En los planteamientos de Hermogeniano, según se consigna en la cita que se hace de sus posturas en el artículo “Sobre la Contumacia”²⁹, publicado en la revista de Derecho UNED, se señala que el contumaz, es aquella persona que ignora la

²⁸ PENDON MELENDEZ, Esther, Sobre la contumacia, Revista de derecho UNED, ed. RDUNED, Madrid, 2011, número 8, p. 427. 446.

²⁹ PENDON MELENDEZ, Esther, op: cit, p. 427 - 446

comparecencia al proceso después de: a) haber sido convocada por tres edictos, b) o por uno sólo conocido como perentorio, c) o bien el que fue llamado a juicio tres veces e hizo caso omiso. Frente a estos criterios se estimó necesario establecer un procedimiento para declarar esta condición, consistente en la publicación de tres edictos con intervalos de 10 días entre cada uno y un último llamado perentorio, que impedía la retractación del procesado, al cabo de lo cual se declaraba contumaz y se continuaba con el proceso.

También, se observa que fue necesario en aquella época, la implementación de una serie de herramientas que permitieran mantener el equilibrio procesal por el establecimiento irrestricto de las garantías de los procesados en ausencia, así se logra entrever en los planteamientos de Juan Alfredo Obarrio Moreno,³⁰ quien al determinar los efectos prácticos y procesales de la figura del contumaz, señala la existencia de una serie de sentencias que se profirieron bajo la línea de la responsabilidad plena del declarado en contumacia, las cuales se emitieron en condiciones que hacían que estas pudieran ser revocadas con gran facilidad a través de la aplicación del principio “restitutio integrum”³¹.

Es decir, que en virtud del mencionado principio, el condenado podría apelar la sentencia, en aquellos eventos en que su ausencia no tuviese origen en la rebeldía, ello como consecuencia de entender que la defensa del procesado ausente, constituye una obligación que se proyecta del deber de los ciudadanos en el ámbito jurídico de responder por los hechos cometidos y contar con las garantías que el proceso penal establece, cuando ello ocurre, su tratamiento dista del que ordinariamente se brinda al contumaz al designarle un curador que se encargue de su defensa.

³⁰ OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, El proceso por contumacia, origen, pervivencia y recepción, 1ª ed., Dykinson, S.L, Madrid, 2009, p. 84

³¹ OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, op:ct., p. 85, 86

Otro aspecto histórico, que se considera pertinente resaltar, se gesta en tiempo del emperador Trajano, quien dispuso, como lo han documentado algunos expertos en el estudio de las instituciones propias del derecho romano, que el acusado ausente, lo cual incluiría al contumaz, no debía ser condenado, invocando principios humanitarios, toda vez que no podía condenarse a alguien cuya presunción de inocencia no se había desvirtuado.

Continuando con la referencia del origen de la figura de la contumacia, en el mundo jurídico, es procedente destinar algunos reglones al desarrollo de esta figura en el ámbito nacional. Desde el año de 1887, en nuestro ordenamiento se han trazado diferentes lineamientos, para investigar conductas punibles y lograr la sanción de los responsables de infringir la ley penal, pero la forma como pueden ser vinculados los procesados ha cambiado a medida que se adoptan disposiciones sobre derechos humanos que le otorgan dicho estatus a las garantías judiciales, partiendo de la Ley 94 de 1938, Decreto 1345 de 1970, Decreto 409 de 1971, Decreto 181 de 1981, Decreto 050 de 1987, Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000 hasta llegar a la actual Ley 906 de 2004, donde se trabajó la temática del juicio en ausencia, sobre la diferenciación conceptual entre la figura de la persona ausente y el contumaz, pautas normativas a las que se hará referencia más adelante, en el desarrollo del texto.

Cuando se repara, en el contenido del artículo 291, del actual estatuto penal adjetivo, se observa que la denominada figura de la contumacia, se presenta; “si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, está se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a

designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación”.

En otros términos, según nuestra legislación se está frente a un reo contumaz o rebelde a comparecer al llamado de la justicia, cuando es citado debidamente y sin justificación alguna no acude al proceso, situación que habilita al Estado a realizar la audiencia de imputación de cargos, con la simple presencia del defensor de confianza. Ahora, en el evento que no cuente con un abogado que lo represente, se permite que la judicatura designe un profesional del derecho que ejerza la defensa técnica del procesado ante el cual se llevara a cabo la comunicación de cargos y se continuara con el diligenciamiento, persecución que encuentra su validez al ajustarse al compendio normativo que rige en nuestro país, donde se autoriza a medida que avanza la persecución penal, la limitación de ciertas libertades en pro del proceso, entre ellas, ser vinculado en ausencia.³²

La doctrina³³ ha desarrollado la posición normativa arriba planteada, señalando que, la institución de la contumacia se entiende como la resistencia pasiva, rebeldía y desobediencia al llamamiento realizado al actor o reo, para que comparezca al proceso dentro del término fijado en la citación y a la declaratoria de contumacia como la figura jurídica por medio de la cual se puede vincular a una persona a la actuación penal cuando esta se niega a comparecer, a través de la comunicación de cargos a su defensor o si este tampoco acude, al abogado que se designe del Sistema Nacional de Defensoría Pública. Siendo el rasgo característico del contumaz, poseer conocimiento sobre la investigación que cursa en su contra y desatender la convocatoria del aparato judicial en forma consciente y voluntaria.

³² MOLINA LOPEZ, Ricardo, El debido proceso penal en Colombia y España, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín, 2010 volumen 40, p. 23

³³ TEJEDOR ESTUPIÑAN, Julián Edgardo, ¿La vinculación en ausencia al proceso penal vulnera garantías fundamentales del procesado?, Universidad Santo Tomás, Revista Principia Iuris, 2015, volumen 12, p. 128-169

El desarrollo doctrinal también procura por el establecimiento de tres situaciones concretas que en la práctica judicial dan lugar a la declaratoria de contumacia de un procesado, los cuales se corresponden según Nelson Botero Saray³⁴: a) aquel que ha sido debidamente citado a las audiencias y no comparece a la de imputación; b) quien fue notificado en audiencias preliminares anteriores a la citada diligencia, como debe constar en los respectivos audios y actas y no comparece previa citación y c) aquel a quien después de legalizada la captura, no se le formula imputación y luego se le cita para el efecto a las direcciones y demás datos de contacto suministrados en la primera oportunidad, haciendo caso omiso a este llamado.

De otro lado, es preciso señalar que el legislador colombiano en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes con miras a garantizar un juicio justo para estas personas, prohibió en el artículo 158 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y la adolescencia) la realización del juzgamiento a los menores infractores en su ausencia, aumentándose el término de prescripción en una tercera parte. No obstante, el contumaz o rebelde si puede ser juzgado in absentia, conforme a los planteamientos esbozados en el control de constitucionalidad de dicha norma.

Es así, como la Corte Constitucional, en sentencia C- 055 del 03 de febrero de 2010, declaró la exequibilidad del mencionado artículo 158, precisando que en desarrollo del principio de conservación del derecho y en uso de la analogía *iuris*, sólo era viable el juicio en ausencia del infractor contumaz o rebelde, porque no estaba incluido en dicho precepto. Adujo, esa corporación que si la Fiscalía, conforme con las competencias que le corresponden determina que el adolescente infractor, habiendo sido citado en debida forma al proceso, no ha comparecido al mismo sin justa causa o hace saber que no desea participar de él, se deberá informar al juez y se tramitara el proceso penal sin que haya lugar a suspensión del proceso ni a la

³⁴ BOTERO SARAY, Nelson. Procedimiento penal acusatorio, 2ª. Ed. Leyer, Bogotá, 2017, p. 45.

extensión del término de prescripción de la acción penal, garantizándose el derecho de defensa mediante la designación del apoderado o el defensor público y el defensor de familia.

La segunda forma de vincular al ausente al desarrollo de un proceso de naturaleza penal, es a través de la denominada declaratoria de persona ausente, figura que difiere de la contumacia, en un punto estructural, en el sentido que la persona ausente, es aquella que no ha comparecido al proceso porque no se le ha podido ubicar para informarle la existencia del mismo, en otras palabras, es aquel que desconoce por completo que se le adelanta un enjuiciamiento de carácter penal.

Como bien se ha indicado en algunos de los apartes que han precedido, se establece al interior del sistema penal una garantía fundamental para las personas en general, que corresponde a los criterios constitucionales garantistas derivados de la implementación del Estado Social de Derecho. Se está haciendo referencia a la garantía que constituye el contar con la presencia del sujeto procesado en el juicio que se le adelante ³⁵, ello con miras a que escuche lo que se aduzca en su contra, conozca las pruebas que se presenten, esgrima los argumentos de su defensa o ataque las premisas de la acusación, desvirtúe las pruebas que la solventan y presente las propias, lo cual en realidad es lo que integra el debate judicial. No obstante, tal como se ha indicado, cuando no es posible lograr la ubicación y vinculación del sujeto al proceso penal, en forma excepcional, se permite adelantar el juicio en su ausencia o juicio in absentia.

Este aspecto en concreto, es abordado por la organización, Amnistía Internacional³⁶, quién ha señalado que el derecho a hallarse presente en la

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 literal d). op:cit

³⁶ Amnistía Internacional, op:cit, págs. 170 - 171

instrucción y juicio derivados del ejercicio de la acción penal, es una garantía irrenunciable del procesado. En virtud de esta se impone el deber a las autoridades públicas de notificar al sujeto a procesar y a su defensor, con la debida antelación, la fecha, hora y lugar donde se llevará a cabo cada una de las etapas del proceso y enfáticamente el juzgamiento, igual si se llegará a presentar alguna modificación frente a estos puntos.

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ONU, ha admitido la pertinencia de los juicios absentia o en ausencia, siempre y cuando se demuestre que se llevó a cabo la comunicación mencionada al procesado, eventos en los cuales el Tribunal o Juez debe garantizar a toda costa la defensa técnica del acusado ausente.

Pasando a nuestro medio, es válido que se indique que, con el devenir del tiempo se ha dado paso a la introducción de la figura del ausente en el procedimiento penal. La primera mención que se hace del tema, fue en la Ley 94 de 1938, Código de Procedimiento Penal, exactamente en el artículo 433 que establecía que dictado el auto de proceder, el juez debía ordenar citar al procesado por medio de los empleados de su dependencia o de la policía, si fuere necesario para que se le notificara personalmente. Cuando esta comunicación no se podía llevar a cabo por no hallarse al procesado, este se emplazaba mediante edicto que permanecía fijado durante 20 días en la Secretaría del Juzgado y se publicaba en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si, transcurrido este plazo no comparecía, se le declaraba reo ausente, se nombraba un defensor de oficio y con éste se seguía el juicio hasta su terminación, norma declara exequible por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 04 de febrero de 1948³⁷

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 04 de febrero de 1948. M.P. Víctor Cock

Con la promulgación de la Constitución Política del año 1991, surgió una nueva visión del derecho y de los deberes del Estado, que se enmarcan en la prevalencia de los derechos fundamentales y la promoción de la dignidad humana, lo cual confluyó en lo que se ha denominado como constitucionalización del accionar público que involucra al derecho penal y procesal penal, de suerte que las reglamentaciones adjetivas expedidas a partir de su vigencia trataron de ser más garantistas con el procesado ausente.

En el caso específico de la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se implementa un sistema procesal penal con tendencia acusatoria donde la base del mismo es la confrontación entre dos partes, cada una con su propia teoría del caso, ha llevado a que algunos doctrinantes³⁸ e incluso la Corte Constitucional³⁹ demarquen que frente a la imposibilidad de informar al sujeto procesado penalmente sobre la existencia del diligenciamiento en su contra se deba autorizar el juicio en ausencia⁴⁰.

Es así, como en el artículo 127 de la Ley 906 de 2004, se consagró la posibilidad procesal que tendrá aplicación, en el evento en que el fiscal, no haya podido localizar al sujeto a procesar a fin de formularle la respectiva imputación, en tal caso podrá acudir al juez de control de garantías, para que proceda con la declaración de persona ausente y continuar con el procedimiento legalmente establecido.

³⁸ CUELLAR BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, op: cit., págs. 328 – 329

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 488 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 676 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas

⁴⁰ Es preciso señalar que dentro del trámite para la expedición de la Ley 906 de 2004, específicamente en el acta 20 del 19 de noviembre de 2003, algunos exponentes entre ellos el Dr. Juan Carlos Arias, señalaron que condenar ausentes puede ser violatorio de varias normas de derecho internacional de derechos humanos en el entendido que se espera que todos tengamos el derecho de ser oídos en juicio, oídos públicamente, lo que implican necesariamente la obligación de la presencia, como una de las características del sistema acusatorio.

Tal posibilidad al igual que a la que hemos referido anteriormente, demanda que de manera previa se demuestre y acredite los elementos de prueba que permitan inferir la debida insistencia en ubicarlo. Por ello la norma en comento exige al juez de garantías, verificar que se han agotado todos los mecanismos de búsqueda, la realización de un número de citaciones que razonablemente se entiendan suficientes y pertinentes, todo a ello orientado a obtener la comparecencia del sujeto a procesar penalmente.

Superada esta primera exigencia, el procedimiento establecido propende porque se ordene el emplazamiento de dicho sujeto, a través de un edicto fijado en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días, así mismo se establece la publicación de este en un medio radial y de prensa de cobertura local. Solamente, cuando se ha surtido esta actuación, la judicatura procederá a realizar la declaratoria de persona ausente y le designará un abogado del Sistema Nacional de Defensoría Pública que ejercerá la defensa técnica y con quien se surtirán todas la actuaciones, notificaciones y avisos.

La constitucionalidad de la figura esbozada en los párrafos anteriores fue definida por el Tribunal Constitucional⁴¹, al señalar que la declaratoria de persona ausente, es una medida, con la que cuenta la administración de justicia, para cumplir eficazmente con la función que constitucionalmente le corresponde dentro del funcionamiento propio del Estado, de tal suerte “que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio: además de brindarle mecanismos legales

⁴¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 488 de 1996, M.P., Carlos Gaviria Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 676 de 1996, M.P., Vladimiro Naranjo Mesa. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 591, M.P: Clara Inés Vargas

que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa”.⁴²

En la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional; con el fin de armonizar el contenido de la Carta Política y la legislación tanto supranacional, como interna que ha cogido tales mandatos, en lo que respecta al derecho a estar presente en el juicio, tal como por ejemplo lo reconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴³, expresó que la regla general en materia de enjuiciamiento, es que no se pueden adelantar los mismos en ausencia, menos en su sistema con tendencia acusatoria, sin embargo de manera excepcional se pueden autorizar, cuando no se ubique al procesado, con el único propósito de “dar continuidad y eficacia a la administración de justicia, en tanto que esta constituye un servicio público esencial”. Recuérdese, que esta misma corporación interpretó que tanto la Constitución Política, como los tratados internacionales sobre derechos humanos, admiten la aplicación de figuras como la declaratoria de persona ausente y la contumacia⁴⁴.

Es enfática, la Corte Constitucional en el proveído mencionado en procedencia, en señalar que, en estos eventos excepcionales se debe en todo momento asegurar el respeto de todas y cada una de las garantías judiciales del sujeto a procesar penalmente, estableciendo para salvaguarda de estas, una obligación en concreto, la cual se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, relacionada con el deber de continuar con la búsqueda del procesado. Además, de establecer un control al momento de formular la acusación de parte del juez de conocimiento, quien sólo podrá autorizar la realización del juicio si se demuestra, que el ente

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 488 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz

⁴³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia por medio de la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos con la Ley 16 de 1972.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 591 de 2005. M.P., Clara Inés Vargas.

acusador, no ha cesado en la búsqueda del ausente, de lo contrario se procederá con la declaratoria de la nulidad de lo actuado.

Es importante destacar, que dentro de los medios para la protección de los derechos del ausente al interior de un proceso de naturaleza penal, se estableció jurisprudencialmente que el defensor de este (el cual en la mayoría de los casos pertenece al sistema de nacional de Defensoría Pública) desempeñe su labor con vehemencia y a cabalidad, so pena de sanciones de tipo disciplinario, demandando por parte del Ministerio Público, el incremento superlativo de su función de intervención en defensa de los derechos y garantías fundamentales del procesado. Lo anterior como muestra de las medidas establecidas para lograr el respeto efectivo de los derechos y garantías que le corresponden a cualquier ciudadano sometido a enjuiciamiento criminal en Colombia.⁴⁵

El último evento, que puede dar origen a un juicio en ausencia se presenta cuando del sujeto procesado teniendo conocimiento de la actuación penal en su contra, se niega voluntariamente a estar presente en la audiencia de juzgamiento, situación que no guarda identidad material con las que se analizaron previamente, no obstante, nuestra normatividad, otorga al reo esa posibilidad como ejercicio del derecho de estar presente en su propio juicio.

Téngase presente que en la hipótesis descrita en las líneas anteriores, el sujeto procesado penalmente ya se encuentra vinculado al proceso, de tal suerte que nuestro sistema penal le permite renunciar al derecho a acudir a esa diligencia, actitud que no puede ser tenida como algo desfavorable, sino como el ejercicio de la voluntad de quien enfrenta el juicio, que además puede ser parte de su propia

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C- 591 de 2005, M.P. Claras Inés Vargas.

estrategia de defensa y en tal caso no es posible que se afirme, que se gestó el desconocimiento del debido proceso, ni del derecho a la defensa técnica .⁴⁶

1.2. El debido proceso y derecho fundamental de defensa del ausente.

Es bien conocido que uno de los derechos que catapultó el denominado neo-constitucionalismo, de tendencia garantista al menos en su concepción aquí en occidente, ha sido el denominado como debido proceso, que integra una de las garantías superlativas que brinda el sistema constitucional y jurídico a las personas a fin de garantizar sus derechos fundamentales individual o colectivamente considerados⁴⁷.

La Corte Constitucional colombiana, en desarrollo de su prolija jurisprudencia, ha determinado en algunos de sus pronunciamientos tanto la naturaleza, como el alcance del que se ha considerado, como uno de los derechos primarios con que deben contar las personas en un estado social de derecho, el debido proceso. En sentencia C-980 de 2010, índico sobre el particular que: “(...) Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la

⁴⁶ CUELLAR BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, ob:cit, página 328.

⁴⁷ Respecto a la influencia de los derechos fundamentales, dentro de los que se haya el debido proceso, en los ordenamientos constitucionales recientes en occidente, puede consultarse, entre otras, la obra de FIORAVANTI Maurizio, Los derechos fundamentales, ed., Trotta, Madrid, 2009.

actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. (...)”⁴⁸

En otro de sus pronunciamientos el tribunal constitucional, determinó de manera puntual los aspectos que en la práctica ha de encerrar el derecho al debido proceso, garantía para las personas, deber para la administración del Estado en todos sus órdenes, en la sentencia C-163 de 2019, se señaló puntualmente que integran tal derecho el acceder a: “(...) (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa.(...)”⁴⁹

En la providencia citada en precedencia, también se hace alusión al debido proceso probatorio, garantía judicial que puede verse afectada al igual que el derecho de

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-163 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

defensa del ausente, habida consideración que implica, la prerrogativa a: (i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decrete y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.”⁵⁰. De ahí, que pueda evidenciarse que la dinámica probatoria se vería limitada a la posición de la defensa técnica, quien como se ha venido señalando no cuenta con la información del procesado para lograr una adecuada y eficaz defensa del mismo.

Ahora bien, repasemos por un momento, el texto constitucional a fin de encontrar la raíz argumentativa que llevo a la Corte a expedir tan prolijo pronunciamiento. En el título segundo de nuestra Constitución Política, se estableció, podríamos afirmar una especie de catálogo tanto de derechos y garantías, como de deberes de las personas, ello no quiere decir que a lo largo del resto del texto constitucional, no se plasmen artículos que busquen generar el mismo efecto tal como ocurre en el artículo 95 de la carta, no obstante del mentado listado es necesario destacar, lo consagrado en el artículo 29, el debido proceso, el cual como ya se indicó es una garantía fundante que se brinda las personas en general. Tal artículo reza: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-163 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Como puede apreciarse, el constituyente al edificar este tópico constitucional, no partió de la definición, del establecimiento de qué debemos entender por debido proceso, sino que proyectó el texto constitucional hacia la materialización de una relación de garantías que han de componer al mencionado concepto.

Como vimos en la parte inicial del presente numeral ha sido la jurisprudencia nacional y supranacional⁵¹, junto con la doctrina las encargadas de delinear la definición material y práctica de lo que es el derecho al debido proceso, para ello han demarcado el conjunto de condiciones, normas, requisitos y garantías que permiten el ejercicio de los derechos de las personas en los escenarios de confrontación con el poder estatal y que rigen en cualquier sistema procesal, sin importar en el caso penal, si este es o no de naturaleza acusatoria.⁵²

Se considera importante destinar algunos reglones a tratar, la manera en la cual las mencionadas prerrogativas fueron hilvanadas en diversos instrumentos internacionales. Muestra de ello la integra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos que

⁵¹ LOPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, “El Debido Proceso en el Siglo XXI”. Biblioteca Virtual de Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. www.juridicas.unam.mx; <http://biblio.juridicas.unam.mx>,

⁵² MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 47

han elevado al debido proceso a la categoría de derecho humano. Por lo tanto, el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable en una instrucción de naturaleza penal o administrativa, constituye el marco dentro del cual puede ejercerse el ius puniendi que compete a la organización estatal.

En el texto de Miguel Alejandro López Olivera⁵³, se trae a colación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se ha tratado el debido proceso, logrando establecer una premisa sobre el particular que se expresa en los siguientes términos: “(...) todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno de las garantías del debido proceso (...)”.

El texto en referencia, señala la posición que ha caracterizado la visión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la interpretación material de lo dispuesto en el artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁴, el cual reza: “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del

⁵³ LOPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, “El Debido Proceso en el Siglo XXI”. Biblioteca Virtual de Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. www.juridicas.unam.mx; <http://biblio.juridicas.unam.mx>

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Caso Baena Ricardo y Otros vs Panamá del 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”⁵⁵

La mentada interpretación, propende porque su aplicación, no sea restrictiva y limitada al contenido material de la cláusula que señala los recursos judiciales y los derechos imperantes en las actuaciones de naturaleza judicial; contrario a ello, se propende por la conjunción requisitos, medios y garantías que deben observarse, en las diferentes instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado, haciendo vivos los compromisos constitucionales y convencionales.

Ahora bien, dentro de las prerrogativas que se integran en el concepto de debido proceso, tal como se señaló brevemente al inicio del presente numeral, emerge, el

⁵⁵ Convención americana sobre los derechos humanos, publicada en la página web https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultada el 13 de diciembre de 2020.

derecho de defensa, el cual, conforme a la reiterada posición de la Corte Constitucional, se proyecta en los términos que describe la sentencia C-559 de 2019, como un derecho integrado por el conjunto de facultades y garantías en el ordenamiento jurídico, cuyo objeto es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida justicia.”⁵⁶

La citada corporación, nos indica que el derecho de defensa, al interior del sistema penal acusatorio, es un presupuesto sine qua non para la realización de la justicia, como valor supremo del ordenamiento constitucional y legal, que debe entenderse como la oportunidad de toda persona dentro de un proceso, de ser oída, hacer valer sus propias razones y argumentos, de controvertir y objetar las pruebas en su contra, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga⁵⁷.

En contexto, se entiende como un juicio justo, conforme con la posición de la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional, como supranacional, aquel en donde se respetan la totalidad de los derechos de los sujetos, lo que involucra los arriba mencionados, todo ello a fin de lograr una defensa penal efectiva.

Estructura que demanda porque el sujeto a procesar y juzgar, este presente con el propósito de contrarrestar, la acusación y carga argumentativa del ente estatal encargado de la acusación. En el estudio comparado, denominado “Defensa Penal Efectiva en América Latina”⁵⁸ en el año 2015, frente a los estándares latinoamericanos de defensa, se establece como derecho estructural del sujeto

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-599 de 2019, M.S. Cristina Pardo Schlesinger

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-599 de 2019, M.S. Cristina Pardo Schlesinger

⁵⁸ BINDER Alberto, ED Cape, ZAZA Namoradze, Defensa Penal Efectiva en América Latina, ed., Antropos Ltda., Bogotá D.C, 2015. p. 85

investigado y juzgado en un proceso penal, el estar presente en el juicio y a participar en él.

En la obra en comento, se recaba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a un punto, en el que la víctima, como el imputado, puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios en todas las etapas de los respectivos procesos, haciendo la salvedad que el derecho a contar con un abogado defensor, no puede significar que el imputado pierda el control de su defensa, por lo que tiene derecho a mantener ese control durante el juicio.

Como ha podido denotarse la relación entre la presencia del sujeto procesado y el respeto a las garantías, hacen parte de un proceso a luz de la constitución e integran el derecho de defensa y en consecuencia el debido proceso, tal como lo ha entendido nuestra Corte Constitucional y lo ha plasmado la doctrinante Carolina Bernal Uribe al hacer una recopilación de la evolución del derecho a estar presente en el contexto colombiano, en la obra Defensa Penal Efectiva en América Latina⁵⁹.

Señala la autora en referencia, que las norma penales de nuestro país, hacen un reconocimiento directo al derecho a estar presente en la plenitud de la actuación penal, como parte del derecho de defensa, demarcando lo enfático de los pronunciamientos jurisprudenciales, que han indicado que el mismo no es absoluto, encuentra excepciones frente al procesado rebelde y el ausente, justificadas en las obligaciones de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia para asegurar la celeridad procesal y proteger el proceso oral de partes y la eficacia de la justicia.

⁵⁹ BINDER Alberto, ED Cape, ZAZA Namoradze, ob:cit, p. 262.

No obstante, concluye la citada académica que los mecanismos establecidos por la Corte Constitucional⁶⁰ para garantizar el derecho de defensa del ausente, de los cuales hablaremos en detalle más adelante, no encuentran en eco en la práctica judicial.

Por otra parte, el doctor Manuel Fernando Moya Vargas⁶¹, enuncia que la designación de la defensa material de un procesado ausente, constituye el reconocimiento meramente formal de un derecho, justificando la mencionada prerrogativa con la sola presencia del defensor técnico, lo cual no es suficiente para garantizar el desarrollo efectivo de la misma.

En sentencia T-463 de 2018, la Corte Constitucional, explicó el contenido del derecho de defensa en el caso de las personas ausentes, señalando que al igual que al procesado presente, debe estar asistido por un defensor idóneo que haga valer todas las garantías judiciales dentro del respectivo trámite, tales como pedir y aportar pruebas, controvertir las que se presenten en su contra e impugnar las decisiones.

Adicionalmente, señaló el deber del Estado y las autoridades judiciales de garantizar que los defensores de los reos ausentes cuenten con todas las condiciones materiales y formales para desplegar una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez, los derechos de su prohijado y así pregonar una verdadera igualdad de armas. No obstante, ese derecho no puede ser interpretado como la obligación de los abogados defensores de adoptar una determinada estrategia de defensa, sino

⁶⁰ Ver CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-488 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-627 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-100 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas.

⁶¹ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit, p. 121

que se satisface, si se garantiza la presencia del abogado y el otorgamiento de las condiciones necesarias para que este pueda cumplir a cabalidad su función.

Entonces, frente a este panorama debemos advertir que si bien la Corte Constitucional Colombiana, ha esgrimido diferentes argumentos para validar el procesamiento del ausente, se hace necesario determinar si estas herramientas brindadas por el alto Tribunal Constitucional, son suficientes para garantizar totalmente los derechos humanos del debido proceso y derecho de defensa de quien no está presente, por no conocer de la instrucción y del acto de juzgamiento, que se adelanta en su contra, tal como lo deprecian diferentes instrumentos internacionales y en otros contextos jurídicos, recordando que existen principios y garantías que rigen en cualquier sistema procesal penal.

Ahora bien, el tercer evento en el que se puede realizar un juicio en ausencia, al que ya se hizo alusión, se presenta cuando la persona procesada teniendo pleno conocimiento del juzgamiento que se adelanta en su contra, por estar vinculada a la actuación se niega a asistir a la vista pública, situación en la cual no puede pregonarse la implementación de garantías reforzadas, porque como ya se indicó es una figura completamente disímil de la del contumaz y de la persona ausente, donde media el conocimiento de la actuación y la voluntad del procesado.

Al formularse la imputación se activa el ejercicio de las garantías judiciales del procesado y es ese conocimiento el que le permite, definir su estrategia defensiva, que incluye la posibilidad de que esta sea pasiva. Pero si, además, fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad, conforme lo establece el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, puede manifestar su falta de deseo a comparecer o ser renuente a asistir a las diligencias en la etapa procesal en mención. Esta opción, no está limitada únicamente para esta clase de procesados sino también cobija a

aquellos que estén en libertad, quienes en igual sentido tienen la opción de acudir al llamado de la justicia o no, como expresión de su derecho a la libertad.

Los doctores Alexander Díaz Pedrozo y Moisés De La Cruz, en el artículo publicado en la Revista *Advocatus*⁶², señalan que el derecho a estar presente en el juicio emerge del artículo 29 constitucional y tiene como finalidad que el implicado ejerza su defensa material, de ahí que al ser privado de la libertad como medida cautelar dentro del proceso penal y no pudiendo desplazarse libremente al escenario del juicio, se le reconoce el derecho a no asistir a las audiencias a las que sea citado, voluntad que debe ser expresa sin que pueda ser obligado a presentarse a las diligencias en mención. Regla, que es aún de mayor aplicación de cara a quienes pueden enfrentar su juicio en libertad.

⁶² DIAZ PEDROZO Alexander y DE LA CRUZ Moisés, El Derecho a estar presente, como expresión del derecho de defensa, Revista *Advocatus*, ed. Especial 15, ed. Universidad Libre Seccional, Barranquilla, 2010, p. 177

Capítulo 2

Desarrollo de las garantías y derechos fundamentales del procesado en el juicio en ausencia en el contexto de la Unión Europea, de Latinoamérica y de las Reglas Federales del Proceso Penal Norteamericano.

Continuando con el análisis que integra la presente investigación, sobre los derechos del procesado ausente, en la etapa de juzgamiento, se hace necesario proceder a valorar el desarrollo de las garantías procesales, en otros contextos jurídicos. Se hará referencia al medio europeo y el latinoamericano, con el fin de establecer las tendencias que encierran estos sistemas, en cuanto a lo que respecta con la protección de los derechos del ciudadano juzgado sin su presencia.

Es importante dejar por sentado, que si bien, podría entenderse que el tratamiento dispensado a los derechos de un procesado penalmente ha de depender del sistema procesal de que se trate, dicha afirmación no encuentra respaldo a la luz de la primacía de los derechos fundamentales reconocidos a las personas en un

Estado de Derecho⁶³. Lo anterior, habida consideración que existen premisas obligatorias comunes a todos los sistemas de juzgamiento, que como se estudió en el capítulo anterior, constituyen un límite al ius puniendi del Estado, por lo tanto, son de imperioso cumplimiento, como lo ha afirmado la Dra. Teresa Armenta Deu⁶⁴.

Sobre estas condiciones comunes, se ha dicho por parte de Eduardo Demetrio Crespo y Agata María Sanz Hermida, en un artículo intitulado “Juicios in Absentia en el marco del derecho penal orientado a la protección de los DDHH: A propósito de los problemas de reconocimiento de la orden europea de detención y entrega”⁶⁵, que se trata de un principio básico del sistema de justicia penal, que el acusado este presente durante las actuaciones penales, el cual alcanza su máxima expresión en el denominado juicio oral. De ahí que se entienda que la presencia del procesado en la instrucción y el juzgamiento, constituye una garantía fundamental del sujeto procesado, que debe ser acogida y respetada, por todo ordenamiento jurídico, que se rige por los criterios propios del Estado Social y Democrático de Derecho.

En el caso europeo, el reconocimiento de un juicio justo, la prevalencia del derecho a la defensa y a la consecuente prohibición de indefensión, emergen de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁶, que expresamente se refiere al derecho a un proceso equitativo como aquel donde se reconocen como

⁶³ CRUZ MAHECHA, Diego Enrique, Valoración de los aspectos teóricos y jurisprudenciales que integran el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia, Ed. Nueva Jurídica, año 2020, página 142, señala: “ (...)el deber social que asume el Estado, no afecta, sino que enriquece su estructura misma y el accionar de las instituciones que en su interior se han edificado, permite que se entienda la fórmula del Estado Social de Derecho como el medio más eficaz para garantizar al pleno de los ciudadanos las condiciones mínimas para su existencia (...)”

⁶⁴ ARMENTA DEU, Teresa, op: cit, pág. 70

⁶⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERMIDA Ágata, María, Ciencias Penales y Derechos Humanos, homenaje al profesor, Dr. Javier Llobert Rodríguez, ed., Continental, San José de Costa Rica, 2020, p. 821-846.

⁶⁶ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, (...) Art 6. *Derecho a un proceso equitativo* 1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)*”, portal electrónico https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultada el 23 de diciembre de 2020.

garantías judiciales, el derecho del procesado a ser oído equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial que decidirá sobre el fundamento de la acusación, entre otros, en materia penal.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 11, establece, el derecho a un juicio público, donde el procesado cuente con todas las garantías, que se estimen necesarias para su defensa plena, lo cual se constituye en una directriz o estándar internacional de las distintas naciones que acogen los postulados de tal declaración, que deben ser respetadas en el juzgamiento, especialmente los de naturaleza penal a fin de proteger la dignidad del ser humano.

Entonces, dentro de esas garantías que permiten pregonar un juicio justo, se encuentra el derecho del sujeto a procesar a estar presente durante el pleno del procedimiento y en especial en su propio juzgamiento, el participar en tales procedimientos de la forma que mejor considere, de acuerdo con su propia teoría del caso, son derechos inalienables de la persona, que no admiten discusión alguna.

Así lo advierten, Eduardo Demetrio Crespo y Agata María Sanz Hermida, en la obra en comento, de donde es válido afirmar, que no se pretende proscribir los juicios de las personas ausentes, sino lograr que estos se realicen, con el respeto del núcleo duro del aludido derecho y conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad. Por lo mismo, que se hace necesario establecer, como ha sido la experiencia en sociedades diferentes a la nuestra en lo que respecta al respeto de la prerrogativa en mención.

En la Unión Europea, por regla general cada país miembro, cuenta con su propia codificación sobre los derechos humanos, pero deben acatar los instrumentos supranacionales que sobre el particular son aceptados por la unión, de igual forma cada país cuenta con diversos tribunales, que se han de encargar de su protección

desde la perspectiva judicial. Ello pese a lo loable que es contar con medios normativos y en especial con cuerpos definidos al interior del estado para la protección en este caso de los denominados derechos humanos, el contar con tantas estructuras con un deber funcional tan similar, tal como ocurre en el medio europeo, puede generar una serie de dificultades⁶⁷, algunas relacionadas con el grado de amparo y protección a brindar, de cara a la normatividad del colectivo europeo y la de cada uno de los Estados miembros.

También como se ha enunciado, se cuentan con diversos instrumentos internacionales⁶⁸ como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vinculante con la entrada en vigencia del tratado de Lisboa en 2009, la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como los más conocidos, preceptos en mención que son prácticamente coincidentes en su ámbito de aplicación, por lo que se ha venido decantando algunas posiciones frente a temas como el juicio justo, el cual involucra la presencia real y efectiva del procesado.

Frente al tema de un justo juicio, de cara al prenombrado derecho de ser parte real del proceso y contar con su presencia dentro del mismo en todas sus etapas y en especial en la de juzgamiento, se logró establecer al analizar el texto; Defensa Penal Efectiva en América Latina,⁶⁹ que en el acápite, destinado a referir la influencia del enfoque europeo, se denota como el Convenio Europeo, para los Derechos Humanos, en su artículo 6, señala las denominadas garantías judiciales, entre las cuales, podemos mencionar: el derecho a una audiencia pública y justa, derecho a ser informado a la mayor brevedad del proceso, derecho de defensa y derecho a un

⁶⁷ Al respecto puede consultarse la obra de ALONSO GARCÍA Ricardo, El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales, ed. Civitas, Madrid 2014.

⁶⁸ TORSTEIN, Stein, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV, Montevideo, 2009, p. 621 - 635, consultado el 09 de agosto de 2020 en www.juridicas.unam.mx

⁶⁹ BINDER Alberto, ED Cape, ZAZA Namoradze, op: cit, p. 10

juicio justo, prerrogativas que han encontrado desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en punto a la participación efectiva del encartado en el proceso penal.

En el artículo intitulado “Juicios in absentia en el marco del Derecho Penal Orientado a la Protección de los DDHH: A propósito de los problemas de reconocimiento de la orden europea de detención y entrega”⁷⁰, los autores analizando el desarrollo del tema en ese continente, nos señalan como presupuesto para la licitud de un juicio en ausencia, que su procedencia este limitada a intereses y condiciones objeto de protección penal y que se respete la garantía del sospechoso o acusado a conocer los cargos, los derechos que le asisten, la fecha del juicio y principalmente las consecuencias de su incomparecencia.

Además, la efectividad de la sentencia in absentia, queda supeditada a una impugnación, trayendo a colación las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en punto a *“la posibilidad del procesado para conseguir que una jurisdicción se pronuncie de nuevo después de haberle oído, sobre los fundamentos de la acusación.”*. Lo anterior, conforme con los citados autores, debido a que el procesamiento en esas condiciones, está vinculado a la protección de derechos fundamentales, como la prerrogativa a un juicio justo, a la tutela judicial efectiva o defensa.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha realizado una serie de observaciones generales a los estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de cara al artículo 14 de esa codificación⁷¹, que consagra las denominadas garantías judiciales, señalando que la finalidad de las

⁷⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERMIDA, María Ágata, op: cit. págs. 821- 846.

⁷¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Generales # 13, Revista # 13, pág web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCPR%5D.html, consultada el 02 de julio de 2021.

mismas es garantizar una adecuada administración de justicia y afirmar una serie de derechos, entre ellos, la igualdad ante los tribunales y cortes, el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías, entre otros, que deben ser observados por todos los tribunales y cortes de justicia.

Dicho organismo, en la observación general número 32⁷² señala que el derecho a un juicio imparcial, es un elemento fundamental de protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley. Entonces, para el caso específico del juzgamiento en ausencia o in absentia, con miras a alcanzar el estándar de un juicio justo, se debe adoptar todas las medidas posibles para informarle al procesado sobre la acusación y el juicio en su contra. De tal suerte, que los juzgamientos en las condiciones anotadas son compatibles con el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siempre y cuando se hayan adoptado las medidas para convocar a los acusados con antelación suficiente y se le haya informado de antemano la fecha y lugar de su juicio, solicitándole su asistencia.

Así las cosas, es menester traer a colación algunos fallos sobre juicios en ausencia en el contexto europeo, entre ellos, el denominado “caso Melloni”, que ha sido ampliamente analizado, no sólo por la jurisprudencia europea, sino por diversos doctrinantes con la finalidad de determinar el trato dispensado a los derechos del procesado ausente.

⁷² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Generales # 13, Revista # 13, pág web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCPR%5D.html, consultada el 02 de julio de 2021.

2.1 Caso Melloni, su influencia en la fijación de derroteros para la protección de derechos del procesado ausente en la Unión Europea y otros fallos sobre el tema.

La Unión Europea en el denominado “Caso Melloni”⁷³, acoge el concepto del reconocimiento de los derechos inalienables del procesado ausente como concordantes con las garantías judiciales reconocidas desde el campo del derecho constitucional a favor de todas las personas sin que haya lugar a distinción alguna.

La discusión en torno al caso referido, tiene origen, en la imposición de una condena a 10 años de prisión emitida en el año 2000, por el Tribunal de Ferrara (Italia) en contra de señor Stefano Melloni; como responsable del punible de quiebra fraudulenta, pronunciamiento que se realizó en ausencia del prenombrado, quien previamente había sido declarado en rebeldía y representado durante toda la actuación por defensores de confianza. La condena fue confirmada mediante proveído del 14 de marzo de 2003, por el Tribunal de Apelaciones de Bolonia y posteriormente por la Corte Suprema de Casación.

Posteriormente, con la finalidad de ejecutar la mencionada sentencia y ante la ubicación del señor Melloni en España, las autoridades italianas solicitaron la entrega del mismo en cumplimiento de la euro-orden de captura proferida, pero el condenado interpuso diversas acciones con miras a evitar que se efectivizara la misma. Es así, como el señor Melloni, entre otros, acudió a la acción de amparo ante Tribunal Constitucional Español, alegando violación indirecta al derecho a un juicio justo, corporación que previo a definir la misma, planteó tres cuestiones

⁷³ GARCIA SANCHEZ, Beatriz. Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la euroorden. Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 46, Madrid, 2013, p. 1137 – 1156.

prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que fueron resueltas mediante sentencia de febrero de 2013.

Los Doctores Luis I. Gordillo Pérez y Ariane Tapia Trueba⁷⁴, al estudiar la decisión del Tribunal de Justicia Europeo, extraen las siguientes pautas para la inejecución de la euro-orden de captura de la persona condenada en ausencia, lo que nos permitirá establecer qué derechos se reconocen a quien se encuentre en la comentada situación.

Se indica por parte de los citados doctrinantes, que el derecho del acusado a comparecer personalmente a su juicio constituye un elemento esencial del derecho a un juicio justo, prerrogativa que no es absoluta, sino que el acusado puede libremente renunciar a la misma, siempre y cuando, frente a esa dimisión se le otorguen un mínimo de garantías que no choquen con ningún interés público y garanticen la no existencia de ningún vicio de coacción por parte de la autoridad pública o terceros.

También, se señala que en los eventos, en que la persona condenada en rebeldía tuviere conocimiento con suficiente anticipación de la fecha, hora, lugar de la celebración del juicio y se le haya informado que en caso de incomparecencia podría dictarse una resolución en su contra, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio dio mandato a un letrado que lo defendiera, la autoridad de ejecución está obligada a continuar con la actuación procesal iniciada, lo cual no constituye una carta blanca para el desconocimiento de los derechos del sujeto procesado y/o condenado.

⁷⁴ GORDILLO PEREZ, Luis I. y TAPIA TRUEBA Ariane, Diálogos, monólogos y tertulias: reflexiones a propósito del Caso Melloni, revista ReDCF Núm 2, México, 2011, págs. 245 – 270.

En el escrito en valoración, enfáticamente se repara en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha venido decantando su doctrina frente al derecho del acusado a estar presente en su propio juicio, y es así como en diferentes fallos, entre ellos, el proferido el 17 de abril de 2018 dentro del caso Pirozzi c Bélgica - demanda 21055/11-, señaló que: “(...) cuando la orden de detención europea se haya emitido con el fin de ejecutar una pena o medida de seguridad impuesta por una decisión dictada en ausencia, la puesta a disposición puede ser subordinada a la condición de que la autoridad judicial emisora ofrezca garantías suficientes para garantizar a la persona sobre la que recae la orden de arresto europea la posibilidad de solicitar una nueva prueba en el estado emisor y ser juzgado en su propia presencia. (...)”⁷⁵

El caso Pirozzi c Bélgica, tiene como origen la condena a 18 años de prisión y multa de 250 mil euros que le fuera impuesta al ciudadano italiano Pirozzi, procedimiento que se llevó a cabo en ausencia de este, al haber estado impedido por razones médicas para asistir, siendo representado por el abogado que designó en primera instancia, oponiéndose a la entrega a Italia por considerar que se le habían vulnerado sus derechos al ser condenado de esa manera y al no dársele las garantías a un juicio justo.

En el análisis de este caso, el citado Tribunal, trajo a colación la Ley 24 de 2014, que emitió el Reino de Bélgica, para armonizar su legislación interna con los derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Legislación de la Unión Europea de cara al reo ausente.

Los parámetros fijados por la mencionada ley, para entender qué condiciones dan lugar a la protección, se resumen de la siguiente manera:

⁷⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso Pirozzi c Bélgica, demanda 21055/11 del 17 de abril de 2018.

- a) El procesado debe ser citado en persona e informado de la fecha y lugar fijados para el juicio; así como ser informado oficial y efectivamente por otros medios de la fecha y lugar para ese juzgamiento, de manera que haya sido establecido de manera inequívoca que tuvo conocimiento de la situación mencionada y de la consecuencia de su no comparecencia.
- b) Se demuestre que el encartado no ha tenido conocimiento del proceso, ni ha dado un mandato a un asesor legal, o por el Estado para defenderlo en el juicio y que efectivamente no haya sido defendido por profesional del derecho.
- c) Después de que el procesado haya sido notificado de la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o procedimiento de apelación, este tiene derecho a participar y a que su caso sea reexaminado en cuanto al fondo, teniendo en cuenta pruebas, que bien puede dar a una reversión de la decisión inicial.

Ahora, con miras a determinar si efectivamente existió, por parte de las autoridades italianas una vulneración al derecho fundamental a un juicio justo, en el caso del señor Pirozzi, se verificó, si en la legislación italiana se preveían mecanismos para garantizar los derechos del enjuiciado ausente, mediante información suministrada por el Tribunal de Nápoles, quienes manifestaron "(...) En los artículos 175 y 670 del Código de Enjuiciamiento Criminal Italiano, prevén en el caso de decisiones dictadas en ausencia /rebeldía, el acusado podría solicitar la reapertura del plazo para recurrir; siempre que no haya renunciado a su derecho a comparecer y que la demanda se interponga en caso de extradición dentro de los 30 días siguientes a la entrega de la persona en cuestión. (...)”⁷⁶

⁷⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso Pirozzi c Bélgica, op: cit.

Posteriormente, se estableció en el decreto 17 del 21 de febrero de 2005, que modificó el citado artículo 175 del Código de Procedimiento Italiano, que: “(...) En caso de condena in absentia /en ausencia (...), el límite de tiempo para impugnar la sentencia es reabierto, a petición del acusado a menos que este haya tenido conocimiento real de los procedimientos [en su contra] o la sentencia y voluntariamente haya renunciado al derecho a comparecer o apelar la sentencia. Las autoridades judiciales realizarán cualquier verificación necesaria para otros fines. (...) La solicitud a la que se refiere el apartado 2., se realiza, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los treinta días posteriores a la fecha en que el acusado ha tenido conocimiento efectivo del juicio. En el caso de extradición desde el extranjero, el plazo para presentar la solicitud comienza a correr desde el momento en que el acusado es entregado. (...)”⁷⁷

Frente al anterior panorama legislativo del Reino de Bélgica, y al realizar una confrontación de este con lo que se entiende en el plano europeo debe ser el contenido de un derecho a un juicio justo, es decir, la manifestación de estar presente en el mismo, por parte del sujeto procesado - enjuiciado llevo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a expedir una conclusión, que en el caso del señor Pirozzi, no se vulneraron las garantías del procesado, porque si bien no estuvo presente en parte de su juicio, se demostró que si tuvo conocimiento de la actuación seguida en su contra y fue representado por un abogado de su elección, condiciones que no lo ubican en la situación que genera la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Legislación Europea.

Del anterior núcleo argumentativo, desarrollado por la jurisprudencia de los Tribunales Europeos en mención, se establece que las garantías reforzadas del sistema para el procesado ausente, solo tienen aplicación cuando se trata de un

⁷⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso Pirozzi c Bélgica, op: cit

sujeto que desconoce por completo que está siendo procesado penalmente. Ahora, cabe señalar, que es debido a la constitucionalización de las garantías procesales penales, que se ha llevado a cabo en gran parte de los países occidentales, que estas se erigieron como medio de contención del poder estatal frente al desconocimiento de los derechos de las personas⁷⁸.

En la cita que hiciera el profesor, Dino Carlos Caro Coria⁷⁹, del procesalista penal, profesor Luis Gómez Colomer, se señala que las garantías constitucionales del proceso penal, son un cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la constitución y lato sensu, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia mantener el equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales de este.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos⁸⁰, señaló en los fallos proferidos en los casos Tierce y otros c. San Marino; Jussila c. Finlandia; Hermic c. Italia y en el asunto Sejdivic c. Italia, que el derecho a un proceso público y a la presencia del acusado en el mismo, permite que en forma excepcional el trámite del juzgamiento en ausencia del procesado, siempre y cuando se dote al mismo de garantías especiales. No obstante, puede generarse una denegación de justicia, cuando la persona condenada in absentia no puede conseguir tras haber sido oída, que un tribunal resuelva de nuevo sobre la legitimidad del fundamento de la acusación de hecho y derecho, cuando no se ha establecido que haya renunciado a su derecho a comparecer y defenderse o que tenía la intención de eludir la justicia.

⁷⁸ MELDEN A.I., Los Derechos y las Personas, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

⁷⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (www.juridicas.unam.mx), México, consultado el 07 de agosto de 2020.

⁸⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Guía Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un Proceso Equitativo, parte general, cuadernillo 12, págs. 32, 37

Entonces, vemos que, en el contexto europeo se propende por el establecimiento de una serie de condiciones mínimas, para el procesamiento de personas ausentes, con el que se garanticen no solamente los aspectos formales, sino los materiales, es decir todos aquellos que conforman el núcleo duro del derecho a estar presente en su propio juzgamiento, como expresión del derecho humano a un juicio justo, independiente del sistema procesal que impere en cada país.

Puede afirmarse, que se busca que las garantías inalienables aplicadas a las actuaciones de naturaleza penal, profesadas en cabeza del procesado en ausencia, que tienen origen en los textos de las Cartas Constitucionales de cada Estado, sean un reflejo directo de los compromisos supranacionales⁸¹; por lo cual estas garantías deben evolucionar hacia la consolidación de la posibilidad de contar con medios adicionales, para que se gesté un nuevo estudio de su caso; ideándose en un primer momento dos causas puntuales a saber; porque se repita la vista pública o porque se habiliten a partir del momento en que se entera de la condena, la posibilidad de apelar, todo ello, como parte del trámite ordinario del proceso sin tener que acudir figuras de otros ordenamientos para hacer válida su legítima pretensión defensiva.

De otra parte, se hace preciso señalar que para Manuel Fernando Moya⁸², al analizar la tendencia europea del juzgamiento de los ausentes, es pertinente concluir, que en la mayoría de los países de viejo continente, se estima procedente el juicio del rebele o contumaz, condicionando su legalidad al agotamiento de una serie de medidas tendientes a lograr la comparecencia del sujeto a procesar y juzgar, más no el del ausente, es decir, aquel que no tuvo la posibilidad de conocer

⁸¹ Aclarando que cuando hablamos de procesado ausente, conforme a lo expresado en el contexto europeo, se entiende aquel enjuiciado que no tuvo la posibilidad de conocer que estaba siendo sometido a un juicio y por ende no pudo participar en el diseño de su defensa.

⁸² MOYA VARGAS, Manuel Fernando, op: cit., p. 94

sobre su procesamiento, porque se considera que se le estaría vulnerando el derecho a un juicio justo.

2.2 Tratamiento de los derechos del procesado ausente en el contexto Latinoamericano.

Al observar, el contexto latinoamericano de cara a los derechos de los procesados, debe tenerse en cuenta las difíciles condiciones políticas que se presentaron en diferentes países de la región, donde varios sufrieron los embates de las dictaduras, del caudillismo y el populismo punitivo⁸³, a ello hay que sumar las diversas formas de Estado y gobierno que presentan los diferentes países que integran esta zona del mundo. No obstante, después de tantas luchas, se ha logrado el reconocimiento por parte de la mayoría de los Estados de una serie de prerrogativas o garantías que permiten el juzgamiento en condiciones justas de un ciudadano, especialmente en el campo penal.

El ya referido profesor Dino Carlos Caro Coria⁸⁴, señala que un Estado democrático, se encuentra sometido a un conjunto de reglas mínimas en el ejercicio del *ius puniendi*, que constituye a la vez, una exigencia normativa de un debido proceso penal, donde la legislación nacional y el juez penal tienen un papel fundamental en la protección de los derechos de las partes al interior de un proceso de naturaleza criminal. Es por eso, que considera que el significado material y constitucional del proceso penal debe regirse por esas reglas mínimas establecidas en los instrumentos internacionales, en defecto de la legislación interna, que al

⁸³CASTRO Pedro, El caudillismo en América Latina, ayer y hoy, publicado en la página web http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422007000100002, consultada el 23 de diciembre de 2020.

⁸⁴ CARO CORIA, Dino Carlos, op: cit, p. 1028

corresponder a las pautas de un estado social de derecho necesariamente debe converger de una forma u otra con los referentes supranacionales.

Ahora bien, en la referencia comparativa del tratamiento a los derechos reconocidos a los sujetos al interior de un proceso y/o juzgamiento dentro de una actuación en cabeza del Estado, especialmente aquellas de naturaleza penal, que se describen en el texto *Defensa Penal Efectiva en América Latina*⁸⁵, se intenta por parte de los autores del mentado texto, entre ellos, el Dr. Alberto Binder, hacer una recopilación de las garantías judiciales reconocidas internacionalmente y que estiman deben otorgarse sin restricción alguna en los ordenamientos penales de los países de América Latina, las cuales se proyectan tanto a sujetos sobre los que radica una mera sospecha, como para quienes son acusados. Estos reconocimientos se orientan a que tengan, el acceso debido a una defensa técnica penal efectiva y la promoción de las demás garantías que el debido proceso encierra.

Para ello, en el texto se trae a colación la Declaración Universal de Derechos Humanos en la cual, como ya se ha indicado anteriormente, se establece el derecho de toda persona a un juicio público, y a la observancia de todas las formas y garantías, que se estiman necesarias para el ejercicio de una verdadera defensa; reconocimiento que también se puede sustentar en lo consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos supranacionales.

Señala con claridad el texto en referencia, la existencia de un catálogo de prerrogativas y derechos, que se asocian con el concepto de debido proceso, como lo son: el derecho a un juicio justo, a defenderse plena y técnicamente, a estar presente en el juzgamiento y a participar en él. Clasificando a este último dentro de la categoría de los derechos, que se vinculan con la participación, real y efectiva

⁸⁵ BINDER Alberto, CAPE Ed, ZAZA Namoradze, op: cit, p. 30

dentro del proceso de naturaleza penal, lo cual necesariamente ha de implicar, el otorgamiento de las garantías formales y sustanciales que se predicán en cabeza de quien es objeto de una instrucción de tipo penal, ello como una muestra de la protección reforzada que brinda el sistema a quien, se encuentre sometido al poder punitivo del Estado.

Para, Diana Montero y Alonso Salazar Rodríguez⁸⁶, al hacer un análisis de la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al derecho de defensa, como garantía procesal autónoma, precisan que la citada corporación ha establecido múltiples veces que este derecho, está íntimamente ligado a la noción de debido proceso, entendido como las condiciones que le permitan asegurar su adecuada defensa, en todos los momentos del proceso penal adelantado, lo cual involucra el juicio mismo.

Por otra parte, en el texto “Defensa Penal Efectiva en América Latina”⁸⁷, se señala que dicha Corte, no se ha pronunciado directamente en cuanto a las garantías del procesado, relativas al estar presente en su propio juicio y a participar en él, pero si lo ha hecho, frente al reconocimiento de la defensa técnica, plena y personal, lo cual implica el control sobre la misma en todas las instancias y etapas por parte del acusado.

Ello se destaca del proceder de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Ximenes López* (sentencia del 04 de julio de 2006), *Las Masacres de Ituango* (sentencia del 1º de Julio de 2006) y *Baldecín García vs Perú* (sentencia del 06 de abril de 2006), en las que se reconoció, el derecho de las partes a formular

⁸⁶ MONTERO Diana y SALAZAR Rodríguez Alonso, *Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Judicial, Núm. 110, ed. Universidad de Costa Rica, Montes de Oca, p. 102

⁸⁷ BINDER Alberto, CAPE Ed, Zaza Namoradze, ob: cit, p. 136

sus pretensiones y presentar elementos probatorios, en todas las etapas del proceso, y que las mismas sean valoradas antes de la resolución del asunto, indicando que carecería de sentido poner limitaciones a la presencia del imputado en el juicio y su correspondiente participación.

La citada corporación, en el caso *Lori Benson Vs. Perú -Fondo de Reparación y Costas-*, sentencia de 25 de noviembre de 2004⁸⁸, señaló que el concepto de debido proceso en los casos penales incluye las garantías mínimas catalogadas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero en circunstancias específicas, pueden ser necesarias otras garantías con la finalidad de garantizar un debido proceso legal de cara a la causa criminal. Adicionalmente, señala que las prerrogativas judiciales no se limitan a los recursos en estricto sentido, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que las personas puedan defenderse cabalmente ante cualquier actuación estatal.

Por su parte, en el caso *Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador. Fondo de Reparaciones y costas*⁸⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el debido proceso está íntimamente ligado a la noción de justicia, que se refleja en: 1) La eliminación de factores de desigualdad entre los justiciables. 2) El desarrollo de un juicio justo y la resolución de controversias en el marco de la corrección del derecho para que la solución del caso sea lo más justa posible.

Agrega, que el mencionado sistema de garantías condiciona el ejercicio del IUS PUNIENDI del Estado y aseguran que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se debe garantizar el debido proceso desde el

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillo de Jurisprudencia, Número 12, pág. 9

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillo de Jurisprudencia, Número 12, pág. 10

inicio de las diligencias para asegurar el derecho de defensa y el equilibrio entre las partes a través del ejercicio del derecho de contradicción.

De cara al derecho a que se le comunique el procesado la acusación⁹⁰, la mencionada Corte en los casos Tibi Vs. Ecuador y Barreto Leiva Vs. Venezuela, determina que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, la razones de ello, los delitos o faltas por las cuales se le pretende atribuir responsabilidad, los fundamentos probatorios y la caracterización legal que se haga de ellos, de ahí la importancia de contar con el procesado en el decurso de su juzgamiento.

En cuanto al procesamiento de las personas ausentes en el estudio realizado por Manuel Fernando Moya Vargas⁹¹ se logró concluir después de analizar la legislación de varios países latinoamericanos⁹², en lo que respecta al juzgamiento penal de la persona ausente, que este es permitido en forma excepcional y previo agotamiento de un proceso de ubicación y vinculación del sujeto sobre el cual ha de recaer la acción penal, de tal suerte que sólo se admite esa actuación en los códigos de Cuba, Ecuador, Perú y Colombia, convirtiéndose en las codificaciones menos garantistas en el contexto latinoamericano.

Con el propósito que se entienda con mayor claridad, la temática propia del desarrollo de las garantías procesales penales, en el contexto latinoamericano, es pertinente indicar que, dentro de ellas el derecho a estar presente en el juicio oral, y tal cómo se ha indicado, el proceso de juzgamiento en ausencia, solo tiene validez

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillo de Jurisprudencia, Número 12, pág. 165

⁹¹ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, ob:cit, p. 115

⁹² MOYA VARGAS, Manuel Fernando, ob:cit., p. 103 , 114.

si se prestan las garantías necesarias que mantengan incólumes los derechos del sujeto procesado en la instrucción penal.

Lo anterior se evidencia con claridad, cuando se repasan distintos estudios de derecho comparado, en donde expertos, en los diferentes sistemas procesales penales y de acuerdo a los instaurados en gran parte de los países latinoamericanos, han demarcado la constante del establecimiento de prerrogativas de protección al procesado ausente, al momento de gestarse el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio, donde es de vital importancia la presencia del procesado, no solo en la parte investigativa sino primordialmente en la etapa de juicio⁹³.

Algunos estudiosos del derecho comparado, al analizar los sistemas de justicia usados en América Latina, han llegado a la conclusión que la legislación procesal penal se ha inspirado e incluso implantado sin mayor valoración, en las instituciones imperantes en Europa, y de alguna manera en los Estados Unidos. Ello, llevó al desconocimiento de las necesidades y realidades muy particulares que se presentan en esta región del mundo, factores que no debían desecharse tras el simple argumento de la influencia de la globalización, el desarrollo de los medios de comunicación y la necesidad de corregir la impunidad y la falta de cientificidad en la instrucción penal.

Los profesores José María Río y Luis Salas ⁹⁴, señalan que en los últimos tiempos las constituciones y legislaciones procesales de Latinoamérica, han incorporado prerrogativas destinadas a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el principio de legalidad, el debido proceso, la presunción

⁹³ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, ob:cit., p. 103 – 114

⁹⁴ RIO José María y SALAS Luis, “La Administración de Justicia en América Latina. Una introducción al Sistema Penal”, CAJ, ed., Centro para la Administración de Justicia Universidad Internacional de la Florida, biblioteca.cejaamericas.org/bitstream/handle/2015/5412/introducciónalsistemapenal.pdf?sequence=1&isallowed=y. (consultado el 24 de enero de 2021)

de inocencia, entre otras. Pero a pesar de ese gran esfuerzo en ciertos países, no se han respetado, en parte por la impropiedad de algunas instituciones fácticas que, al no corresponderse con el medio, en donde tienen desarrollo, han llegado en la práctica hasta a suspender su aplicación.

Los investigadores concluyen, que los principales problemas del procedimiento penal en América Latina surgen del incumplimiento generalizado de las garantías fundamentales y de los plazos procesales, fijados muchas veces más por las tendencias internacionales, que por las condiciones imperantes en el medio en donde han de regir. No obstante, el reconocimiento de la dignidad humana y de las garantías de las personas en los procedimientos de naturaleza penal, se entienden como el avance máximo de las actuales legislaciones penales en América Latina. Es por esta razón, que en criterio de estudiosos y académicos, se han generado reformas casi que permanentes en los sistemas penales de la mayoría de los países de la región⁹⁵.

En el año 2005, se llevó a cabo por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y el Instituto Max Planck, para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, un estudio comparado sobre las reformas procesales penales en América Latina, a cargo de los Doctores Julio B. J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik⁹⁶, el cual llegó a determinar que en Latinoamérica, las bases políticas y principios del procedimiento penal, se establecen a partir de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual integra la columna vertebral del desarrollo que cada país parte de la convención de la temática del proceso e instrucción penal,

⁹⁵RIO José María y SALAS Luis, "La Administración de Justicia en América Latina. Una introducción al Sistema Penal", ob:cit

⁹⁶MAIER, Julio B, AMBOS Kai y WOISCHNIK Jan, "Las Reformas Procesales en América Latina: Un resumen comparativo", Revista Derecho penal contemporáneo, Universidad Gottingen, Gottingen Niedersachsen, Alemania, 2005, págs. 87 -152

integrando tales principios en sus constituciones internas, lo cual crea un rango mínimo común en sus disposiciones constitucionales.

Continúan, señalando los tratadistas que, casi todos los países de América Latina, tienen constituciones liberales, que consagran el Estado de Derecho, son signatarios directos de los instrumentos internacionales que contemplan la implementación de garantías individuales a favor del imputado y hacen ingentes esfuerzos por integrar los pronunciamientos jurisprudenciales generados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sus dinámicas procesales.

También, se ha afirmado por parte de doctrinantes como Máximo Langer⁹⁷, que las reformas a los sistemas procesales penales en América Latina, tienen muchas características en común, incluyendo la introducción de juicios orales y públicos, las que fueron motivadas en gran parte de la zona por la transición de regímenes autoritarios a democracias, por el reconocimiento de los derechos humanos, promovida por grupos activistas de los años 70, así como por el aumento en las tasas delictuales, la corrupción y falta de rendición de cuentas por parte de quienes ejercen la administración de justicia.

Como vemos, las condiciones socio políticas en Latinoamérica, han influido para que los países que conforman la región, entre ellos Colombia, busquen incluir en sus cartas constitucionales, así como en la legislación interna, las garantías judiciales que reconocen los instrumentos internacionales, para lograr cumplir con los cometidos propios de un Estado de Derecho.

No obstante este avance, todavía subsisten materias en las cuales se depreca por el reconocimiento pleno de la totalidad de las citadas prerrogativas, entre las que se

⁹⁷LANGER, Máximo, "Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano. Difusión de Ideas Penales desde la Periferia", Centro de Estudio de la Justicia de las Américas, Los Ángeles, California, 2007, p. 4

encuentre, el derecho del enjuiciado a estar presente en el juicio, modulando tan nefasta tendencia, como lo advirtió, el profesor Manuel Fernando Moya Vargas,⁹⁸ quien propende por disminuir los criterios de eficientísimo del poder judicial, y evitar el detrimento de uno de los valores esenciales de las sociedades occidentales, como lo es la justicia, en este caso en cabeza del ausente.

Hay algunos países de la región, que han otorgado en forma plena al procesado dentro de una causa penal, las garantías judiciales que se establecieron en diversos instrumentos internacionales, entre los que se encuentra, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, que propenden, porque se logre la igualdad de las partes dentro de un proceso típicamente adversarial, partiendo del hecho que el sujeto enjuiciado se encuentra per se ,en condiciones de vulnerabilidad frente al ius puniendi estatal.

En Ecuador, al momento de incorporarse la reforma a su sistema procesal penal se decidió adoptar uno con tendencia acusatoria, admitiendo excepcionalmente, el juicio de una persona ausente, en determinados eventos y condiciones. Es así como, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, modificado por el registro oficial supletorio 555 del 24 de marzo de 2009, prevé en el artículo 12 la obligación de: *“(...) toda autoridad que intervenga en el proceso de velar para que el procesado conozca inmediatamente los derechos de la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y los que este código le reconocen. (...)”*⁹⁹

Partiendo de esa premisa el legislador ecuatoriano consideró en el artículo 233, que si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere

⁹⁸ MOYA VARGAS, Manuel Fernando, ob: cit, p. 126

⁹⁹ Código de Procedimiento Penal de la Republica de Ecuador., art. 12

prófugo, el juez de garantías penales, después de dictado el mismo ordenará la suspensión de la iniciación de la etapa de juicio, hasta que sea detenido o se presente voluntariamente. Pero, adicionalmente, en el texto de la norma citada, se establece la posibilidad para tramitar, el juicio en ausencia del procesado hasta su finalización, en aquellos eventos en los que se adelante tal diligencia por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade¹⁰⁰, al hacer referencia al juicio en ausencia, señala que la posibilidad de esta forma de juzgamiento se presentó a partir del 13 de julio de 2000, con la expedición del Código de Procedimiento, en el que estableció el sistema acusatorio, toda vez que en los asuntos, en donde se haya dictado auto cabeza de proceso antes de la mencionada fecha, no es posible esa actuación, y en tal caso debe suspenderse el proceso hasta contar con la presencia del implicado.

La forma condicionada de hacer el juzgamiento del reo ausente en el Ecuador, según el criterio esbozado por el autor emana de razones de política criminal, donde sólo se considera de inmensa gravedad los delitos contra la administración pública, que fueron señalados en el citado artículo 233, dejando de lado otras conductas igualmente importantes para la vida de esa nación, que requieren de la posibilidad de ser sancionadas en ausencia.

En el caso chileno, se ha previsto únicamente el juzgamiento del imputado rebelde, es decir, de aquel que se niega a concurrir al llamado de la justicia, teniendo pleno conocimiento del mismo. En los artículos 99 a 101 del actual Código Procesal (ley 19.696 del 29 de septiembre de 2000), se considera como causales de rebeldía del procesado: *a) cuando decretada la detención o prisión preventiva no fuere habido; y b) Cuando se ha formalizado la investigación en contra del que estuviere en país*

¹⁰⁰ VACA Andrade Ricardo, El juicio en ausencia, ob:cit

*extranjero, no fuere posible su extradición*¹⁰¹. La declaración rebeldía, es competencia del tribunal al que debe comparecer el implicado.

Una vez realizada la declaración de rebeldía y si al momento de la audiencia de preparación del juicio oral persiste esa condición, el procedimiento se podrá sobreseer temporalmente. Por su parte, en el artículo 285 de la citada codificación se señala que el acusado deberá estar presente durante toda la audiencia de juicio oral, entonces, si la declaratoria en mención se produce en esa etapa, el procedimiento, se suspende temporalmente hasta que el imputado compareciere o fuere habido.

Si bien, la legislación chilena, autoriza la suspensión del procedimiento como garantías del reo rebelde, también prevé una sanción al mismo por su conducta frente a la administración de justicia, consistente en el pago de los costos causados con su actitud, a menos que justifique la ausencia.

Ahora, si damos una mirada a los artículos 17 y 22 de Código Procesal de Chile, podemos advertir que se impusieron obligaciones y mecanismos, para que se logre la comunicación efectiva al procesado. El citado artículo 17, establece la obligación del Ministerio Público de comunicar formalmente las citaciones a los intervinientes en el procedimiento, por cualquier medio razonable que resulte eficaz e instaura la posibilidad del procesado, que por deficiencia de la comunicación, caso fortuito o fuerza mayor, no haya podido ejercer oportunamente un derecho o desarrollar alguna actividad dentro del plazo establecido en la ley, para solicitar un nuevo plazo, el que le será concedido bajo las condiciones y circunstancias previstas en ese precepto; espíritu que reproduce en su integridad el artículo 22.

¹⁰¹ Código procesal de la República de Chile.

De lo anotado, podemos concluir que en América Latina se realizan ingentes esfuerzos por dar efectividad a los derechos de los ciudadanos que se procesen penalmente, y se busca en la mayoría de los casos, contar con la presencia del mismo en el juzgamiento, aunque en nuestro país, se autoriza excepcionalmente la figura en estudio. Los fundamentos esbozados por la Corte Constitucional Colombiana para autorizar el juzgamiento de personas ausentes, como razones de eficiencia de la administración de justicia, requieren ser reforzadas con mayores garantías para quienes no pueden luchar contra el Estado, pues no basta con obligar al ente de persecución a ubicarlo y dotarle de un defensor de oficio. Tampoco, basta con que en teoría, cuenten con acciones por fuera del proceso penal atacar la decisión, que sobre su responsabilidad emerja de la judicatura, pues en muchas ocasiones los jueces que conocen de estas, las consideran improcedentes, negándose la oportunidad para el estudio del caso cuando el procesado se percata de la situación, como ocurrió en la actuación procesal que dio origen al fallo de tutela T-463/18 proferido con ocasión de la eventual revisión de que fue objeto por el citado Tribunal Constitucional.

La sentencia de Tutela en mención, declara improcedente el amparo a un procesado en ausencia, por no cumplir con los requisitos generales señalados por la Corte Constitucional, para el ataque a una providencia judicial (sentencia condenatoria), pues no se interpuso la acción extraordinaria de revisión. Sin embargo, luego se refirió al fondo del asunto y se pronunció, respecto de la presunta vulneración del derecho al debido proceso, afirmando que la declaratoria de persona ausente estuvo precedida de un adecuado procedimiento, por parte del Juez de Control de Garantías, autoridad que agotó las gestiones a su alcance para lograr la comparecencia del sindicado. Respecto del derecho a la defensa, precisó que al actor se le designó un abogado adscrito al Sistema de Defensoría Pública para que lo representara y que respecto de su actuación no se acreditó desidia, negligencia o despreocupación. Por demás, que la estrategia defensiva se cumplió dentro de

las posibilidades que la situación de ausencia del implicado permitía.¹⁰² Entonces, como se puede apreciar no se analizó el fondo del caso planteado ni la respuesta del Estado, como es obvio por no ser del alcance del amparo, haciéndose nugatoria esta vía para satisfacer el derecho a un juicio justo del condenado en ausencia.

2.3 Tratamiento brindado al procesado ausente en las Reglas Federales del Proceso Penal Norteamericano.

Previo a establecer, cuál ha sido el tratamiento dispensado en el contexto federal norteamericano a quienes no comparezcan a su juicio criminal, se hace necesario realizar algunas precisiones en torno a las características de las tradiciones jurídicas existentes en occidente, toda vez que el sistema procesal penal norteamericano pertenece a una familia jurídica diferente a la que originó el sistema penal colombiano, condición que influye en la posibilidad de realizar un juzgamiento en ausencia.

Los sistemas jurídicos que se conocen en occidente, son básicamente dos: el denominado common law (sistema anglosajón) y civil law (sistema romano o continental) dentro de los cuales, conforme a su origen y características puede autorizarse o no el procesamiento en ausencia. No obstante, en aquellos contextos donde se permite los juicios in – absentia, deben respetarse una serie de derechos mínimos reconocidos en forma casi universal a los procesados.

Entonces, miremos cuáles son esas características básicas que facultan o no la procedencia del juicio en ausencia en cada uno de los modelos señalados. El profesor Mar Jimeno Bulnes,¹⁰³ hace un análisis de los referidos sistemas en el

¹⁰²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela T -463 de 2018, M.S., Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁰³ BULNES JIMENO, Mar, Revista de Derecho Procesal Justicia, Número 2, ed. Josch Editor, 2013, págs. 207 - 310

siglo XXI, señalando que en el Civil Law, se parte de la traición romana, la cual se centra en la figura del juez, con una única instrucción o sumario al cual pueden acceder ambas partes desde el inicio de la misma, dando plena vigencia al principio de contradicción. La misión de acusar se encomienda a un funcionario especial, denominado acusador público y las partes son simples auxiliares del desarrollo de la tarea de administrar justicia. A contrario sensu, en el sistema del Common Law, según el citado tratadista, el juicio está centrado en las partes quienes tienen la dirección y el control de este, a través de su actividad probatoria y un esquema de confrontación, de ahí que sea de vital importancia la presencia irrestricta del procesado.

Por su parte, el Doctor Francisco Bernate Ochoa,¹⁰⁴ al hacer un estudio comparado de las familias jurídicas arriba mencionadas, señala que el término adversarial que sustenta al Common Law denota contienda, de ahí que existan una serie de protecciones a los sospechosos que no se registran o se modifican en el sistema de tradición romanística, de suerte que se requiera en forma rotunda la presencia del procesado en su juicio para garantizar ese debate o confrontación y la elaboración del caso ante el juez y jurado. Mientras, que en la tradición del Civil Law se parte de un concepto inquisitivo, donde prevalece la búsqueda de la verdad, la prueba emerge como un foro para la reconstrucción del hecho y el acusado es un objeto más que una parte, de ahí que se le haya investido de un catálogo de derechos y garantías que buscan su protección ante el poder estatal, permitiéndose su juzgamiento aún sin su presencia.

No obstante, como lo argumenta el Doctor Bernate Ochoa¹⁰⁵, en la actualidad los sistemas han avanzado y tomado rasgos de otras tradiciones, de ahí que en el

¹⁰⁴ BERNATE OCHOA, Francisco, El Sistema Penal del Common Law, puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana, ed. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014, págs. 233 - 237

¹⁰⁵ BERNATE OCHOA, Francisco, ob: cit, p. 241

Common Law se comience a dar un mayor valor a la ley y en el Civil Law a la jurisprudencia, siempre partiendo de principios o derechos que se han catalogado como de vigencia en cualquier sistema jurídico occidental, como son los derechos humanos, entre ellos, la prerrogativa del procesado a estar presente y participar en su propio juzgamiento.

Teniendo en cuenta que el sistema penal de los Estados Unidos pertenece al Common Law o derecho común, sistema basado en la jurisprudencia o decisiones de sus jueces, es preciso determinar si en el mismo se ha establecido la viabilidad del juzgamiento sin la presencia del acusado, para el efecto se trae a colación la ponencia presentada el profesor Barry McCarthy de la Universidad de Pittsburgh, que fuera traducida y adaptada por profesor argentino Lucas Tassara¹⁰⁶, donde se señala que el origen de la exigencia de la presencia del acusado en su juicio emana del temprano Common Law, donde el proceso penal se asemejaba a una demanda civil de tal suerte que un individuo acusaba a otro, siendo la máxima expresión de esto las ordalías o juicios de agua o fuego, donde era indefectible la presencia del acusado para poderlo someter a la respectiva prueba. En el año 1066 con la conquista normanda, estos juicios cambiaron por el duelo, donde igualmente se requería la presencia del combatiente o duelista. A medida que transcurrió el tiempo y cambió el sistema probatorio, la presencia del procesado era necesaria porque debía presentar su caso al juez, investirlo de autoridad y elegir entre un juicio a duelo o suit of witnesses. Finalmente, cuando se implantó el juicio por jurados, la regla se mantuvo y la presencia del acusado se siguió exigiendo.

El citado autor, hace un análisis del artículo 43 de la Ley Federal del Proceso Penal señalando que en dicho precepto se parte del principio que el acusado debe estar

¹⁰⁶ TASSARA LUCAS, El Juicio en ausencia en el Sistema Federal de los Estado Unidos, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal año 11 No. 20-21, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 719 - 739

presente en los juicios por crímenes graves y considera que también se han establecido las situaciones en las que se requiere la presencia del acusado, a saber:

- a) Aparición Inicial
- b) Arraignment: audiencia ante el tribunal de juicio donde el juez informa al acusado los cargos en su contra y se le pregunta cómo se declara (plea) con relación a la acusación.
- c) Plea: contestación del acusado a la pregunta formulada por el tribunal acerca de su culpabilidad.
- d) Cada etapa del juicio, incluyendo la selección del jurado y el veredicto.
- e) Determinación de la pena.

Adicionalmente, nos informa en el texto referenciado los eventos en los que no se requiere la presencia del acusado, así:

- a) El imputado es una persona jurídica representado por abogado que está presente en el diligenciamiento.
- b) En caso de delitos leves, cuando estos tienen prevista una pena de multa o prisión inferior a un año y se cuenta con el consentimiento de acusado puede llevarse a cabo el arraignment, plea, juicio y etapa de individualización del imputado.
- c) Audiencia sobre cuestión legal
- d) Corrección de la sentencia cuando el procedimiento involucra corrección o reducción de la misma.

De lo anterior, concluye el tratadista que la Constitución Federal, la interpretación de esta y las reglas federales del proceso penal de los Estados Unidos dan sustento a los derechos de los inculcados en ese sistema, de donde se ha establecido que emerge la posibilidad para que el acusado pueda renunciar a estar presente en su

juicio, siempre y cuando hubiese estado al inicio del mismo o se hubiera declarado culpable, sin perjuicio que se le haya informado la obligación de permanecer en el decurso de la diligencia. También, puede ejercer esta prerrogativa en el momento de determinación de la sanción en casos de pena no capital y cuando el comportamiento del procesado justifique retirarlo de la sala. Agrega, que la renuncia al derecho constitucional a estar presente en el propio juicio se deriva de la sexta y decimocuarta enmienda, situación que fue analizada en el caso Jhonson Vs Zerbst, donde el juzgador estableció que para entender como válida la dimisión señalada debía determinarse la intención del acusado de abandonar el derecho, tener conocimiento de esa prerrogativa y que la misma fuera inteligente y competente.

Ahora bien, el mencionado profesor señala las posiciones jurisprudenciales frente a la admisión del juicio en ausencia en el contexto norteamericano, para el efecto trae a colación la decisión adoptada por la Cámara de Apelación Federal del Segundo Circuito en el caso Unites States Vc. Tórtora, donde se indicó que, si el acusado había contestado los cargos, tenía conocimiento de la fecha en la que iniciaría el juicio y sin justificación no compareciere a dicha diligencia, debía entenderse que el acusado había renunciado a su derecho a estar presente, de manera consciente y voluntaria, en consecuencia, podía iniciarse el juzgamiento en ausencia del procesado, basados en la existencia de un interés público en que se realicen los juicios con celeridad.

Advierte, que en el caso Crosby Vs. Unites States, la Corte Suprema sostuvo que el artículo 43 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal, prohíbe el juicio en ausencia de un acusado cuando no estuvo presente al inicio de este. Es decir, que los precedentes permiten el juicio en ausencia siempre y cuando la persona hubiera desaparecido después de iniciar dicha diligencia, tendencia que acogen los Tribunales Federales intermedios partiendo del hecho que la Constitución de los Estados Unidos, no consagra propiamente el derecho a estar presente en el juicio

sino la posibilidad del procesado de confrontar a los testigos de cargo y se demuestre la necesidad pública para continuar el juzgamiento.

El aspecto de la necesidad pública en mención, fue analizado por parte del profesor Douglass Casel¹⁰⁷ en el sentido de señalar que la misma habilita el juicio en ausencia cuando se logra establecer que la suspensión del juicio ocasiona un grave perjuicio a otros intervinientes, por ejemplo cuando se debe asumir la preservación de la evidencia hasta el juicio con los respectivos gastos de custodia, riesgo que la evidencia pierda eficacia por el paso del tiempo, eventual imposibilidad de ubicar testigos, pérdida de tiempo de jueces y testigos, dificultades para reprogramar la diligencias y costos económicos, pocas posibilidades de realizar el juicio a corto plazo, entre otras, que conlleven a la mengua al derecho a ser juzgado rápidamente.

Entonces, se concluye de lo dicho por los autores citados, que la Ley Federal de los Estados Unidos y la Jurisprudencia de sus Cortes, han establecido claramente la prohibición de iniciar el juicio oral sin que el acusado este presente. Sólo se habilita esta posibilidad, si acudió al inicio y después en forma voluntaria no asiste al desarrollo del mismo.

¹⁰⁷ CASEL, Douglass, El Sistema Procesal Penal de los Estados Unidos, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultado en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>, el 28 de septiembre de 2021.

Capítulo 3.

El Juicio en Ausencia en la Legislación y Jurisprudencia Colombiana.

Como se ha observado en desarrollo de la presente investigación, cuando se procede a analizar el tratamiento normativo y jurisprudencial establecido para abordar los denominados juicios en ausencia, en contextos disímiles al colombiano, se pudo observar, cómo en la actualidad el juzgamiento en causas penales debe responder sin dilación alguna, (cuando se está en establecimientos gestados a la luz de los contenidos del Estado social de derecho), a la realización de etapas procesales, en las que se garantice la presencia e intervención del procesado, y sólo a manera de excepción, se ha admitido el juicio en su ausencia, previo cumplimiento de unas condiciones que habilitarían esa diligencia o en los eventos en que el encartado sea rebelde a comparecer.

En nuestro país, se ha tratado el tema del procesado ausente, a través de diferentes codificaciones expedidas, tanto en vigencia de la Constitución de 1986, como a la luz de la Carta de 1991., autorizando bajo determinados lineamientos la práctica de ese juzgamiento para hacerlo compatible con las Cartas Magnas que nos han regido en punto a la garantía mínima a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Durante la Constitución de 1886, se expidieron, la Ley 94 de 1938, Decreto 1345 de 1970, Decreto 409 de 1971, Decreto 181 de 1981 y Decreto 050 de 1987¹⁰⁸, como se advirtió en procedencia; fuentes dispositivas con las que se empezó a delinear un procedimiento, para vincular al proceso penal a las personas que no podían ubicarse, el cual a grandes rasgos partía del emplazamiento por un término perentorio, que se acompaña, con otros tantos de una publicación en la Secretaría del Juzgado y la designación de un defensor de oficio, con quien se continuaba el proceso, sin que se distinguiera entre el procesado rebelde y el verdadero ausente, dispensándose un trato igual.

La Ley 94 de 1938, en el artículo 433, señalaba que, dictado el auto de proceder, el juez debía citar al procesado por medio de los empleados de su dependencia o de la Policía, si fuere necesario, para que se le notificara personalmente esa decisión. Cuando no era posible hallar al procesado para hacerle dicha comunicación, se le emplazaba por edicto que permanecía fijado, durante veinte días en la secretaría del juzgado y se publicaba en carteles ubicados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no comparecía, se le declaraba reo ausente, se le nombraba defensor de oficio y con éste se seguía el juicio hasta su terminación.

Esta norma fue declarada exequible por la Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en decisión del 04 de febrero de 1948¹⁰⁹, donde se señaló que no se viola el derecho de defensa de la persona ausente al continuar el procedimiento en su contra, porque en ningún momento se le estaba arrebatando el derecho del sindicado a defenderse, sino que la ley informaba al procesado fugitivo que su ausencia no impedirá que la investigación siguiera su curso, porque de un lado estaban los intereses de la

¹⁰⁸ Para una mayor referencia en punto a los códigos de procedimiento penal, existentes en Colombia y la evolución de la figura de la persona ausente, se puede consultar el artículo intitulado: “La vinculación en ausencia vulnera garantías fundamentales del procesado?”, realizado por Tejedor Estupiñán Julián Edgardo, publicado en la Revista Principia Iuris, ISSN Impreso 0124-2067 – ISSN en línea 2463-2007 enero – Junio de 2015, Volumen 12 # 23.

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 04 de febrero de 1948, M. P., Víctor Cock.

víctima y de la sociedad en que se resolviera el caso. Agregó, la citada corporación que con la ausencia el único perjudicado es el procesado al no cumplir con el deber de comparecer a responder por los cargos que le fueron endilgados y a defenderse de los mismos, máxime que se le llamó por medio de edicto y avisos.

Posteriormente, fue expedido el decreto 1345 de 1970, norma que en sus artículos 370 y 371, preveía que se recibirá indagatoria al que en virtud de antecedentes y circunstancias del proceso o sorprendido en flagrancia, se considerara autor de la infracción penal o partícipe, pero si no se podía hallar al sindicado, este se emplazaría por edicto fijado en la Secretaria del Juzgado por espacio de 10 días y en carteles fijados en lugares públicos de la localidad, transcurrido dicho término sin que acudiera al llamado de la justicia, se le declaraba persona ausente y se le nombraba un apoderado de oficio que lo representara durante las diligencias.

La siguiente codificación procesal penal, fue establecida en el decreto 181 de 1981, donde se precisó el derecho del procesado a rendir su declaración en presencia de su abogado defensor, momento en el cual si no había designado un profesional que lo asistiera debería hacerlo o de lo contrario se le designaría uno de oficio, con el cual se continuaba el procedimiento.

No obstante, el procedimiento de vinculación al diligenciamiento en la mencionada codificación, dependía de la procedencia o no de la orden de captura, de tal suerte que si esta limitación a la libertad procedía de acuerdo al delito e identificado plenamente el procesado, se emitía orden de captura y si transcurridos 5 días a partir de la fecha de la expedición de esta, no hubiere sido aprehendido o no hubiere comparecido voluntariamente, se le declaraba en rebeldía, se le nombraba defensor de oficio hasta la culminación del proceso. Ahora, cuando no era procedente la captura, el artículo 307 del Decreto 181 de 1981, ordenaba citar al procesado a rendir declaración, si no comparecía con base en el informe respectivo

inmediatamente, se declaraba en rebeldía, nombrándole defensor de oficio y continuando el procedimiento. Reconociendo en el inciso 2º del artículo 308, el derecho a los ciudadanos que tuviesen conocimiento que en su contra se adelantaba un proceso penal en su contra, de solicitar ser escuchado por el funcionario judicial que adelantaba la investigación.

El Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias expidió el decreto 050 de 1987, nuevo código de procedimiento penal, normatividad que en el artículo 378, señaló ante la imposibilidad de hacer comparecer a la persona frente a la cual se tenían evidencias de ser autor o participe del hecho punible para que rindiera indagatoria, que se le debía emplazar por 5 días en lugar visible del juzgado. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declaraba persona ausente y se le designaba un defensor de oficio. También, señaló la mencionada norma que si la comparecencia para rendir indagatoria, se intentaba a través de orden de captura, vencidos 10 días, contados a partir de la fecha en que la orden hubiese sido recibida por las autoridades que debían ejecutar la aprehensión sin obtener la misma, entonces, se le declaraba persona ausente y designaba un defensor de oficio con quien continuaba el trámite correspondiente.

Esta norma, fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 08 de marzo de 1990¹¹⁰, en aquella época comenzó a esbozarse jurisprudencialmente la obligación del Estado de realizar todas las gestiones a su alcance para ubicar al procesado e informarle del adelantamiento de una causa penal en su contra. En ese momento la citada corporación, señaló que el artículo 378, busca proteger los intereses del sindicado, sin desconocer a la sociedad, por medio de un mecanismo que protegía los derechos del investigado y al mismo tiempo velaba porque las averiguaciones penales no permanecieran paralizadas

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia expediente 1942 del 08 de marzo de 1990, M.P., Hernando Gómez Otálora.

indefinidamente debido a la falta de comparecencia de aquel, consistente en otorgar al ausente el derecho de defensa técnica a cargo del apoderado de oficio. Reconoció el alto Tribunal, que antes del emplazamiento por edicto para indagatoria, la declaratoria de persona ausente y la provisión del cargo de apoderado de oficio, el Estado debía desplegar toda la actividad de búsqueda para localizar al procesado y procurar su presencia para que rindiera indagatoria.

Ya, en vigencia de la Constitución de 1991, se edificaron tres disposiciones procedimentales de naturaleza penal, a saber: el decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, las dos primeras, bajo el sistema mixto, recogen en sus principales aspectos, la fórmula para vincular al ausente al proceso penal, esbozada en las anteriores codificaciones. El decreto 2700 de 1991, en su artículo 356, establece que, si no es posible hacer comparecer al imputado para oírlo en indagatoria, se emplazará por un término de 5 días en lugar visible del despacho. Si, vencido dicho término no compareciere se le declarará persona ausente y se designará un defensor de oficio que lo represente. También, se diferencia en aquellos casos donde se emita orden de captura con fines de indagatoria, toda vez que después de 10 días a partir del recibo de las autoridades designadas para la aprehensión, esta no se efectúa se deberá declararlo persona ausente y se designara defensor de oficio que asuma su representación. Esta norma, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en decisión C-488 de 1996 del 26 de septiembre de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz, donde se señaló que previo a la declaratoria de persona ausente, el fiscal debe realizar todas las diligencias necesarias utilizando los medios idóneos para comunicar al imputado la existencia del proceso que se adelanta en su contra. Por su parte, en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, se indica un procedimiento igual al mencionado en la antecedente norma adjetiva, agregando la obligación del funcionario judicial de declarar persona ausente al implicado mediante decisión de sustanciación motivada.

Por su parte, la Ley 906 de 2004, que acoge el sistema oral acusatorio, hace diferencia entre el contumaz o rebelde y el ausente, estableciéndose diversos caminos para lograr su adecuada vinculación procesal, cuya naturaleza y fines fueron ampliamente señalados en el capítulo primero de este escrito.

No obstante, una vez lograda la vinculación procesal bien sea por la declaratoria de contumacia o de persona ausente, según el caso se considera que los derechos del ausente se satisfacen con la continua búsqueda del mismo y con la designación de un profesional del derecho que ejerza la defensa técnica, sin que se le otorguen mecanismos de protección diferentes a los del procesado presente en su causa, desconociendo que su situación es diferente porque se encuentra en un mayor grado de vulnerabilidad al no poder manifestarse en punto al objeto de su juzgamiento y de las probanzas allegadas en su contra.

3.1 Prospectiva Constitucional

La Constitución Política de 1991, en el título II, establece un catálogo de derechos, garantías y deberes que se reconocen a los ciudadanos en cuanto a las actuaciones públicas administrativas y penales, en el artículo 29 del Capítulo I, se reconoce bajo el nombre de debido proceso, a una serie de garantías judiciales que buscan que los juicios sean justos. Veamos, una vez más el texto de la citada norma que contiene un imperativo que se describe de la siguiente manera: “(...) artículo 29: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un

debido proceso público, sin dilaciones injustificadas: a presentar y a controvertir pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. (...)”

En las últimas décadas, el legislador colombiano, en desarrollo de las citadas garantías expide la Ley 600 de 2000, donde establece el trámite para llevar a cabo un proceso penal, lo cual incluye el tratamiento del ausente. Con la expedición de la Ley 906 de 2004, que implanta el principio acusatorio se dispone en el artículo 3º, que en la actuación han de prevalecer los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que versen sobre derechos humanos y prohíban su limitación durante los estados de excepción por formar parte del denominado bloque de constitucionalidad.

De tal manera que instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos, son de plena aplicación en nuestro contexto, codificaciones que han reconocido como derecho humano, el derecho del procesado a estar presente e intervenir en su propio juicio.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado múltiples veces en diferentes sentencias de constitucionalidad y de tutela¹¹¹, frente al procesamiento de una persona

¹¹¹ Ver sentencias : CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-488 de 1996, M. P., Carlos Gaviria Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 591 de 2005, M.P Clara Inés Vargas Hernández, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 1154 de 2005, M.P Manuel José Cepeda Espinosa, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-657/96, M.P Fabio Morón Díaz, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-303 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-100 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-592 de 2005, M.P, Álvaro Tafur Galvis, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-055 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-719 de 2012, M.P Luis Ernesto Vargas Silva, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-757 de 2012, M.P Mauricio González Cuervo, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 463 de 2018, M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

ausente, señalando que el mismo, es procedente siempre y cuando, el ente acusador realice una serie de actividades tendientes a la ubicación del sujeto a procesar y enjuiciar, sin que se exija que se allegue prueba del conocimiento efectivo por parte del encartado de la acción adelantada en su contra.¹¹²

En la sentencia C-591 de 2005, la citada corporación declara la constitucionalidad del juicio a las personas ausentes, al interior del procedimiento penal acusatorio, señalando que tal mecanismo tiene una naturaleza excepcional y el propósito de dar continuidad a la eficacia del servicio público esencial de justicia, rodeado de un conjunto de garantías y controles judiciales.

Por su parte, en la sentencia T-463 de 2018 del 03 de diciembre de 2018, se trae a colación la línea jurisprudencial que ha desarrollado el tribunal constitucional frente a la vinculación de la persona ausente al proceso penal y sus implicaciones en el derecho al debido proceso. En este pronunciamiento, señala que esa corporación reconoce la constitucionalidad de vincular a la persona ausente al proceso penal, pese a las implicaciones que conlleva ello al derecho de defensa, indicando la obligatoriedad de cumplir con una serie de medidas que demuestren que las autoridades judiciales han procurado notificar la existencia del proceso al sindicado, sin que se haya realizado análisis alguno en punto a la afectaciones del derecho a impugnar dentro del desarrollo del proceso penal, que se generaría en el evento de que el defensor público no haga uso de los recursos ante un pronunciamiento de carácter condenatorio.

Se argumenta por parte de la citada corporación, que las garantías del procesado en las condiciones anotadas se satisfacen con la designación de un defensor

¹¹² MOYA VARGAS Manuel Fernando, ob: cit., p. 82

público, al que se le exige con mayor severidad el cumplimiento de su misión, de tal suerte que su labor defensiva debe ser activa y considerada por parte de los operadores judiciales. Lo cual no es del todo cierto, porque como lo hemos visto, se requiere no solo contar con las prerrogativas señaladas sino además poder acceder a la posibilidad que el asunto se analice de fondo por otro juez, bien sea, singular o plural con la finalidad de minimizar el riesgo de la emisión de condenas injustas con las conocidas consecuencias, no solo para el procesado sino para el mismo Estado, quien deberá responder patrimonialmente ante el proferimiento de sentencias condenatorias erradas. Es por demás, que en aquellos casos donde el procesado no está presente, debe existir una protección reforzada en materia de recursos en vía ordinaria, que permitan decantar totalmente la situación fáctica, probatoria y normativa, aplicable al caso, conllevando a un juicio justo conforme a estándares internacionales y a un fallo definitivo en iguales condiciones.

Ahora, conforme al análisis de algunos académicos¹¹³, para autorizar el juzgamiento en ausencia, no se tomaron en nuestro medio las orientaciones fijadas por la Comisión Redactora Constitucional, ni por los pocos estudios existentes en Colombia, sobre esta clase de procesamientos, sino que se actuó por razones completamente diferentes a la protección de derechos humanos de los procesados, como es la tendencia en América Latina, que buscó dotar al Estado de herramientas para ejercer su labor de aplicación de justicia de forma eficaz, sin reconocer a plenitud los derechos procesales de los ciudadanos, como lo pregonan las codificaciones internacionales.

Entonces, esta realidad deprecia porque se dé un tratamiento diferente al mentado, juicio en ausencia, a fin de garantizar los derechos de los procesados y hacer efectiva los principios y postulados constitucionales.

¹¹³ MOYA VARGAS Manuel Fernando, op.cit, p. 78 - 79

3.2. En el actual Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004)

El legislador colombiano, respondiendo a la tendencia imperante en los países latinoamericanos, adoptó un sistema de procedimiento penal de tinte acusatorio, el cual se edificó a través de la Ley 906 de 2004, mediante del sistema de audiencias, introduce la oralidad, como principio rector de la actuación¹¹⁴ y las garantías judiciales reconocidas internacionalmente.

Para el caso específico, que venimos tratando (juzgamiento de la persona ausente) se estableció en el artículo 127 del código de procedimiento penal, que cuando el fiscal, no haya podido localizar a quien requiera para imputarle un delito o tomar alguna medida de aseguramiento, debe solicitar la declaratoria de persona ausente, la cual procede cuando se alleguen medios de convicción que demuestren que el ente acusador *“ha insistido en ubicarlo”*.

Si se logra tal cometido, el Juez de Garantías ordenará el emplazamiento del encartado mediante edicto que se fija en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publica en un medio radial y de prensa de cobertura local, adicionalmente el juez verifica el agotamiento de los mecanismos de búsqueda existentes y la emisión de citaciones suficientes y razonables, para obtener la comparecencia del procesado. Surtido lo anterior, hace la declaratoria de persona ausente, la cual es válida para toda la actuación.

EL citado artículo, fue declarado exequible mediante la sentencia C-591 de 2005, posición a la que se suma la carga argumentativa contenida en la sentencia C-592

¹¹⁴ Art 9 Ley 906 de 2004, “(...) La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación. (...)”

de 2005. Estos pronunciamientos recogen los criterios señalados en el acápite anterior y señalan que la declaratoria de persona ausente, por parte del Juez de Garantías, sólo procederá cuando se verifique de manera real y material, y no meramente formal, que a la fiscalía le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación.

Además, agrega que la búsqueda del involucrado no culmina con la vinculación como ausente, sino que esta debe continuar durante todo el procedimiento, actividad que debe verificar el juez de conocimiento para autorizar la realización excepcional del juicio, so pena de la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso.

La posición de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal¹¹⁵, traída a colación, por el Magistrado del Tribunal de Medellín, Nelson Botero Saray¹¹⁶, reitera los pasos señalados para la declaratoria de persona ausente, como condiciones de validez para el juicio en ausencia y la obligación persistente de la Fiscalía General de la Nación de continuar con la búsqueda para lograr la comparecencia del encartado en alguna de las instancias de la actuación.

Como se puede observar, tanto a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, en Colombia, se ha autorizado la realización del juzgamiento de una persona ausente, bajo el entendido de que deben garantizársele sus derechos judiciales, buscándolo arduamente, para comunicarle el adelantamiento de la respectiva acción, designándole un defensor público, a quien se le exige, un mayor compromiso en su actividad y señalando que el juez, también está en la obligación de generar las condiciones, para que el profesional del derecho pueda ejercer la defensa,

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 36.692 del 26 de octubre de 2011, M.P. Augusto Ibáñez y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia SP 1467-2016, 37.175 del 12 de octubre de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹¹⁶ BOTERO SARAY, Nelson, op: cit, p. 48

considerándose que esto es suficiente, para lograr la satisfacción de las garantías judiciales durante el juicio del ausente, sin que se le brinden condiciones adicionales, a quien se encuentra en un mayor grado de vulnerabilidad frente al acusado presente.

Se ha entendido en nuestra tradición jurídica que si la persona procesada, aparece después de la firmeza de la sentencia condenatoria emitida en su contra, puede acudir a la acción de revisión, o en su defecto a la acción de tutela para lograr la reversión de la misma, lo cual, no corresponde del todo con la verdad, porque recordemos que estas acciones, tienen condiciones muy específicas para su procedencia y no pueden ser utilizadas como una instancia más para debatir la materialidad del reato o la responsabilidad del procesado.

Por otra parte, la acción de revisión, según el criterio de la Corte Suprema de Justicia,¹¹⁷ es un mecanismo extraordinario para deshacer los efectos de la cosa juzgada y la presunción de la legalidad de una decisión judicial definitiva, que es calificada de injusta. Aclara, dicha corporación, que la misma procede únicamente cuando se ajusta a las causales taxativamente señaladas en la ley.

Es así, como el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece los eventos en los que procede la acción de revisión, frente a sentencias ejecutoriadas, en los siguientes términos: “(...) 1. Cuando se haya condenado a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas. 2. Cuando después de la sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal. 3. Cuando después de la sentencia condenatoria

¹¹⁷ Sentencia SP 4368-2020 Radicado 54176, Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro, fecha 11 de noviembre de 2020.

aparezcan nuevos hechos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. 4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto del cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente su competencia, un incumplimiento grave de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates. 5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero. 6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones. 7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad. (...)”

Adicionalmente, el legislador del 2004, en el párrafo del citado artículo, habilitó la posibilidad de impetrar la acción de revisión frente a sentencias absolutorias y preclusiones por los supuestos de hechos descritos en numerales 5 y 6, es decir, cuando el fallo, es determinado por la conducta punible del juez o un tercero o por que se fundó en pruebas falsas. Obsérvese, que la mencionada acción, procede únicamente en los eventos descritos en la norma, es decir, que el campo de acción del juez de revisión está limitado por esas causales diseñadas para el efecto y su objeto de estudio, es la sentencia condenatoria.

De otro lado, es importante destacar que el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece otro mecanismos de protección de derechos, conocido como acción de tutela, que define: “(...) Toda persona tendrá acción de tutela para

reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. (...)”

El desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional¹¹⁸ le ha brindado al referido amparo, parte de la regla general que no se permite controvertir las providencias judiciales por este medio, pero se autoriza la procedencia del mismo bajo el irrestricto cumplimiento de una serie de pautas y premisas de obligatoria observancia, cuando nos encontremos ante una vía de hecho. En otros términos, procede la tutela cuando la actividad del juez, constituye una actuación de hecho que agravie, menoscabe o amenace los derechos fundamentales de quienes participan en un proceso, y se ven afectados por los resultados de este ante la falta de medios judiciales idóneos y oportunos, que garanticen sus derechos frente a un acto u omisión del funcionario judicial que los amenaza o para evitar un perjuicio irremediable. La tutela procede ante la existencia de una vía de hecho, en virtud de la cual se desvirtúa la intangibilidad de trámite judicial y despoja la providencia de su respetabilidad¹¹⁹.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández

Ahora bien, la posibilidad de acudir a la acción de tutela, cuando la resultante de un proceso adelantado en ausencia desconozca, los derechos fundamentales del procesado, entra dentro de los criterios que pueden constituir una vía de hecho, así lo ha señalado la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, entre los que se encuentran las sentencias C-543 de 1992 y T-196 de 2006. En ellas se ha reparado en el hecho que al interior del proceso penal existe una exigencia de preservar los derechos de contradicción y defensa durante el decurso de este, implica la participación activa de los sujetos en el adelantamiento de la investigación y el juzgamiento.

La valoración de la Corte agrega que, frente al proceso penal, el debido proceso constitucional se garantiza ofreciendo al acusador y al sindicado, igualdad de condiciones y oportunidades, para acceder al conocimiento de las distintas etapas del juicio criminal, así como el espacio propicio, para adelantar una estrategia e interponer las acciones y recursos indispensables y así poder para proteger los derechos del procesado.

Ha indicado puntualmente, la Corte Constitucional que: “(...) pese a que en el Estado Social de Derecho, el sistema de procedimiento penal permite que se procese penalmente al sindicado en ausencia, dicha posibilidad sólo tendrá lugar frente a la plena garantía de ejercicio del derecho al debido proceso y la defensa esto es, que dentro el proceso de los derechos e intereses de la persona ausente estén representados por un abogado defensor, quien debe actuar con suma diligencia para subsanar las deficiencias de la defensa y asegurar los derechos del sindicado(...)”¹²⁰.

En criterio de la máxima autoridad constitucional, la acción de tutela, procede contra una providencia judicial, dictada en un proceso penal adelantado con reo ausente,

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 592 del 09 de junio de 2005, M.P Álvaro Tafur Galvis.

en razón a la negligencia de la autoridad judicial, concretados en la precaria realización de intentos de notificación, con lo que se impidió, su defensa material y técnica, a lo cual se suma que, al procesado, en tales circunstancias, se le niega la posibilidad de agotar los recursos ordinarios.

No obstante, la posibilidad de los ciudadanos condenados en las circunstancias referidas en el párrafo anterior, al no contar con alternativas legales del sistema penal ordinario, tienen que acudir a acciones extraordinarias, como bien lo demarco la jurisprudencia en cita, en donde se estableció, como únicas alternativas, la acción de revisión o de tutela, para atacar un fallo desfavorable a sus intereses, lo cual a aparte de hacer la situación más gravosa del condenado en ausencia, denota las falacias del sistema penal, que se concretan en la ausencia de medios propios y ordinarios la interior de este que permitan la total garantía y promoción de los derechos del condenado en ausencia.

La señalada limitación a la materialización, de una afectación a las garantías fundamentales del enjuiciado, en cuanto a una decisión final que se profiere, en un proceso judicial, que se inició en ausencia de quien resulta condenado, lleva a que al menos desde el escenario académico, como el presente, se demarque la necesidad de garantizar plenamente el derecho de impugnación del procesado ausente, mediante el establecimiento de una facultad dentro del proceso penal ordinario para activar nuevamente el uso del recurso de alzada a partir del momento en que el condenado tenga conocimiento de la decisión judicial adversa, por un tiempo determinado, siempre y cuando no haya operado el fenómeno prescriptivo o que se permita que cuando el fallo de primera instancia sea desfavorable a los intereses del ausente, el caso sea objeto de revisión en su integridad a título de especie de grado jurisdiccional de consulta en el que no sólo revise la legalidad de la decisión sino todo el proceso que dio origen a la misma.

La posibilidad de conocer el asunto por parte del superior de quien profiere la condena contra el ausente, es la consolidación de un derecho que no solo debe darse a instancias de la defensa, sino que debería considerarse como una obligación procesal, que bien, podría satisfacerse a través de una revisión automática, y con ello se podría eliminar cualquier vulneración al derecho de defensa reo y de paso se refuerzan los derechos de quien fue sancionado, lo cual disminuiría el riesgo de una sentencia injusta.

La Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2014, evidencia algunas falencias en el sistema recursivo de la Ley 906 de 2004, haciendo un estudio de la figura de la “*doble conformidad*” de cara al derecho de impugnación y determina los alcances de las acciones de revisión y de tutela, para garantizar materialización del derecho de defensa del procesado, llegando a la conclusión que las mismas no permiten lograr ese cometido. De ahí, que no se cuente en determinados eventos con instituciones propias del procedimiento penal ordinario, que garanticen los derechos de quien es objeto del poder sancionador penal del Estado, toda vez que estas acciones son exógenas al mismo.

En el caso del procesado ausente, se presenta una situación similar a la que dio origen a la doble conformidad, basada en la carencia de recursos para quien es condenado en segunda instancia. En el caso sub-examine, se presenta ausencia de un mecanismo de protección reforzada para el ausente que se ve condenado, dentro del proceso ordinario sin tener conocimiento del desarrollo de aquel, es decir, de un medio que permita al sancionado en esas condiciones que llegase a enterarse de lo sucedido después de la sentencia, controvertir la decisión de que afecta sus derechos e intereses o de la posibilidad que de forma directa el asunto sea estudiado por otro juez, a fin de corregir algún yerro que se presente en el trámite de primera instancia y del fallo.

En el referido proveído, se reconoce las deficiencias del sistema recursivo creado por el legislador de 2004, partiendo de las bases del estructurales del diseño mismo, considerando que los pilares deben girar en torno a las siguientes premisas: “(...) a) El examen efectuado por el juez de revisión, debe tener gran amplitud, de tal manera que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos fácticos y probatorios determinantes de la condena. b) El análisis debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial y secundariamente sobre el fallo judicial como tal. c) Debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida de modo que pueda revocarse, cuando el examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de una condena y no sólo la revisión de la sentencia a la luz del conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso. (...)”¹²¹

En punto al derecho de impugnación, la Corte Constitucional, en el referido fallo señala que, este es un derecho subjetivo, que se encuentra integrado por el núcleo básico del derecho de defensa, el cual se respalda en su naturaleza constitucional y convencional, razón por la cual, el mismo no puede ser desconocido o restringido, por cuanto constituye un derecho fundamental, piedra angular de nuestra Carta Constitucional y de nuestra formación estatal.

Según el tribunal Constitucional, la finalidad del derecho de impugnación es suministrar una herramienta específica y calificada de defensa, así como de garantía de corrección judicial, de ahí que toda sentencia condenatoria, debería ser recurrida, independiente de cualquier otra consideración. La doble revisión contribuye a que la decisión judicial sea la correcta, generándose una defensa reforzada al condenado frente a una decisión que podría presentar visos de

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 792 del 29 de octubre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerreo Pérez.

ilegalidad e impropiedad, a la luz de las disposiciones tanto constitucionales, como legales¹²².

En la sentencia C-792 de 2014, también se hace un estudio a profundidad acerca de la naturaleza y el objeto de las acciones, tanto de revisión, como de tutela, determinándose que las mismas, no dan lugar a un nuevo examen integral del caso, porque el análisis se circunscribe al fallo judicial atacado, por el condenado a partir de un conjunto cerrado y limitado de vicios establecidos previamente en la ley.

En punto a la acción de revisión, señala que está, fue diseñada para atacar sentencias ejecutoriadas, por la ocurrencia o por el descubrimiento posterior de hechos que tienen incidencia directa, en el contenido de la decisión o ponen en cuestión su legitimidad o legalidad. Concluyendo que no es, un mecanismo idóneo para ejercer el derecho a la impugnación, pues se plantea y resuelve una vez el fallo atacado quede ejecutoriado.

En lo referente a la acción de tutela, es claro el pronunciamiento en indicar, que este es un medio de naturaleza excepcional, y no puede garantizar que toda sentencia que impone por primera vez una condena, sea susceptible de revisión.

Agrega, que el objeto del amparo recae sobre el fallo, y no sobre la base de la controversia, que existe una lista cerradas de causales de procedencia de la misma a la luz de las cuales se analiza la providencia y en principio se limita a la valoración de irregularidades y falencias identificadas previamente por el accionante. No obstante, que el juez de tutela tiene un amplio margen de actuación, el amparo no está orientado a materializar el derecho a la impugnación, sino a revisar fallos

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 792 del 29 de octubre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerroo Pérez

judiciales cuyos yerros graves, abiertos, flagrantes e indiscutibles, tengan trascendencia constitucional.

Es así, como nuestro máximo tribunal constitucional concluye, en forma vehemente que las acciones mencionadas por su naturaleza, no están orientadas a que el juez efectúe una nueva revisión del caso, ni de todos los elementos fácticos, probatorios y jurídicos, que inciden en la decisión judicial, señalando que hay ocasiones donde los jueces de revisión o tutela pueden ser flexibles; pero no por ello, se eliminan las limitaciones del diseño normativo. Considera, que la tutela o la revisión no son medios idóneos para garantizar el derecho de impugnación, toda vez, que se requiere que el operador jurídico de revisión, tenga una nueva aproximación al caso y que a partir de ello determine, si se justifica o no, la imposición de la condena proferida.

Por otra parte, en las sentencias S-215/16 y S-217/19, se hace una alusión al campo de acción que se abroga los aspectos y determinaciones señaladas en la sentencia C-792 de 2014. En estos se reitera, la diferencia existente entre el derecho de impugnación y la garantía de doble instancia. Ello en el sentido de entender que el primero es propio de un juicio penal y comprende la posibilidad de controvertir la sentencia condenatoria, a fin que un juez diferente a quien decidió en primera instancia, revise el asunto, garantizando así plenamente el derecho de defensa de la persona condenada, y asegurando que la sanción impuesta sea correcta, mientras que el segundo, hace alusión a la posibilidad de acudir al superior jerárquico en cualquier asunto judicial.

En los últimos fallos referenciados, se hace hincapié en el cumplimiento del deber de diseñar los instrumentos necesarios para remediar las falencias del sistema recursivo del proceso penal ordinario colombiano, con miras a garantizar el cabal ejercicio del derecho de impugnación, acción que ha de corresponder al legislador

y no al Juez Constitucional, tal como lastimosamente se ha dado tal realidad en nuestro medio.

Esta definición funcional, es necesario realizarla en razón a la relación y preeminencia que tiene el principio de legalidad en la materia tratada. Adicionalmente, se resalta que en el fallo SU-217 de 2019 se exhortó, una vez más al legislativo, para que, frente a la desigualdad en el acceso a la garantía del derecho a controvertir la sentencia de primera instancia condenatoria, conforme a los contenidos constitucionales, se diseñe un recurso o mecanismo que permita ese fin, en todos los casos.

Ante este panorama y desde el punto de vista de las garantías judiciales y el principio de igualdad, que rige en nuestra sociedad¹²³, deben generarse las condiciones necesarias para proteger a quienes están, en una situación de vulnerabilidad, como es el caso del enjuiciado ausente, otorgándole garantías adicionales en aquellos eventos donde se emita, en su contra una sentencia de carácter condenatorio, de tal suerte que se conceda la posibilidad de habilitar el término para apelar cuando por situaciones ajenas a él mismo, desconocía de la actuación y no podía ejercer su derecho. O se conceda, una especie de revisión automática de todo el proceso por el superior jerárquico o funcional, que si bien, no podría constituir en si un recurso, cumpliría con la finalidad de acceder al conocimiento de este, para garantizar, que si persiste la sanción esta sea justa y no diferir toda la carga de protección de las garantías judiciales al actuar del defensor público.

¹²³ Art 13 Constitución Política de 1991: “[...] Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. [...]”.

Recapitulando lo dicho, vemos que la Corte Constitucional, decretó la constitucionalidad del juicio en ausencia, considerando que dicho procedimiento no emerge, como un acto violatorio de los derechos al debido proceso y defensa del procesado, si se mantiene la búsqueda del mismo por parte del Estado, y se le designa un defensor de oficio que ejerza una defensa activa, sin que se regule en toda su extensión el derecho de impugnación de la sentencia, cuando está, le es desfavorable.

Si se toma como punto de partida que el Tribunal Constitucional, es quien advierte que el sistema de recursos establecidos al interior del proceso penal, en nuestro medio, no permite el adecuado ejercicio de impugnación, reconociendo que, en los eventos, en los que se revoque la decisión de absolución de primera instancia y se condene en segunda, debe habilitarse la posibilidad de apelación. Con mayor razón, se hace necesario activar esa prerrogativa, para quien no estuvo presente en el juicio, y no pudo participar en su defensa, ni presentar su interpretación de los hechos, ni controvertir las pruebas incorporadas en su contra, tal como lo exige la garantía a un juicio justo o por lo menos la revisión automática del caso. Ella es la razón, para que se pregone, por la institucionalización de los medios normativos que lleven a las posibilidades arriba mencionadas, para garantizar así plenamente el derecho de defensa y del debido proceso del reo asunte.

Conclusión

A través de decurso de esta investigación, se pudo establecer que, en la evolución de los mecanismos para procesar y juzgar penalmente a los ciudadanos, la comunidad internacional ha establecido una serie de principios y garantías para el desarrollo del mismo, que han sido adoptados por la mayoría de los países con un modelo de Estado Social de Derecho. Dentro de esas prerrogativas, está el derecho a un debido proceso, como expresión de un juicio justo, convirtiendo en obligación de los Estados que participan en esos acuerdos, la implementación en sus legislaciones internas de estructuras normativas que permitan el ejercicio pleno de las misma y procedimientos que garanticen imparcialidad y eviten impunidad.

De ahí, que dentro de los derechos que se reconocen al procesado penalmente, aparece el de estar presente en su juicio, lo cual implica la posibilidad de conocer de primera mano la acusación y las probanzas allegadas en su contra, participar activamente en el diseño de su estrategia defensiva, controvertir las pruebas y los argumentos presentados en su contra e impugnar las decisiones que le sean adversas. Es por lo mismo, que es de suma importancia la presencia del enjuiciado, sin que la misma sea verdaderamente suplida por el defensor que no cuenta con canales de comunicación con este e información suficiente para una total defensa de su prohijado.

Sin embargo, se ha permitido no sólo internacionalmente sino en nuestra legislación desde tiempo atrás la celebración del juicio al procesado ausente, bajo el cumplimiento de condiciones especiales y por razones de eficiencia de la

administración de justicia, que se pueden sintetizar, en: a) emplazamiento del acusado mediante un aviso o comunicación en el despacho, lugares públicos y diferentes medios de comunicación, los cuales se han actualizado de acuerdo a los existentes al momento de expedición de la respectiva codificación y b) designación de un defensor de oficio con quien se continúa la actuación hasta el final de la misma y sobre quien recae el pleno de la responsabilidad del ejercicio defensivo. Estas condiciones, a medida que se fue constitucionalizando el proceso penal, especialmente con la expedición de la Constitución de 1991, se adicionaron en el sentido de imponer la obligación al ente acusador de realizar todas las gestiones que estén a su alcance para ubicar al procesado y comunicarle la realización del proceso en su contra con miras a que ejerza su defensa material, so pena de sanciones como la nulidad de lo actuado ante deficiencias en las actividades de búsqueda, enmarcándose esa actividad en punto a la vinculación procesal de la persona objeto de la facultad sancionadora del Estado.

No obstante, pudimos evidenciar que aparte de esas exigencias para habilitar el juicio en ausencia, no se ha analizado desde el punto jurisprudencial ni legislativo, la situación del reo ausente, una vez se logra su vinculación al proceso ante la ausencia de mecanismos que refuercen las garantías judiciales que le asisten de cara al grado de vulnerabilidad en que se encuentra por su condición, especialmente frente al derecho de impugnación de la sentencia condenatoria, el cual puede ejercer el defensor de público, en los mismos términos del procesado presente, sin que existan medios que refuercen esa garantía, para quien en la realidad está en una situación disímil a quien participa activamente en su defensa.

Entonces, si partimos de la posición de la Honorable Corte Suprema de Justicia ampliamente referenciada en precedencia, en cuanto a las deficiencias del sistema de recursos del actual Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) al no proporcionar medios propios en el desarrollo ordinario de la actuación que garantice

el ejercicio pleno de las garantías judiciales de procesado, en el contexto del derecho de impugnación, podemos afirmar que en el caso de la persona ausente no se satisface el mismo con la sola actividad del defensor público, quien además materialmente no cuenta con la información suficiente para atacar verdaderamente las premisas de la acusación y el fallo desfavorable a los intereses de su representado, sino que se requiere la implementación de otras opciones que permitan la satisfacción total del derecho a un juicio justo, porque como lo indica nuestra Corte Suprema de Justicia, la finalidad del derecho de impugnación es suministrar una herramienta específica y calificada de defensa y garantía de corrección judicial, que en el caso del reo ausente, no tiene cubrimiento total.

Por lo anterior, se concluye que es necesario con miras a dar una protección efectiva al procesado ausente otorgarle, un término más amplio para impugnar la sentencia condenatoria habilitando la posibilidad de recurrir la decisión por un lapso determinado a partir del momento en que se enteré de esta, siempre y cuando no haya operado el fenómeno prescriptivo o generando una especie de grado jurisdiccional de consulta para lograr que la instancia superior, revise en su integridad el proceso adelantado, examinando una a una, nuevamente las pruebas recaudas y suceso del trámite para determinar si este se acompasa con la normatividad existente y si la decisión de condena es la apropiada o no, como miras a evitar fallo injusto, actividad que debe irradiarse desde la academia al poder legislativo para enmendar ese yerro que afecta nuestro sistema procesal penal, demostrándose que si existe una deficiencia en las posibilidades recursivas brindadas a la persona ausente, siendo necesario a las voces de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada, otorgar el máximo de las garantías procesales para lograr la efectividad del debido proceso, frente a quien es absolutamente vulnerable por estar ausente de su juzgamiento.

Bibliografía, normatividad y páginas web

GONZALEZ Plascencia Luis, Política criminal y sociología del control penal, editorial Inacipe, Ciudad de México 2006.

ORTIZ Rivas Hernán, Cartilla de los Derechos Humanos, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá 2006.

ARMENTA Deu Teresa, Sistemas Procesales Penales – La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2007

MORENO Verdejo Jaime, El Recurso de Anulación, Cuadernos y estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial de España.

BARROSO Luis Roberto, la Dignidad de la Persona Humana en el Derecho Constitucional Contemporáneo, editorial Universidad Externado, Bogotá 2010.

MOYA Vargas Manuel Fernando, Una manifestación de política penal aplicada - El Procesamiento de Personas Ausentes en la Ley 906 de 2004,

MONTEALEGRE Lynett, Eduardo. Derecho Procesal Penal Tomo II, editorial Universidad Externado, Bogotá 2011.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando, Una manifestación de política penal aplicada. El Procesamiento de Personas Ausentes en la Ley 906 de 2004. Defensoría del Pueblo.

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO, en su obra El Proceso por Contumacia, Origen, Pervivencia y Recepción, Editorial Dykinson, Madrid 2009.

BOTERO SARAY, Nelson. Procedimiento Penal acusatorio, Editorial Leyer, Bogotá 2017.

GOMEZ Lara Cipriano, el debido proceso como derecho humano, publicado en la página web, archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/4/1968/17.pdf.

López Olivera, Miguel Alejandro, “El Debido Proceso en el Siglo XXI”. Biblioteca Virtual de Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. www.juridicas.unam.mx; <http://biblio.juridicas.unam.mx>

VACA Andrade Ricardo, el juicio en ausencia, publicado en <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/> Vaca Andrade Ricardo,

PENDON MELENDEZ. Esther. Sobre la Contumacia, Revista de Derecho UNED año 2011, número 8.

MOLINA, López Ricardo, El debido proceso penal en Colombia y España, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 40 No. 112

TEJADA ESTUPIÑAN, Julián Edgardo, “La vinculación en ausencia al proceso penal vulnera garantías fundamentales al procesado”, Revista Principia Iuris ISSN impreso 0124-2067/ISSN en línea 2463-2007 enero – junio de 2015, volumen 12 # 23.

CUELLAR BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, Fundamentos Constitucionales y teoría general, El Proceso Penal, 6 ed. 2013.

FIORAVANTI Maurizio, los derechos fundamentales, editorial Trotta, Madrid 2009.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando, “El procesamiento de Personas ausentes en la Ley 906 de 2004”, Defensoría del Pueblo, Bogotá 2010

López Olivera, Miguel Alejandro, “El Debido Proceso en el Siglo XXI”. Biblioteca Virtual de Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. www.juridicas.unam.mx; <http://biblio.juridicas.unam.mx>

BINDER Alberto, Ed Cape, Zaza Namoradze, Defensa Penal Efectiva en América Latina, publicación de ADC, CERJUSC; CONECTASM DE JUSTICIA; ICCPG; IDDD; IJPP; INECIP, año 2015.

CRUZ MAHECHA, Diego Enrique, Valoración de los aspectos teóricos y jurisprudenciales que integran el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia, Ed. Nueva Jurídica, año 2020.

ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas Procesales Penales, Justicia Penal en Europa y América. Ed. Marcial Pons, año 2012.

ALONSO García Ricardo, El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales, editorial Civitas, Madrid 2014.

TORSTEIN, Stein, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo 2009, pp 621-635, ISS 1510-4974, consultado el 09 de agosto de 2020, página <https://www.corteidh.or.cr/tables/r23547.pdf>.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERMIDA, Ma. Ágata, Artículo “Juicios in Absentia en el Marco del Derecho Penal Orientado a la Protección de los DDHH: A

propósito de los problemas de reconocimiento de la orden europea de detención y entrega”, publicado en el libro titulado Ciencias Penales y Derechos Humanos, libro homenaje al Dr. Javier Llobert Rodríguez, San José. Ed. Jurídica Continental, 2020.

GARCIA SANCHEZ, Beatriz. Homogeneidad o Estándar Mínimo de Protección de los Derechos Fundamentales en la Euroorden Europea. Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, núm. 46, Madrid, Septiembre – diciembre 2013, págs. 1137 – 1156.

Diálogos, monólogos y tertulias; Reflexiones a propósito del Caso Melloni, artículo publicado en la revista ReDCF, año 11 Núm 22 Páginas 245 – 270.

CARO CORIA, Dino Carlos, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx)

MOYA VARGAS, Manuel Fernando, El procesamiento de las Personas Ausentes en la Ley 906/2004, Bogotá, Defensoría del Pueblo, años 2010.

CASTRO Pedro, El caudillismo en América Latina, ayer y hoy, publicado en la página web http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422007000100002

BINDER Alberto, CAPE Ed, Zaza Namoradze, Defensa Efectiva en América Latina, Año 2015

Rio José María y Salas Luis, “La Administración de Justicia en América Latina. Una introducción al Sistema Penal”, CAJ, Centro para la Administración de Justicia Universidad Internacional de la Florida,

biloteca.cejaamericas.org/bitstream/handle/2015/5412/introducciónalsistemapenal.pdf?sequence=1&isallowed=y

LANGER, Máximo, “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano. Difusión de Ideas Penales desde la Periferia”, año 2007, Centro de Estudio de la Justicia de las Américas.

VACA Andrade Ricardo, manual de derecho procesal, volumen 2, editorial corporación de estudios y publicaciones, Quito 2009.

BERNATE OCHOA, Francisco, El Sistema Penal del Common Law, puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana, ed. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014.

TASSARA LUCAS, El Juicio en ausencia en el Sistema Federal de los Estado Unidos, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal año 11 No. 20-21, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.

Código Procesal de la República de Chile.

Código de Procedimiento Penal de la Republica de Ecuador.

Constitución Política de Colombia, editorial Leyer, Bogotá 2020.

Sentencias.

C-488 de 1996, C-621 de 1996, C- 591 de 2009, C- 1154 de 2005, C-488 de 1996, C-657/96, C-33/03, C-100/03, C-248/04, C-592/05, C-055/10, C- 099/03, T-719/12, T-757/12, T-412/12, T-799 A/ 11, T-737/047, T546/12, T450/11, T -705/02, T-

761/12, T-266/99, T-962/07, T-171/00, T-945/99, T-835/07, T-852/07, T-1197/03, T-880/12, T-835/07, T-171/00, T-062/02, T-1197/03, T-962/07, T-757/12, T-918/14, T-517/09, T-957/06, T-105/10, T-508/11, T-1110/05, T-131/12, T-719/12, T-711/13, T-463/18. C-488/1996, C-676/96, C-591, C-488/96, C-676/96. C-591, C-488/1996, C-591/2005, C-599/2019, C-657/96, C-100/03; C-488/96; C-330/03; C-248/04; C-591/05; C-1154/05, T-463/18, C-592/05, C-792/14, C-025/09, T-463/18, C-980/10, C-163/19, C-055/10.

Sentencias Corte Suprema de Justicia, radicados: 36.692 del 26 de octubre de 2011; SP 1467-2016, radicado 37.175 del 12 de octubre de 2016

Sentencia Corte Suprema de Justicia SP 4368-2020 Radicado 54176 Ley 906 de 2004.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en la página web https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_politicos.html

Amnistía Internacional, Manual de Amnistía Internacional sobre Juicios Justos, Segunda Edición año 2014.

Convención americana sobre los derechos humanos, publicada en la página web https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultada el 13 de diciembre de 2020.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos # 12, Debido proceso, publica en la página web <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo, publicada en la página web https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf

Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, Revista # 13, publicada en la página web https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR%5D.html

CASEL, Douglass, El Sistema Procesal Penal de los Estados Unidos, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultado en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.