**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA**

Pereira, miércoles ocho (08) agosto de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 3:40

Aprobado por Acta No. 657

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 660012204000-2018-00144-00 |
| **Accionante:**  | Fernando Montoya Franco  |
| **Accionado:**  | Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira  |
| **Decisión:**  | Niega  |

**ASUNTO:**

Procede la Colegiatura a resolver lo que en derecho corresponda, con ocasión de la acción de tutela promovida por el abogado Javier Mauricio Gutiérrez Romero, quien actúa en calidad de apoderado judicial de **FERNANDO MONTOYA FRANCO**, en contra del **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

**ANTECEDENTES:**

Manifestó el accionante que el día 24 de mayo de 2010 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- formuló denuncia en contra del señor Fernando Montoya Franco, como supuesto autor de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, al ser el responsable de las declaraciones tributarias de la Agencia de Seguros denominada “Coase Ltda.”, investigación que fue radicada bajo el Nro. 66-001-60-00-036-2010-02875 y cuyo conocimiento le correspondió asumir a la Fiscalía 28 Seccional de Pereira.

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

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

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

El día 21 de septiembre de 2017 la Agente Herrera Pérez suscribió el informe Nro. 66-116766 dirigido a la Fiscalía que adelantaba el caso, en el cual consignó que el señor Fernando Montoya Franco residía en la Calle # 15- 8-51, apartamento 301 de Pereira, y que su correo electrónico era jorgefdo21@gmail.com. A pesar de ello, el 27 de septiembre de esa anualidad, después de que el ente acusador radicara el correspondiente escrito de acusación, en el que se dejó señalado erróneamente que el e-mail del procesado Montoya Franco era agenciacoase@gmail.com, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira remitió con destino al Centro de Servicios Judiciales del SPA, un oficio convocando a la respectiva audiencia de formulación de la acusación, y solicitándole entonces que hiciera efectivas las notificaciones del caso.

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

**PRETENSIONES:**

Con base en los hechos anteriormente relacionados, el letrado accionante solicitó que se tutele el derecho fundamental al debido proceso de su representado, en el componente del derecho a la defensa, y en consecuencia de ello, se declare la nulidad de las actuaciones adelantadas dentro del proceso penal referenciado atrás, inclusive desde la realización de la audiencia de formulación de imputación, ordenándole así a los Despachos accionados que procedan a efectuar en debida forma las notificaciones de cada una de las actuaciones procesales, para que así, el señor Montoya Franco pueda gozar de las garantías procesales de que trata el artículo 29 Superior.

**TRÁMITE PROCESAL:**

La presente acción de tutela se recibió en este Despacho el 24 de julio del año avante, y por medio de auto del día siguiente se avocó su conocimiento en contra del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías. Además, se ordenó la vinculación a todas las partes y sujetos intervinientes dentro del proceso penal demandado, así como al Centro de Servicios Judiciales del SPA. Finalmente, se ofició al Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías para que aclarara lo concerniente a la citación Nro. 8322 del 1º de junio de 2017 aludida por el accionante, con la cual fue citado el señor Montoya Franco a la celebración de una audiencia para el día 2 de agosto de esa misma calenda; también se ofició a la Agente del CTI Lina María Herrera Pérez, para que se pronunciara frente a los informes, reportes y demás diligencias realizadas a órdenes de la Fiscalía 28 Seccional de Pereira, relacionados con el señor Fernando.

**RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS:**

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE CONTROL DE GARANTÍAS:** en el apático escrito suscrito por el Secretario del Despacho,señaló que ese Juzgado no maneja las carpetas con las que se realizan las audiencias, sino que las mismas reposan en el Centro de Servicios Judiciales del SPA, donde se encargan de la elaboración de las citaciones y sus respectivas notificaciones, por lo que es allí donde se deben solicitar las actuaciones realizadas dentro del proceso en cuestión.

**AGENTE LINA MARÍA HERRERA PÉREZ, TÉCNICO INVESTIGADOR DEL CTI:** señaló que, toda vez que el expediente físico del proceso correspondiente a la Fiscalía 28 Seccional de Pereira se encontraba archivado, procedió a imprimir nuevamente desde su archivo digital, los 3 informes suscritos por ella como investigadora de campo, dentro del proceso adelantado en contra del señor Fernando Montoya Franco, los cuales adjuntó a su respuesta.

**CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO:** Refirió que una vez revisada la carpeta correspondiente al caso concreto, se constató que la primera solicitud de imputación fue recibida en el Centro de Servicios el 8 de abril de 2015, diligencia que fue reprogramada en varias oportunidades, hasta que el 16 de junio de 2016 la Fiscalía informó su deseo de retirar la solicitud de imputación, y en su lugar radicó una solicitud de preclusión, dado que al parecer de manera equivocada, la Dian había informado sobre el pago total de la deuda por parte del indiciado.

Así las cosas, al advertir el error, se pidió nuevamente la realización de la audiencia de imputación por parte de la Fiscalía 28 Seccional, diligencia que se le asignó al Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías, ante el cual se intentó la realización de la mencionada audiencia por lo menos en tres oportunidades, sin que fuera posible, en uno de los casos porque el indiciado no contaba con defensor, y en los restantes porque dicho indiciado no se hizo presente.

El día 4 de mayo de 2016 la Fiscalía pidió que se reprogramara la audiencia de formulación de imputación, preparándose dicha actuación para el 17 de mayo de 2016, pero ésta tampoco se llevó a cabo por inasistencia del indiciado. Ahora, aunque la actuación quedó diferida para el 14 de julio de 2016, y en esta el señor Fernando sí se hizo presente, la Fiscalía solicitó su aplazamiento.

La imputación se programó en 2 ocasiones más, siendo la última de ellas el 2 de agosto de 2017, trámite que inicialmente iba a ser celebrado ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías, y cuya comunicación fue remitida a la carrera 15 Nro. 22-41 apartamento 407 del barrio Centenario, y fue recibida por “José Pradilla” en la portería de esa residencia el 2 de junio de 2017. La audiencia fue finamente adelantada por parte del Juzgado Quinto Penal Municipal de Garantías, cambio que ocurrió por “necesidad del servicio” situación que permite disponer que sea otro juez de garantías quien realice la audiencia cuando el inicialmente designado se encuentra en compensatorio, atendiendo una audiencia de alta dificultad o bajo alguna otra situación en que se encuentre el titular, que imponga la celebración de la audiencia en otra oficina judicial.

Finalmente, señaló que el escrito de acusación fue recibido en esa Oficina el 25 de septiembre de 2017 y su conocimiento fue asignado por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira. Ahora, en el mencionado plexo acusatorio, la Fiscalía señaló entre los datos de ubicación del indiciado el correo electrónico agenciacoase@gmail.com, buzón al cual se remitieron las citaciones para las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, frente a las cuales se tiene trazabilidad, en el sentido de haber sido recibidas en el aludido e-mail.

**JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO:** refirió que ese Despacho, con ocasión del proceso radicado bajo el # 660016000036-2010-02875 tramitado en contra del señor Fernando Montoya Franco, en calidad de contumaz, por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, dictó sentencia condenatoria el 5 de abril del año que transcurre, fallo que fue impugnado por la defensa, pero que, al no haber sido sustentado, fue declarado desierto, por lo que quedó ejecutoriado el 23 de abril de este año.

En cuanto a los hechos materia de debate, explicó que si bien la audiencia atacada como irregular fue un acto público de competencia de otro Despacho judicial; en lo que a esa instancia se refiere, nunca se afectaron garantías fundamentales del señor Fernando Montoya Franco, pues siempre se le brindó la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

Así mismo, indicó la Togada que desde antes de la imputación, el procesado sabía que en su contra se tramitaba una indagación preliminar por el presunto delito de omisión de agente retenedor o recaudador, y en momento alguno se interesó por la suerte de la misma, como así lo dejan entrever los informes suscritos por la investigadora de la fiscalía, lo que le generó al Despacho la confianza suficiente para proseguir el juzgamiento con el procesado declarado en contumacia, por constancias que dejaban entrever en aquel una actitud de rebeldía.

Finalmente, advirtió que la DIAN también agotó un proceso administrativo al cual compareció el señor Montoya Franco y propuso una fórmula de acuerdo, es decir, tenía conocimiento de los hechos y ello se evidenció en el juicio oral.

**DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN- SECCIONAL PEREIRA:** básicamente expuso que carece de legitimación en la causa por pasiva respecto de los hechos demandados en esta acción; por lo tanto, señaló que se acogerá a lo que en esta oportunidad se decida.

**JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL DE GARANTÍAS:** indicó que la actuación de esa Judicatura se circunscribió a la celebración de la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 2 de agosto de 2017, en contra del señor Fernando Montoya Franco, diligencia que realizó a través de su defensora, puesto que el procesado había sido citado en varias oportunidades sin acudir, circunstancia de la cual se dejó la respectiva constancia en la audiencia. Así mismo, explicó que a ese Despacho le fue reasignada dicha audiencia, dado que el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías, al cual habría sido asignada inicialmente, no estaba laborando en esa fecha, sin embargo, puntualizó que el homólogo Juzgado de Garantías queda ubicado en el mismo piso, precisamente diagonal a la sala de audiencias en la cual se celebró la actuación, por lo que se pudo constatar que el procesado no asistió y de ello también se dejó constancia en el acta de audiencia.

**DR. HERNANDO TORRES PÉREZ, DEFENSOR DE FERNANDO MONTOYA FRANCO:** el letrado presentó un escrito mediante el cual le impartió aprobación a los dichos del aquí accionante, para el efecto, manifestó que el señor Fernando Montoya Franco es una persona ampliamente reconocida dentro de la sociedad pereirana, y que no es justificable que una noticia criminal radicada en la Fiscalía tarde más de 7 años para activarse, después de conocerse el arraigo del procesado, su lugar de residencia, sitio de trabajo y núcleo familiar.

Tampoco le parece concebible que para un momento procesal tan importante como era la formulación de imputación, no se le hubiera dejado claridad al procesado acerca de la autoridad judicial ante la cual debía presentarse.

De igual forma, aseguró que el informe suscrito por una investigadora no podía bastar para la posterior declaratoria de contumacia, porque no se hizo lo suficiente para ubicarlo, y lograr su comparecencia, de manera que no se trataba de su renuencia a comparecer, sino de que las autoridades encargadas de investigar y establecer su localización, nada hicieron para conseguir ese fin. Situación que empeoró con las actuaciones subsiguientes, en las que a pesar de contarse con el e mail del acusado, las notificaciones fueron surtidas en otro, lo que agudizó la vulneración de los derechos fundamentales del señor Fernando Montoya Franco.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**COMPETENCIA:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1983 de 2017.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

Se deberá establecer en el presente asunto, si el derecho fundamental al debido proceso del señor Fernando Montoya Franco ha sido vulnerado por parte de alguno de los Despachos judiciales accionados, al haber adelantado un proceso penal en su contra sin que él hubiera estado presente dentro del trámite, por no haberlo notificado en debida forma del mismo.

**SOLUCIÓN:**

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen[[1]](#footnote-1); consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

**Sobre la procedencia de la acción constitucional:**

Como quiera que lo pretendido por la parte accionante es atacar una serie de decisiones judiciales adoptadas al interior de un proceso penal adelantado en contra del señor Fernando Montoya Franco, cuyo resultado conocido a través de una sentencia condenatoria se pretende dejar sin efectos; debe empezarse por decir que, para efectos de discutir este tipo de asuntos en sede de tutela la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos de procedibilidad especiales, sin los cuales la tutela contra laudo judicial deviene en improcedente:

*“(…) todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia:**(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”*

*Con todo, y aun cuando la acción de tutela puede servir como mecanismo judicial excepcional para enderezar las actuaciones judiciales equivocadas, es necesario que las causales específicas de procedibilidad que se hubieren alegado en cada caso, se aprecien de manera que permita que la presunta juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento, sea fácilmente desvirtuable. Así, puede concluirse que no toda irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura una vía de hecho.”[[2]](#footnote-2)*

Por lo tanto, quien pretenda atacar una decisión judicial vía tutela, debe describir claramente los hechos que generaron la presunta violación de sus derechos fundamentales, tratando en la medida de lo posible, de identificar cuál de los defectos o causales especiales es la que configura la presunta “vía de hecho”.

Como en el presente asunto el accionante no identifica cuál de estas causales especiales es la que invoca para pedir la nulidad del proceso penal que se llevara contra de su prohijado, debe decir la Sala, que visto lo anterior y teniendo en cuenta lo expuesto en el libelo petitorio, el único defecto que se podría eventualmente alegar sería el procedimental, que tiene lugar cuando: *“el Juez actuó al margen del procedimiento establecido” [[3]](#footnote-3)*. Sobre éste ha dicho la Corte Constitucional:

*“4.1.1* ***Caracterización de la causal genérica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales alegada: defecto procedimental.***

*La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto procedimental de una sentencia judicial surge cuando el funcionario judicial encargado de adoptar determinada decisión, actúa contrario a los postulados procesales aplicables al caso concreto, desconociéndose de manera evidente los presupuestos legales establecidos, por la cual se deriva en una decisión arbitraria que desconoce derechos fundamentales.*

*Así, estaría viciado todo proceso en el que se omitan las etapas señaladas en la ley para el trámite y desarrollo del proceso y se afecten las garantías de los sujetos procesales, por ejemplo, cuando se omite la solicitud y práctica de pruebas* ***o la comunicación en la que se da inicio al proceso****, actos que permiten la participación de los sujetos procesales en ejercicio de su derecho de defensa [43]. Uno de los escenarios en que el juez puede incurrir en un defecto procedimental es en el desarrollo de la defensa técnica [44].*

*Los criterios que se deben tener en cuenta para establecer si existió un defecto procedimental son****: i) que en el transcurso del proceso no haya sido posible corregir la irregularidad procesal;*** *ii) que el desconocimiento procesal afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga repercusiones en la decisión de fondo; y* ***iii) se requiere que el error producido no sea imputable al afectado [45].”[[4]](#footnote-4)***

**Sobre el debido proceso:**

Establece el artículo 29 constitucional que el debido proceso se debe aplicar a todas las actuaciones tanto judiciales como administrativas que se lleven contra una persona, con el fin de garantizar la salvaguarda de sus derechos y que no se presente un abuso de funciones por parte de las autoridades; respecto de esta figura en el proceso penal ha dicho la Corte Constitucional:

*“Ahora bien, en materia penal, el respeto al debido proceso, tiene una mayor incidencia e importancia en el desarrollo del proceso judicial, particularmente por el compromiso de derechos como la libertad de locomoción, el de la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la legalidad de las actuaciones y la posibilidad de acceder a una administración de justicia y obtener de esta una pronta resolución a su situación dada. En este contexto, la sentencia T-039 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell señaló lo siguiente:*

*“El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados.*

*“Las aludidas garantías configuran, conforme al art. 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

*De esta manera, al desarrollar el derecho al debido proceso, buscó la Carta Política reforzar las garantías que conforman este concepto jurídico. Es por ello que a fin de controlar la capacidad punitiva del Estado la cual puede afectar la libertad personal, la presunción de inocencia y el buen nombre de las personas que se encuentren incriminadas en una actuación penal, dispuso que toda persona sindicada tiene derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado para su asesoramiento en las diferentes etapas del proceso, a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, a la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” [[5]](#footnote-5)*

Así, se evidencia una íntima relación del derecho al debido proceso con el derecho de defensa, entendiendo éste como el derecho que tiene toda persona dentro del ámbito de cualquier actuación judicial en su contra, a ser oída, a presentar sus propias razones, a contradecir, presentar pruebas, objetar las de la contra parte y presentar los recursos de ley contra las decisiones que se adopten. Esta garantía se hace aún más evidente en el procedimiento penal, donde la persona involucrada tiene que estar asistida en todo momento por un abogado, bien sea por uno elegido por él o por el que le sea designado por parte de la Defensoría Pública.

*“En el proceso penal, el ejercicio del derecho a la defensa se circunscribe a las facultades que la ley le reconoce a la parte acusada, las cuales se concretan básicamente en la posibilidad de pedir y aportar pruebas, de controvertir aquellas que han sido allegadas al proceso y de impugnar las decisiones adoptadas en el mismo. Desde ese punto de vista, la debida representación del sindicado dentro de la actuación conlleva el manejo adecuado y oportuno de los instrumentos y recursos procesales previamente estatuidos, lo cual impone la participación y actuación de un letrado, quien por su formación jurídica es considerada la persona idónea para asumir con pericia dicha actividad judicial.*

*En nuestro sistema procesal penal, la garantía sustancial del derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado por parte del sindicado (defensor de confianza), o bien mediante la asignación de un defensor de oficio nombrado por el Estado, de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas al derecho y a la justicia.”[[6]](#footnote-6)*

**Del caso concreto:**

En el presente asunto, se tiene que en contra del señor Fernando Montoya Franco se adelantó un proceso penal que tuvo como origen una denuncia instaurada por parte de la DIAN Seccional Risaralda, por incurrir en la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador. De conformidad con dicha actuación, su actual representante judicial ha puesto en conocimiento del Juez constitucional una supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso de su prohijado en el devenir de todo el proceso, por una razón básica, y es que en su sentir, el mismo fue adelantado descartando la presencia y participación del hoy condenado, al omitir el deber legal de surtir las notificaciones de cada una de las audiencias que en su contra se adelantaron.

Según expresó el libelista, el inicio de una cadena de errores empezó cuando en contra del señor Montoya Franco se formuló imputación en supuesta contumacia, pues así lo declaró el Juez en el trascurso de la audiencia celebrada el día 2 de agosto de 2017, por petición expresa de la Fiscalía; al respecto, ha sostenido enérgicamente el letrado que su mandante nunca se enteró de investigación que se le adelantaba, y por ende, no puede afirmarse que su ausencia se debió a una actitud de rebeldía, sino a una falta de notificación por parte de la Fiscalía y la Judicatura.

No obstante lo anterior, esta Colegiatura debe anticipar que no comparte los criterios esgrimidos por el accionante, toda vez que los mismos constituyen una perspectiva sesgada frente a la forma como en realidad ocurrieron los hechos, lo cual se puede colegir de la información que reposa en la carpeta del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, así como de lo consignado en los informes suscritos por la investigadora de campo adscrita a la Fiscalía y los registros de audiencia que fueron aportados a esta acción, tanto el de las audiencias preliminares surtidas ante el Juzgado Quinto Penal Municipal de Garantías, como en las posteriores de conocimiento celebradas ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira.

Así, por ejemplo, podemos decir en primer lugar que el señor Fernando Montoya Franco tenía pleno conocimiento de que en su contra se estaba adelantando una investigación, no sólo porque así se lo advirtió la DIAN en los requerimientos que le hiciera para que se pusiera al día en los pagos de retención en la fuente que le estaba adeudando a esa entidad, como fue consignado finalmente en la sentencia condenatoria, sino porque antes de la realización de la audiencia de formulación de imputación, la agente del CTI Lina María Herrera Pérez se acercó de forma personal a su lugar de residencia y le informó sobre la existencia de dicha indagación, visita que coincidió con la llegada, en ese mismo momento, de una comunicación escrita entregada en la portería de ese edificio dirigida al señor Fernando, y que según informó la Investigadora en su reporte, se trataba precisamente de la notificación que del acto procesal de imputación se le estaba haciendo por parte del Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías al señor Montoya Franco, con el fin de que compareciera a la misma el día 2 de agosto de 2017.

De igual manera, de suma relevancia resulta enfatizar que no era esa la primera vez que al procesado se le citaba para la realización de la audiencia, todo lo contrario, la carpeta del Centro de Servicios Judiciales da cuenta de que al entonces indiciado se le había instado en múltiples ocasiones para que se hiciera presente a la audiencia de la formulación de imputación, y que el mismo se había mostrado renuente a hacerlo, razón que finalmente incidió para que el Juzgado Quinto Penal Municipal de Garantías lo declarara en contumacia ese 2 de agosto. Mírese que mediante correos electrónicos dirigidos al e-mail jorgefdo21@gmail.com (señalado por el accionante en el libelo petitorio) fueron remitidas diversas citaciones –fracasadas- en ese sentido, así: 4 de junio de 2015, 7 de julio de 2015, 13 de agosto de 2015.

Con el mismo fin se remitieron a su domicilio, y fueron recibidas las comunicaciones fechadas así: 4 de junio de 2015; 13 de agosto de 2015; 26 de enero de 2016; 16 de marzo de 2016; 6 de julio de 2016, 14 de marzo de 2017; 1 de junio de 2017, todas recibidas por “Baldomero” o “José” “Pradilla” en la “portería”. De igual forma se le notificó telefónicamente citación del 6 de julio de 2016 (Oficio Nro. 32296).

Tan cierto es que el señor Fernando Montoya Franco estaba enterado de la investigación que se adelantaba en su contra que en dos de las oportunidades en que se le notificó de la realización de la audiencia de imputación, concretamente el 22 de julio de 2015 y 14 de julio de 2016 se hizo presente, no obstante la imposibilidad de darle tramite a las mismas: la primera porque él no contaba con defensor, la segunda porque la Fiscalía solicitó su aplazamiento. Sin embargo, tales particularidades sólo son relevantes en la medida que nos permiten establecer sin lugar a dudas que el señor Fernando Montoya Franco sí recibía las notificaciones en el lugar reportado como su domicilio y que fue su decisión mantenerse al margen del asunto.

Tampoco es de recibo para esta Sala la afirmación que hace el accionante en el sentido de que al procesado se le remitió una información carente de veracidad cuando se le citó para la audiencia de imputación ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías, misma que después fuera adelantada por parte del Juzgado Quinto de igual naturaleza y jerarquía, pues como consta en los registros de audiencia, en esa oportunidad se verificó que tampoco el actor compareció ante el homólogo Juzgado, lo cual se podía constatar porque quedaba diagonal y visible a esa Sala de audiencias, y porque además se contaba con el reporte de las numerosísimas veces que a pesar de la correcta citación, el señor Montoya Franco no se presentó a las audiencias.

Ahora, si hipotéticamente se hubiera podido pensar en la invalidez de dicha actuación procesal de imputación, tal circunstancia se habría podido sacar a relucir a tiempo, en el transcurso del proceso y ante la Juez de conocimiento, por ejemplo, durante la audiencia de formulación de acusación, cuando se brindó a las partes la oportunidad de hacer valer las respectivas precisiones respecto de alguna causal de nulidad frente al proceso, diligencia de la cual se hubiera podido enterar el accionante, si por lo menos con posterioridad se hubiera acercado a indagar sobre la suerte de su proceso, dado que evidentemente él contaba, entre otras cosas, con el número del radicado y con los datos de la Fiscalía que adelantaba la investigación, lo que no ocurrió por la incuria del ahora accionante, quien pese a saber de la existencia en su contra de un proceso penal, no hizo nada para apersonarse del mismo.

Por otra parte, si bien tenemos que extrañamente el letrado Hernando Torres Pérez, quien en esa oportunidad como abogado defensor del señor Fernando Montoya Franco manifestó que no había causal alguna de nulidad para invocar, hoy prácticamente coadyuva las pretensiones de la parte accionante, lo cierto del caso es que no puede dársele aprobación a sus afirmaciones, pues además de no haber controvertido las decisiones tomadas en esa instancia para desvirtuar el supuesto mal trámite que en su transcurso se le había dado a ese proceso, no se entiende entonces por qué razón, si es que el señor Fernando era tan reconocido socialmente en la ciudad de Pereira, y si eran tan claros sus datos de arraigo, domicilio y e-mail, no logró él como representante de sus intereses, contactarlo ni una vez durante el transcurso del proceso, circunstancia de la cual dejó siempre la respectiva constancia en el inicio de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral.

De lo dicho hasta ahora, queda claro que el señor Fernando Montoya Franco conocía que estaba vinculado a un proceso penal, por lo tanto, nada le impedía entonces como indiciado ilustrarse mejor del asunto a través de su abogado, o acudiendo al juzgado o a la fiscalía, pues debe recordarse que el modelo acusatorio es un sistema de partes, y que es trascendental la participación activa del imputado, quien a partir de la formulación de cargos, que en este caso se adelantó en contumacia, deja de ser un sujeto pasivo del proceso, así lo precisó esa Corporación en la Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández:

*“el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.*

*(…)*

*“La defensa, por su parte, estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado, o en su defecto, por aquel que le asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, cuya labor consistirá, entre otras, en asistir personalmente al imputado desde su captura, controvertir las pruebas, interponer los recursos de ley, interrogar y contrainterrogar testigos y peritos en audiencia pública. De igual forma, el imputado tiene derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”*

De acuerdo a lo anterior, se itera, es evidente que el procesado tenía pleno conocimiento de que en su contra se estaba adelantando una investigación penal, circunstancia que llevaría a presumir su interés por mantenerse al tanto de las actuaciones que se desplegaran en esta, pero ello no ocurrió, sino que al contrario se desentendió del asunto, pues ni siquiera existe una constancia de que en momento alguno hubiera acudido o llamado al Juzgado que hoy acciona, o a la Fiscalía que adelantaba la investigación a preguntar por el estado de su asunto, por el contrario, tanta era su falta de interés, que ni siquiera su representante judicial pudo lograr ponerse en contacto con él.

Así las cosas, es factible concluir que al señor Montoya Franco no se le violó el derecho al debido proceso como erradamente su apoderado (en este asunto) lo considera, ello por cuanto a pesar de su ausencia, todo el tiempo contó un defensor público que se encargó de ejercer su defensa desde las audiencias preliminares hasta la culminación del proceso, tal como consta en todas las actas de audiencia allegadas a esta acción constitucional, y es evidente también que si hubiera asumido el comportamiento de una persona responsable, se habría enterado de alguna forma de lo que estaba ocurriendo, por lo menos antes de que el trámite culminara con la decisión de condenarlo, razón que lleva a pensar en que su descuido le envuelve una especie de culpa por los resultados que hoy alega por vía de la acción de tutela, cuyo propósito no es otro diferente que el de tratar de revivir etapas procesales de las que no fue parte por su desidia frente al proceso penal que se seguía en su contra, o retomando la actuación para que se desate un recurso que en su oportunidad no fue interpuesto, y de esa manera lograr un nuevo estudio y análisis de su caso.

De este modo, surge con claridad que el accionante no puede en este punto endilgarle responsabilidades a la administración de justicia por sus descuidos y a solicitar que por una vía tan excepcional como lo es la tutela se declare la nulidad de todo lo actuado dentro de un proceso penal que se desarrolló acorde a las normas penales y constitucionales.

En conclusión, en el presente caso no se dan los elementos suficientes para determinar la existencia de una “vía de hecho” dado que no se avizora vulneración alguna a derechos fundamentales del accionante, por tanto se negará el amparo constitucional solicitado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NO TUTELAR** los derechos fundamentales invocados por el apoderado judicial del señor **FERNANDO MONTOYA FRANCO**; ello de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Se ordena notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.Encaso de no ser objeto de recursose ordena remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-117 de 2013 [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2012, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia T-1123 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia T-068 de 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-6)