REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA PENAL DE DECISIÓN

JUAN CARLOS CONDE SERRANO
Magistrado Ponente

Cúcuta, primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado según Acta No. 0412

VISTOS

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta por CARLOS ALBERTO CARREÑO CHAPARRO en calidad de agente oficioso de su hermano **JUAN DE JESUS CARREÑO CHAPARRO**, contra el **JUZGADO 2º PENAL MUNICIPAL DE LOS PATIOS -N.S.**, y el **JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS N.S.**,

vinculándose al contradictorio a la **FISCALÍA 1ª SECCIONAL DE LOS PATIOS – N.S.,** así como a **las PARTES PROCESALES QUE ACTUARON DENTRO DEL RAD. 54-001-61-06-079-2013-80251** seguido a JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO, por la presunta vulneración al debido proceso y la libertad del agenciado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Relata el agente oficioso, que su hermano Juan de Jesús se encuentra con medida intramural notificada el 03 de septiembre de 2021 cuando salía a comprar unos medicamentos y alimentos cerca a su casa de residencia en donde vive con su esposa hace más de 20 años, en Floridablanca - Santander.

Que, pone a consideración la violación al debido proceso por falta de notificación en todas las etapas procesales hasta la condena, por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal Los Patios y el Juzgado Promiscuo Penal del circuito de los Patios hoy Juzgado 1º Penal del Circuito de Los Patios.

Que, desde la fecha 12/11/2013 los Juzgados accionados, efectuaron audiencia preliminar, juzgamiento y condena en contra de su hermano, que ello lo pudo corroborar con la respuesta que dio la fiscalía en un hábeas corpus que interpuso para solicitar la libertad del agenciado.

Que, el día de la detención habló con él y le dijo que por lo más sagrado que era la memoria de sus padres, él no sabía por qué lo estaban deteniendo con orden de captura por Narcotráfico.

Que, interpuso hábeas corpus y le fue negado porque según la captura fue legal por la orden que aparece en el sistema de justicia. Que con base en la respuesta a la señora Juez de primera instancia del hábeas corpus, comprobó que su hermano Juan de Jesús, fue imputado, enjuiciado y condenado solamente con el argumento de persona ausente, negándole toda oportunidad de defenderse y contradecir en juicio lo que le fue imputado, violándole el debido proceso.

Que, ni los juzgados accionados y mucho menos la Fiscalía que tiene sedes en todas partes del país, nunca notificaron alguna etapa procesal de todo lo actuado, que su hermano era una persona visible en la sociedad y fácil de ubicar.

Que, los juzgados accionados, avalaron las supuestas fallas de notificación y fallas en la defensa técnica del supuesto abogado de oficio y de la Fiscalía en su deber de hacer la notificación personal, pero ante la ineptitud por los entes de notificarlo, lo declararon persona ausente antes de valorar el debido proceso de la notificación personal, situación que violentó los derechos del agenciado.

Que en la audiencia virtual de legalización de captura se enteró que su hermano fue condenado a 150 meses de prisión y multa de 1334 SMLMV y fue puesto a órdenes del Juzgado que ordenó la captura. Indicó el agente oficioso que esta situación ha generado tribulación familiar y una cantidad de sentimientos y malestares que ocasionan el que una persona como su hermano se encuentre en esa situación, que se trata de una persona vulnerable, entregada a los demás de buen corazón, que cualquier situación que ocurra a su alrededor afecta su hipermegalia.

Que, los primeros días él no comía, que se trata de una persona adulta mayor de 65 años que vive solo de los ingresos que los hijos le ayudan por cuidar a los nietos, mientras ellos trabajan.

Que, si alguien de mentalidad delincuencial se acerca a Juan de Jesús, puede llegar a pensar que es un tonto, y tal vez por eso alguien quiera aprovecharse e involucrarlo por cualquier situación circunstancial que lo haya conocido y necesiten algún tonto que pague por los delitos de otros.

Que, el agenciado tiene que estar bajo dirección de los médicos que le tratan con medicamentos los problemas del corazón y otros problemas de salud que padece desde hace más de 10 años, que requiere un ambiente tranquilo alejado de estrés para evitar un colapso cardiaco que pueda ocasionar su muerte, que ha estado afiliado a SURA EPS desde hace más de 8 años.

Que, conociendo la condición de salud de su hermano, se atreve a afirmar que no resiste lo que queda del año con vida después de la aflicción que está generando esta situación a sus 65 años de edad, que en los últimos 10 días de prisión a simple vista ha perdido masa muscular, y como 10 kilos de peso, por lo que solicitó que en esta tutela se considere la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

PETICIÓN

Solicitó se amparen **los derechos fundamentales al debido proceso y libertad del agenciado**, para que se ordene:

1. Dejar sin efecto las actuaciones surtidas a partir de la audiencia de formulación de acusación hasta la sentencia condenatoria en el rad. 540016106079201380251 seguido a su hermano Juan de Jesús Carreño Chaparro y sea dejado en libertad.

2. Que se revoque la Orden de captura en contra de Juan de Jesús Carreño Chaparro y se ordene su liberación.

3. Ordenar al juzgado 1º Penal del circuito de los Patios y al Juzgado 2 Penal Municipal con función de Control de Garantías de los Patios, enviar vía correo electrónico copia de los escritos de acusación y el escrito en donde se avalan las pruebas aportadas en la acusación y condena, así como las de garantías.

4. Proponer a los Juzgados accionados la detención del agenciado en el lugar de residencia, mientras se resuelva cualquier situación, debido a su gravedad de salud, no es ningún peligro para la sociedad, tiene un arraigo social y familiar, que está representado el perjuicio irremediable por la evidente violación de derechos fundamentales.

SUJETOS DE LA ACCIÓN

La acción de amparo constitucional la interpone **CARLOS ALBERTO CARREÑO CHAPARRO** en calidad de agente oficioso de su hermano **JUAN DE JESUS CARREÑO CHAPARRO**, identificados con cédula de ciudadanía 91.240.041 y 13.886.311, respectivamente, quienes reciben notificaciones en el Correo electrónico: carloscarrenoch@outlook.com y teléfonos: 6393904 - 3203756214.

La presente acción va dirigida contra el **JUZGADO 2º PENAL MUNICIPAL DE LOS PATIOS -N.S.**, y el **JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS N.S.**, vinculándose al contradictorio a la **FISCALÍA 1ª SECCIONAL DE LOS PATIOS – N.S.,** así como a **las partes que actuaron dentro del proceso 54-001-61-06-079-2013-80251 seguido a JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO**, quienes reciben notificaciones en sus respectivos correos electrónicos.

DEL MATERIAL PROBATORIO

Se tendrán como pruebas la demanda de tutela y los anexos aportados por el actor, en lo demás, mediante auto de sustanciación del 17 de septiembre de 2021, el Magistrado Ponente dispuso requerir a las partes accionadas y vinculadas en busca de información conforme a los hechos expuestos en la demanda de tutela y la publicación de aviso en la página web del Tribunal Superior, obteniéndose las respuestas que veremos a continuación:

-. La titular del **JUZGADO 2º PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE LOS PATIOS -N.S.**, informó que la Fiscalía Seccional de los Patios, el 08 de abril de 2013, radicó solicitud de orden de captura en contra de JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO por el delito de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, SPOA 540016106079201380251 y radicado interno del despacho 2013-00066, el 09 de abril de 2013 sustentó su petición, el despacho accedió a la solicitud y libró la orden de captura #006/13 en contra de CARREÑO CHAPARRO.

Seguidamente, la Fiscalía Seccional de los Patios el 15 de abril de 2013 radicó solicitud de audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento dentro de la misma noticia criminal, con radicado interno 2013-00073.

Que, el 13 de noviembre de 2013, una vez surtido el trámite de declaratoria de persona ausente, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario; ordenó cancelar la orden de captura # 006/13 y se libró la orden de

captura # 19/13, remitió la carpeta de garantías al juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios para etapa de conocimiento. Que Desconoce las resultas de la actuación en el Juzgado de Conocimiento, que conoció que el 06 de septiembre le fue negado por improcedente la acción de hábeas corpus que elevó el accionante en favor de su hermano.

Que, conforme a lo anterior, esa agencia judicial solicitaba la desvinculación de la acción constitucional.

-. La **FISCALÍA 1ª SECCIONAL DE LOS PATIOS N.S.**, señaló que, contra el ciudadano JUAN DE JESÚS le figura la Noticia Criminal 540016106079201380251 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, hechos ocurridos el 23-01-2013 en jurisdicción del municipio de Los Patios, Norte de Santander, caso que se encuentra en estado Inactiva para la FGN y en etapa de ejecución de penas.

Que la Noticia criminal registra como historial: "*que fuente humana alerto a los miembros de Policía Judicial que en el inmueble ubicado en la urbanización Quintas de Tamarindo UNO, Casa F M 120 del municipio de Villa del Rosario era utilizada para el acopio de sustancia estupefaciente*". Que, al verificar la información en diligencia de Allanamiento hallaron 250 paquetes contentivos de un producto de características similares a la marihuana.

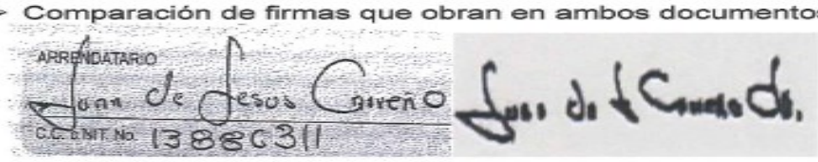
Que, las actividades de investigación llevó a los funcionarios de Policía Judicial a determinar que la persona que ocupaba el domicilio en calidad de arrendatario era JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO, información que llevó a la convicción al señor Fiscal de la época a solicitar orden de captura contra el hoy condenado; que los informes negativos de captura permitieron y fueron el sustento para dar trámite al artículo 127 del C de P.P. y se logró la vinculación mediante la declaratoria de persona ausente, que se designó como apoderado de la defensoría pública al doctor EUCLIDES GARCIA MEZA con el que se agoto el juicio penal que termino con sentencia condenatoria.

Sugirió citar a declaración jurada o vincular a los funcionarios de Policía Judicial que lideraron esta investigación, SI JUAN CARLOS FUQUEN RODRIGUEZ y HENRY ROZO GELVEZ, para que expliquen qué actividades investigativas (pericias grafológicas), o cómo se determinó que efectivamente la firma "legible Juan de Jesús Carreño" plasmada o consignada en el contrato de arrendamiento "VV 01587420" correspondía inequívocamente a la del ciudadano en mención.

Indicó la representante de la Fiscalía que realizó un análisis empírico de las características morfo-caligráficas de las firmas obrantes en el contrato de arrendamiento VV-01587420 con la firma de la foto-cédula web y advirtió serias inconsistencias en el dibujo de las letras claves:

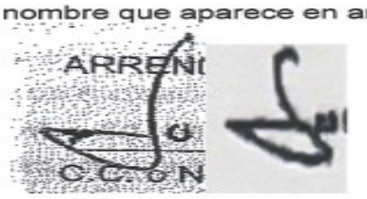
GENERAL DE LA NACION

➢ Comparación de firmas que obran en ambos documentos.-



La empírica comparación o cotejo es suficiente en manera de hipótesis para advertir serias inconsistencias en el dibujo de letras claves en las firmas

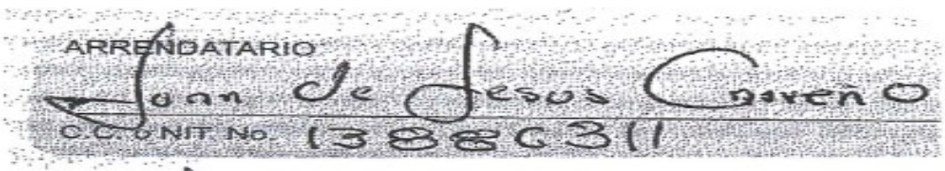
➢ La letra "J" del nombre que aparece en ambos documentos

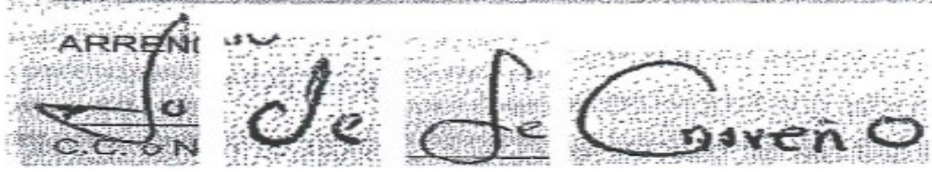


➢ La conjución conformada por la letra "d" que une los nombres "Juan "de" Jesús"

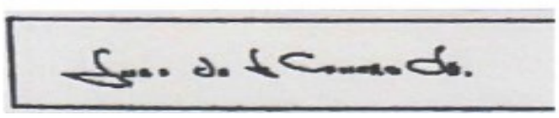
➢ El nombre "Jesús" confrontado con la letra "J" del nombre que aparece en ambos documentos.-

Firma en el contratato de arrendamiento.-





Firma foto cedula, consulta web



así mismo, le pareció curioso que el contrato no estuviera autenticado ante notaría, que se trataba de un simple formato o minuta. Sugirió también que se vinculara al abogado defensor Euclides García Meza, para que explicara las actividades que realizó como profesional para lograr la ubicación y entrevista con el procesado.

Indicó, que este caso del señor Juan de Jesús Carreño Chaparro postulaba para que en él se aplicara el trámite de Acción de Revisión.

-. El **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS**, señaló que el 11 de febrero de 2014 recibió escrito de acusación por parte del fiscal primero seccional de Los Patios, en contra de Juan de Jesús Carreño Chaparro con declaratoria de persona ausente declarada en audiencia preliminar el 13 de noviembre de 2013 por el Juzgado 2º Penal Municipal de Los Patios.

Que, la audiencia de acusación se llevó a cabo el 16 de mayo de 2014, se citó el procesado en la dirección que reposaba en el escrito de acusación, manzana F1-20 Conjunto Residencial Quintas de Tamarindo 1, siendo asistido por defensor público, el mismo que lo asistió en las audiencias preliminares.

Que, la audiencia preparatoria se realizó el 24 de octubre de 2014, siendo devuelta la citación por parte del correo 472, por la causal NO RESIDE, que el notificador del despacho procedió a

realizar llamada al número aportado en el escrito de acusación del procesado 3103405010 y dejó como constancia lo siguiente: "*número equivocado, no se logra confirmar la presencia a la audiencia del señor Juan de Jesús Carreño*."

Que, el 27 de enero de 2015 se instaló la audiencia de juicio oral y siendo clausurado el debate probatorio el día 27 de mayo de 2015, las partes presentaron alegatos finales.

Que, el sentido de fallo y lectura de sentencia se llevó a cabo el 09 de junio de 2015, que impuso como condena al aquí agenciado, la pena de prisión de 150 meses y Pena de Multa de 1.334 SMLMV, no se le concedió ningún subrogado penal y ordenó librar orden de captura. El defensor público interpuso recurso de apelación e informó que lo sustentaría dentro de los cincos días siguientes, pero el día 3 de julio de 2015, se declaró desierto el recurso de apelación.

Que, el 15 de julio de 2015 libró orden de captura No. 5 en contra de CARREÑO CHAPARRO y el 5 de agosto de 2016 fue remitida la documentación necesaria para la vigilancia de la pena al centro de servicios de los Juzgados de Penas.

Advirtió que, tal como lo establece el inciso final del artículo 344, la declaración de persona ausente únicamente procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado. Que el juzgado 2º penal Municipal dejó constancia en la audiencia preliminar que ordenó emplazar al indiciado, los edictos emplazatorios fueron

publicados en el periódico la opinión y la emisora la voz de la gran Colombia el día 11 de octubre de 2013 y la juez procedió a declararlo persona ausente y desde ese momento contaba con un defensor público que lo representaba.

Agregó que, en las estipulaciones probatorias el fiscal presentó el informe rendido por policía judicial sobre la negativa a la ubicación del procesado, pues las consultas efectuadas en las bases de datos de ANI, FOSYGA, RUNT, CIFIN, IGAC y RUE no habían arrojado resultados a esos efectos, encontrándose agotados los medios para ubicar al procesado. Por lo anterior, consideró que ese despacho no ha violado el derecho al debido proceso al agenciado, por cuanto todas las actuaciones se surtieron conforme a la ley.

-. El abogado **EUCLIDES GARCÍA MEZA**, defensor público que representó al señor Carreño Chaparro en el proceso penal, señaló que, el Juzgado Segundo Penal municipal de los patios señaló para el día 28 de mayo de 2013 la audiencia de imputación y medida de aseguramiento, que al no haberse hecho presente el indiciado se le declaró persona ausente y se realizó la respectiva imputación y se solicitó por parte de la fiscalía se expidiera una orden de captura en su contra, solicitud que fue aceptada por la Juez y se expidió orden de captura.

Que, posteriormente se realizó la audiencia de acusación y preparatoria, pero no tenía medios de como poder ubicar al procesado para hacer una defensa técnica y jurídica con EMP y EF

que soportara la teoría del caso de la defensa, que le tocó simplemente en la preparatoria solicitar el testimonio del acusado, en la eventualidad de que se hiciera presente y quisiera declarar en su propio juicio.

Que, el día 27 de enero de 2015, se dio inicio a la audiencia de juicio oral con la teoría del caso de la fiscalía y la incorporación de las estipulaciones y el juzgado inadmite la incorporación del contrato de arrendamiento. El día 17 de marzo de 2015 se continua con los testigos de la fiscalía y el fiscal pide aplazamiento para poder escuchar en testimonio a la dueña del inmueble donde fueron hallados los estupefacientes, se fijó el día 27 de mayo de 2015 para la continuación del juicio oral.

Que, el día 27 de mayo de 2015, se evacúa el testimonio de la dueña del inmueble la señora LAURA SANGUINO ANGINOLFI IBARRA, y la fiscalía desiste del testimonio del señor JUAN CARLOS FUQUEN, terminando con los testigos de la fiscalía; Indica que solicitó la suspensión de la audiencia para tratar por última vez de ubicar a su defendido, cosa que fue rechazada por el señor Juez de conocimiento de la época y no le quedó otra que renunciar a su testimonio, realizó inmediatamente los alegatos y se señaló el día 09 de junio de 2015 para el sentido de fallo y sentencia, que fue de carácter condenatorio (150 meses de prisión).

Manifestó que la información que suministra, la extrajo de sus informes a la defensoría del pueblo, de sus labores como defensor

público asignado al Circuito de los Patios y que guarda en sus archivos personales, las cuales no están del todo completas porque se le dañaron ciertos archivos donde posiblemente hubiese habido más información al respecto, pues cree que hubo otras solicitudes de la fiscalía.

Que, como defensor solamente contaba con la información que le dio la fiscalía en el escrito de acusación y los EMP y EF que le fueron corridos traslados en la mencionada audiencia de acusación, que ni el Juzgado ni la fiscalía, que tienen la obligación constitucional y legal de tratar de ubicar por todos los medios posibles a los investigados penalmente para poder notificarlos, en este caso no ocurrió así.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo señalado en el artículo 86 de la constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 numeral 2 del decreto 1382 del 2000, es competente esta Sala de Decisión para conocer de la presente acción de tutela.

2. Marco Jurídico

Resáltese en primer lugar, que la acción es el mecanismo constitucional idóneo para la protección de los derechos

fundamentales inherentes al ser humano, así lo indica el inciso primero del artículo 86 de la constitución política; esta acción fue implementada por el constituyente de 1.991 para que mediante un procedimiento breve y sumario, se pudiera acceder ante los Jueces en demanda de una justicia eficaz y rápida.

3. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la acción constitucional aquí ejercida, toda vez que va dirigida a atacar un trámite judicial ya en firme, por la presunta irregularidad incurrida al interior del proceso penal adelantado en contra del agenciado por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al habérsele declaró PERSONA AUSENTE.

4. Jurisprudencia Aplicable al Caso

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE EN MATERIA PENAL- Jurisprudencia constitucional**/DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-** Jurisprudencia constitucional.

En diversas ocasiones, la Corte ha tenido oportunidad de referirse a la figura de la declaratoria de persona ausente en materia penal, concluyendo que si bien se trata de una alternativa procesal que se aviene con los preceptos constitucionales, específicamente la garantía del debido proceso y el normal funcionamiento de la administración de justicia, ***su utilización es de naturaleza supletoria, lo cual***

implica que "no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado*". Dicho de otra manera, lo que se impone por parte del Estado, es que la forma de vinculación al proceso penal sea personal, en tanto "el derecho de defensa se garantiza y se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado",* ***de tal suerte que luego de haberse agotado todos los medios que estén a su alcance, pueda darle continuidad al servicio público de administrar justicia, ya sea porque definitivamente no fue posible hallar el paradero de quien se presume responsable*** *de la comisión de una conducta punible, o porque sencillamente, asumió una actitud contumaz*.(Sentencia T-761/12) (Negrilla por la Sala)

5. Caso Concreto

En el presente asunto, en síntesis, acusa el agente oficioso que su hermano **JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO** fue capturado el 03 de septiembre del corriente año por orden judicial, la cual se profirió por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios, hoy conocido como Juzgado 1º Penal del Circuito de Los Patios, dentro del proceso penal 54001610607920138025 1 por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Que dicha captura tomo por sorpresa a su hermano y sus familiares, pues indicó que nadie tenía conocimiento de esa investigación, que mucho menos su hermano, que en razón a un hábeas corpus que presentó el accionante, fue que conocieron que se le había declarado persona ausente en el proceso penal y así fue condenado. Precisó el agente oficio que esta situación vulnera de manera flagrante los derechos de su hermano Juan de Jesús Carreño Chaparro, que su estado de salud es delicado, que ha decaído

mucho en los días que lleva detenido y considera que no soportaría seguir así, que inclusive podría padecer un colapsar de salud y morir.

Por lo anterior, solicitó i) que se decretara la nulidad de todo lo actuado desde el escrito de acusación hasta la sentencia, y se ordenara la libertad de su hermano, ii) que se revoque la orden de captura, así mismo iii) que le sea remitido vía correo electrónico copia de las actuaciones del Juez de Control de Garantías como del de Conocimiento, y iv) que se disponga la detención del agenciado en el lugar de residencia, mientras se resuelva cualquier situación.

La Sala debe precisar que la doctrina constitucional ha sido clara y enfática al indicar que, cuando se trata de providencias o trámites judiciales ya fenecidos, la acción de tutela sólo resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general, la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, acudiendo para ello a los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios instituidos en el ordenamiento jurídico.

La procedencia excepcional de la tutela contra providencias o trámites judiciales ya fenecidos, acorde con la jurisprudencia constitucional[1], exige ciertos requisitos, unos genéricos y otros específicos, cuyo cumplimiento está obligado el demandante a acreditar.

[1] C. Const., sent. C-590/05. En esta sentencia, la Corte declaró inexequible la expresión "ni acción", que hace parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

Son requisitos generales de procedencia: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que, ante una irregularidad procesal, el defecto tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico[2]; (ii) defecto procedimental absoluto[3]; (iii) defecto fáctico[4]; (iv) defecto material o sustantivo[5]; (v) error inducido[6]; (vi) decisión sin motivación[7]; (vii) desconocimiento del precedente[8] y (viii) violación directa de la Constitución.

La procedencia del amparo constitucional contra una providencia judicial -tanto autos como sentencias (T-343/12)- se habilita, únicamente, cuando haya superado el filtro de verificación de los requisitos generales y se configure al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

---

[2] "que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello".
[3] "cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido".
[4] "cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión".
[5] "se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión".
[6] "cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales".
[7] "que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional".
[8] "cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance".

Sobre el particular, observa la Sala que la demanda constitucional aquí ejercida, cumple con los requisitos de procedibilidad descritos en el acápite precedente, veamos por qué:

i) La solicitud de amparo tiene la relevancia, pues involucra la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y libertad del agenciado.

ii) Cumple los presupuestos de subsidiariedad en el entendido de que, el único recurso con que podría contar el agenciado es la Acción de Revisión *(siempre y cuando se configurara alguna de las causales contempladas para su procedencia)*, pero atendiendo su estado de salud, su edad y su situación de reclusión, este no sería eficaz para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme al escenario suscitado en el proceso penal.

iii) Cumple con el requisito de inmediatez, se conoció que el accionante fue capturado el 03 de septiembre del corriente año, momento en que manifiesta haberse enterado que existía el proceso penal en su contra.

iv) Efectivamente se trata de una irregularidad procesal, pues se discute como irregular la declaratoria de persona ausente al interior del proceso y que fue decisiva para la decisión final.

v) El actor ha identificado razonablemente que existían los mecanismos para que se notificara al agenciado sobre el proceso seguido en su contra y pudiera así ejercer su defensa, que reside en el Municipio de Floridablanca con su esposa hace más de 20 años y los hechos por los cuales se le condenó ocurrieron en Cúcuta, que en la descripción que se realizó en la supuesta identificación se señala que tiene una cicatriz en la mano y ello no es cierto que puede ser corroborado.

vi) La decisión cuestionada es un asunto penal con radicado 540016106079201380251.

Ahora, en cuanto al requisito de carácter específico, se reprocha que las actuaciones desplegadas por la fiscalía para la ubicación de la persona condenada no fueron suficientes, que ha vivido en el mismo lugar durante más de 20 años y está registrado en el sistema de seguridad social, que era fácil de ubicar, pero con los informes presentados por la Fiscalía, el Juez de Garantías (accionado) los consideró suficientes para declararlo *persona ausente* y continuar adelante con la acusación, y ello conllevó a que el Juez de Conocimiento (accionado) profiriera sentencia condenatoria bajo la misma figura; situación que sin duda alguna se enmarca en la causal ***"(ii) defecto procedimental absoluto"***, caracterización del defecto procedimental [9].

[9] Sentencia T-385/18

El defecto procedimental encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, que se refieren, respectivamente, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial. Dicho defecto se presenta, a juicio de la Corte[10], cuando los funcionarios judiciales actúan al margen de los postulados procesales aplicables a cada caso en concreto, de tal forma que terminan comprometiendo los derechos fundamentales de las partes[11]. Se trata de una causal cualificada, en el entendido de que "para su configuración se debe cumplir con la exigencia de que se esté ante ***un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables****, lo que ocasiona que la decisión adoptada responda únicamente al capricho y a la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconozca el derecho fundamental al debido proceso"[12]*. (Negrilla por la Sala)

Conforme al anterior derrotero, para la Sala está demostrada la procedencia de la acción de tutela de carácter transitorio, la cual tiene como finalidad evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable al señor Juan de Jesús Carreño Chaparro.

Informó el agente oficioso que su hermano le manifestó que **él nunca conoció de un proceso en su contra**, que nunca le fue notificado de la investigación, **que este vive el Municipio de Floridablanca – Santander desde hace más de 20 años con su esposa,** que está vinculado al sistema de salud y seguridad social en esa municipalidad, **que asiste a controles médicos a través de su EPS SURA hace más de 8 años**, que ha sido una persona visible ante la sociedad y nunca se ha escondido.

[10] Cfr. Sentencia T-511 de 2011.
[11] Cfr. Sentencias T-1246 de 2008, T-115 de 2008 y T-1180 de 2001
[12] Sentencia SU-773 de 2014.

Verificadas las actuaciones procesales, se conoció que la Fiscalía realizó diligencia de allanamiento al inmueble – Casa Fm 1-20 Conjunto Quintas del Tamarindo – Villa del Rosario, el día 23 de enero de 2013, en razón a una declaración recibida por una persona con reserva de identidad[13], esa persona en su testimonio no identificó quien vivía en esa casa, lugar en que se halló el estupefaciente motivo del ilícito.

Al momento de la diligencia no se encontró a nadie en la vivienda, **fue atendida por el administrador del condominio quien presentó un contrato de arrendamiento con copia de la cédula de la persona que residía en dicho inmueble**; **de esa situación los investigadores de policía judicial concluyeron que se trataba de Juan de Jesús Carreño Chaparro**.

Por el contrato de arrendamiento y la copia de la cédula concluyeron los investigadores que él era el que vivía en la Casa allanada y que era el responsable de la droga incautada, de dicho contrato se obtuvieron los datos para ordenar la obtención de la tarjeta alfabética expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil y la copia de la Cedula, documentos que consideró suficientes la fiscalía para presentar como plena identificación e individualización del hoy condenado.

[13] 23EstipulacionesProbatorias.pdf - Folio 42 – carpeta Proceso Penal

A partir de allí se presentaron una serie de situaciones que debieron ser valoradas por el Juez de conocimiento previo a proferir la sentencia condenatoria.

En cuanto a la declaratoria de persona ausente, la Honorable Corte Constitucional ha considerado lo siguiente,

> *"…la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto* ***no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente <u>éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración,</u> a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado****, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia,* ***o declare la nulidad*** *de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio Público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso".* (Sentencia T-761/12) (Negrilla y Subrayado por la Sala)

Del trámite penal se observó, que por solicitud de la Fiscalía General de la Nación se ordenó la captura de Juan de Jesús Carreño Chaparro, seguidamente, en audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del 08 de agosto de 2013, la fiscalía presentó unos formatos y reportes de las investigaciones y búsqueda que realizó Policía Judicial para ubicar al investigado, etapa en la que **informó que se había encontrado una información de una entidad de salud (SURA EPS) en Bucaramanga**, que había solicitado que se investigara esa información pero que aún no había recibido respuesta.

A pesar de lo anterior, la fiscalía solicitó al Juzgado que se declarara al investigado como persona ausente, pues a su consideración, desde el allanamiento a la casa del lugar de los hechos, el investigado nunca apareció por allá y por ello consideraba que no iba a asistir al proceso, ante dicha solicitud se opuso el abogado defensor solicitando se esperaran los resultados de la investigación en la ciudad de Bucaramanga, a lo que el Juez accedió.

El 01 de octubre de 2013 se realizó la continuación de la audiencia de solicitud de imputación, en esa ocasión el fiscal presentó el informe de investigador de campo FPJ-11 donde se estableció:

DANDO CUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE CAPTURAR AL SEÑOR JUAN DE JESUS CARREÑO CHAPARRO, ORDEN DE CAPTURA NO-09042013,SOLICITADO POR EL DELITO DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES,ORIGINADA DE SU DESPACHO,SE REALIZARON, LAS SIGUENTES ACTIVIDADES, SE CONSULTARON LOS SIGUIENTES SISTEMAS DE INFORMACION QUE POSEE LA FISCALIA, EL SAC DEL NIVEL CENTRAL, CON RESULTADOS BASICOS COMO NOMBRE Y NUMERO DE CEDULA,EL SPOA DE LEY 906 NO REGISTRA NOTICIAS CRIMINALES RECIENTES, EL FOSYGA REGISTRA AFILIACION A SURA EPS, SE VERIFICO LA DIRECCION QUE SOPÓRTA CON RESULTADOS NEGATIVOS, INPEC, NO DETENCION, LA DIRECCION QUE SOPORTA LA ORDEN DE CAPTURA, QUE ES LA MISMA QUE ESTA EN LA REGISTRADURIA PLASMANDA NO SE ENCONTRARON EN BUCARAMANGA, NO SE LOGRO UBICAR, NI CAPTURAR , SE RINDE, EL PRESENTE INFORME PARA LO DE LEY.

Con dicho informe, consideró cumplida y suficiente la etapa de búsqueda del investigado, fue por lo que el Juez de garantías declaró como persona ausente al señor Juan de Jesús Carreño Chaparro, y **dispuso su emplazamiento** para posteriormente proceder con la solicitud formulación de acusación e imposición de medida.

Observó la Sala, que a pesar de que el Fiscal había informado que la persona que buscaban reportaba un registro de afiliación a SURA EPS en la ciudad de Bucaramanga, la Juez dispuso emplazar al investigado en un diario Local – La Opinión - y una emisora Local – La Voz de la Gran Colombia – con sede en Cúcuta, **no contempló la idea de que dicha persona pudiera residir en la ciudad de Bucaramanga como para ordenar un emplazamiento que cubriera esa zona del país**; de tal modo que así procedió a realizar la formulación de imputación e impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, disponiendo la remisión de la carpeta al Juez de Conocimiento aquí accionado.

El Juez 1º Penal del Circuito informó que el trámite se realizó normalmente, la audiencia de acusación el 16 de mayo de 2014 y el

procesado fue citado a la dirección informada en el escrito de acusación – "*manzana F1-20 Conj Residencial Quintas de Tamarindo*" (lugar en que fue decomisada la droga), que las citaciones eran devueltas por apostal 472 con causal de – NO RESIDE – y en el celular 3103405010 no se obtuvieron resultados de la ubicación del procesado.

Que, el 27 de enero de 2015 se inició juicio oral y culminó en audiencia del 27 de mayo de 2015 cuando las partes presentaron sus alegatos; que el 09 de junio de 2019 se realizó sentido del fallo y lectura de sentencia condenatoria la cual fue apelada por el defensor, pero posteriormente se declaró desierto el recurso.

Precisó el Juez de conocimiento en su repuesta lo siguiente[14]: "*Se debe destacar que, tal como lo establece el inciso final del propio artículo 344,* ***la declaración de persona ausente únicamente procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado****.",* situación que resulta irónica si se observa que el sentenciado se consideró como plenamente identificado a partir de un contrato de arrendamiento simple, con el que reposaba una copia de su cédula de ciudadanía, pues de allí fue que se sacaron los datos para solicitar la certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cosa que no fue valorada al proferirse la sentencia.

[14] 13.1Anexol – Respuesta Juzgado 1º Penal Circuito – Cuaderno Principal

Para la Sala es importante establecer que en el proceso penal allegado por el Juzgado de Conocimiento, **no existe prueba que demuestre que el ente acusador hubiera realizado alguna actividad posterior a la declaratoria de persona ausente, con miras a dar con su ubicación, tampoco se acreditó tal actividad en este trámite constitucional**, el Juzgado en atapa de conocimiento continuó citando al acusado a la dirección donde se ubicó la droga, pues la Fiscalía no informó otra diferente, a pesar de que ya había aceptado que después del allanamiento nadie volvió a esa casa.

La Sala debe precisar que, en lo estudiado del tema, no se demostró que la Fiscalía 1ª Seccional de Los Patios N.S., hubiera realizado la búsqueda suficiente para la declaratoria de persona ausente del investigado, máxime cuando se conoció que realizó su despliegue fue en la ciudad de Cúcuta, y lo poco que se realizó en la ciudad de Bucaramanga fue precisamente por solicitud del abogado defensor quien se opuso a que se le declara persona ausente al señor Juan de Jesús, hasta tanto no se recibiera el informe de esa ciudad.

Que, al recibir el informe de la ciudad de Bucaramanga y encontrar que efectivamente el investigado estaba afiliado a SURA EPS en esa ciudad, <u>debió iniciar una actividad investigativa mayor y exhaustiva para lograr su ubicación</u> en esa zona del país, pero ello no se hizo, o por lo menos no está acreditado en el proceso penal el cual se adjuntó a este trámite.

El hecho de que se hubiera declarado al sentenciado como persona ausente sin haber agotado en debida forma las instancias investigativas suficientes y sin haber realizado una búsqueda exhaustiva sobre el paradero del investigado en la ciudad de Bucaramanga, terminó por trasgredir sus derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa.

Recordemos que el abogado defensor Euclides García Meza, en su respuesta informó que la única prueba que solicitó en el proceso Penal fue el testimonio del procesado, en caso de que llegara a aparecer en el curso del juicio, cosa que no sucedió por las razones ya conocidas, es decir, la defensa no presentó prueba alguna en procura de un mejor resultado para su defendido, al punto que decidió no sustentar el recurso de apelación que había interpuesto contra la sentencia condenatoria, o sea que, el aquí agenciado, ante la declaratoria de persona ausente, no solo fue condenado sin poder defenderse en juicio sino que tampoco pudo hacer uso de los recurso de ley.

En la sentencia que profirió en Juez de conocimiento, indicó que la actuación se había surtido con pleno respeto a los derechos y garantías de las partes; pero no se observó que haya analizado el procedimiento, las pruebas ni los argumentos que se utilizaron para la declaratoria de persona ausente del sentenciado, <u>a pesar de que el defensor no presentó ninguna prueba en el Juicio</u>; <u>tampoco analizó el tema de identificación e individualización del proceso</u>,

sencilla mente lo dio por probado, pues este punto fue estipulado por la fiscalía y la defensa.

Agréguese a lo ya expuesto, que la Fiscal 1ª Seccional de Los Patios, que dicho sea de paso, no se trata de la misma persona que adelantó el proceso en contra del sentenciado, puso de presente unas posibles irregularidades probatorias al interior del proceso penal, situación que también debió ser valorada por el Juez de conocimiento al momento de proferirse la decisión final.

Como se pudo evidenciar, en el presente asunto se incurrió en un defecto procedimental, por vulneración al debido proceso y derecho de defensa; por una parte, ante la omisión del Juzgado fallador, de realizar un control constitucional y legal tendiente a verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle la declaratoria de persona ausente y si ello vulneraba el ejercicio del derecho a la defensa.

Por otra parte, la pasividad del ente acusador en el trámite posterior a la declaratoria de persona ausente, pues no existe evidencia que después de configurarse como persona ausente al señor Carreño Chaparro, hubiera realizado alguna otra diligencia en procura de hacerlo comparecer al proceso penal.

De modo que, la Sala concederá de manera **excepcional** el presente mecanismo para amparar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del accionante, con el único fin de

retrotraer la actuación hasta antes de la sentencia del 09 de junio de 2015.

Respecto a las demás pretensiones referentes a dejar sin efecto la orden de captura y ordenar la libertad del agenciado, la entrega de copias procesales y la libertad domiciliaria, el accionante deberá acudir de manera directamente ante el funcionario judicial competente para cada tema, con el fin de solicitar lo pretendido.

Con base en todo lo anterior, **frente a la inminencia de un perjuicio irremediable**, la Sala concederá **excepcionalmente** la presente solicitud de amparo constitucional en protección a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del agenciado JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO, para ordenar lo siguiente.

Se ordenará DEJAR SIN EFECTO la sentencia condenatoria de fecha 09 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios – N.S., hoy Juzgado 1º Penal del Circuito de Los Patios – N.S., para que el Juez estudie lo referente a la identificación plena, ubicación y declaratoria de persona ausente del señor JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO, verifique si encuentra circunstancias generadoras de una posible nulidad y en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS, proceda a tomar la determinación que en derecho corresponda.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA - SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: **CONCEDER** de manera excepcional, frente a la inminencia de un perjuicio irremediable, el amparo constitucional al debido proceso y defensa del señor **JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO,** quien se encuentra representado en este asunto a través de agente oficioso, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: SE ORDENA dejar sin efecto la sentencia condenatoria de fecha 09 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios – N.S., hoy Juzgado 1º Penal del Circuito de Los Patios – N.S., para que el Juez estudie lo referente a la identificación plena, ubicación y declaratoria de persona ausente del señor **JUAN DE JESÚS CARREÑO CHAPARRO**, verifique si encuentra circunstancias generadoras de una posible nulidad y en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS, proceda a tomar la determinación que en derecho corresponda.

Tercero: NO ACCEDER a las demás pretensiones propuestas por la parte accionante, conforme a lo expuesto en el presente fallo.

Cuarto: Notificar este fallo a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 5° del Decreto 306 de 1992.

Quinto: En el caso que el presente fallo no fuere impugnado, ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JUAN CARLOS CONDE SERRANO
Magistrado Ponente

CARLOS FERNANDO NIÑO GÓMEZ
Magistrado

EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado

OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaria Sala Penal