

DESCRIPTOR: Contumacia

RESTRICTOR Requisitos de validez



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 093

(Sesión del 27 de julio de 2017)

Radicado: 05-360-60-99057-2015-00979
Procesado: Felipe Cano Mejía y otros
Delito : Hurto calificado agravado y otros
Asunto: Defensa recurre decisión que negó nulidad de la declaratoria de contumacia
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez calle

Medellín, 2 de agosto de 2017

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve la apelación que presentó el defensor de Felipe Cano Mejía, contra la decisión del 2 de junio pasado por la cual la Jueza Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, negó la nulidad de la actuación –declaratoria de contumacia- en la causa penal que se adelanta contra éste y otros.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. Solicitud de nulidad.

El 2 de junio pasado, cuando la jueza de conocimiento corrió el traslado de que trata el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal¹, el defensor de

¹ Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de

Felipe Cano Mejía solicitó anular toda la actuación desde que éste fue declarado contumaz.

Para el efecto argumentó que como el procesado reside en Australia, solicitó a la autoridad judicial los medios para que pudiera comparecer. Pero no existe notificación oficial ni gestión que permitiera la participación en la audiencia mediante medios virtuales.

La norma procesal indica que para declarar contumaz al indiciado es necesario una prueba sumaria que demuestre su rebeldía o apatía frente a la causa.

Su mandatario quiere asistir a las diligencias pero no se le ha brindado la oportunidad. La Rama Judicial tiene los medios para adelantar audiencias virtuales. Por lo que sería conveniente valerse de esa tecnología. Máxime cuando en la audiencia de formulación de imputación el justiciable puede aceptar los cargos lo que representa la mayor rebaja de pena.

Existen supuestos fácticos para considerar que hay nulidad por violación al debido proceso por lo que se debe dejar sin efecto la imputación. Si se repara bien la carpeta se podrá constatar que no existe notificación personal de la actuación.

El procesado "*quiere comparecer pero también quiere que la justicia colombiana le dé la oportunidad*", anotó.

2.2. Traslado a la fiscal delegada.

Rechaza la petición del abogado pues el procesado sí fue citado por la Fiscalía General de la Nación, de hecho se presentó a la audiencia de conciliación que promovió la entidad. Es decir la persona tiene pleno

acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

conocimiento de la investigación y no puede decir ahora que tiene intención de aceptar los cargos.

De otra parte, la nulidad la debió plantear el imputado por intermedio de su abogada en el preciso momento en que fue declarado contumaz.

Ahora, la declaratoria de contumaz obedeció a que el ciudadano no compareció a pesar de la citación en los términos del Código de Procedimiento Penal. Y si optó por salir del país, esa circunstancia no le impone a la Fiscalía la carga de ubicarlo como a él le convenga. Si cambió de domicilio o dirección le asistía la carga de informar esa novedad a la entidad. Si omitió actualizar sus datos de ubicación no puede sacar provecho de su ignominia.

Respetuosamente se le pide al juez de la causa negar la postulación del defensor en tanto a la fiscalía no se le puede imponer la carga de buscar y/o ubicar a una persona por el mundo entero cuando decididamente ha dado la espalda a su causa penal.

2.3. Traslado a la apoderada de la víctima.

La apoderada de las víctimas prohió la petición de la Fiscal y anotó que los procesados registran antecedentes penales

2.4. De la decisión.

Al resolver la petición, la *a quo* anotó que un mes antes de que se llevara a efecto la diligencia en la que se declaró contumaz el ciudadano Felipe Cano Mejía otorgó poder a dos profesionales del derecho para que representen sus intereses en la causa penal. Es decir, él sabe que el proceso existe.

Si la audiencia de imputación no se pudo efectuar no fue por causa diferente a la decisión del ciudadano de radicarse por fuera del país.

No hay violación de derechos o garantías fundamentales del indiciado.

Además, como en la carpeta se observa un correo electrónico y el número de un teléfono celular, se propone citarlo valiéndose de estos medios de comunicación o por los datos que poseen los defensores.

Ahora, si el imputado quiere aceptar los cargos como resalta el defensor, aún tiene la posibilidad de obtener una rebaja entre el 50% y la 1/3 parte porque no se ha iniciado la audiencia preparatoria, es decir, ningún agravio representa la declaración de contumacia.

2.5. Del recurso.

El abogado persistió en la declaración de nulidad porque a su poderdante no le notificaron oportunamente de la realización de la audiencia de formulación de imputación.

2.6. Traslado del recurso.

Tanto la delegada de la Fiscalía General de la Nación como la apoderada de la víctima solicitaron a la Sala confirmar la decisión del *a quo*, resaltando que la petición no es más que una maniobra dilatoria de la defensa.

II CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

2. Problema jurídico.

² Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

La Sala establecerá si hubo irregularidades en la declaración de contumacia del indiciado.

3. Valoración y respuesta al problema jurídico.

En el sistema de enjuiciamiento oral que prevé la Ley 906 de 2004, la garantía del debido proceso inserto en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, tiene dos vertientes: *i)* el debido proceso estructural; y *ii)* el debido proceso probatorio.

En virtud del primero, la actuación procesal penal debe ser sucesiva y escalonada, pues cada audiencia es requisito *sine qua non* de otra. Así, por ejemplo, la imputación precede la acusación, ésta a la preparatoria y la preparatoria preexiste al juicio oral³. Igual acontece en sede de garantías, donde la legalización de captura antecede la imputación y la imputación a la medida de aseguramiento.

Ahora, por las implicaciones que tiene en los derechos y garantías del justiciable, el desconocimiento del debido proceso estructural es una falta que no tiene otra salida que la nulidad de la actuación a partir de la ejecución del acto espurio o de la omisión de la forma que impone la ley. El inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991 prevé: “(...) *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 formas propias de cada juicio.* (Negrillas fuera de texto). Por su parte, artículo 457 de la Ley 906 de 2004, dispone: “(...) *Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.*”

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que cada audiencia en particular, al igual que el proceso penal en general, está segmentada, la validez y eficacia de las decisiones que en ellas se adopten depende del cumplimiento de la requisitos que para el efecto impone la ley.

³ Se exceptúa la terminación anticipada de la causa con ocasión al allanamiento o preacuerdo y la aplicación del principio de oportunidad.

En relación con la declaración de contumacia del indiciado, circunstancia que permite de manera excepcional la formulación de imputación sin la presencia de éste, es imprescindible que el juez verifique previamente la desidia del sujeto frente a la causa.

En el sub examine, según aclaró el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías en audiencias del 19 de octubre de 2016, es evidente que el imputado Felipe Cano Mejía, no solo conocía el proceso penal en general sino que también estaba enterado de la programación de audiencia de formulación de imputación para esa ocasión.

No basta con decir que el indiciado quiere colaborar y participar virtualmente de la audiencia de imputación, para que la Fiscalía o el juez tengan que suspender el curso normal del proceso hasta ubicarlo al rededor del mundo. Si la intención del agente es aceptar los cargos como resaltan sus defensores, debió presentarse a la audiencia de imputación y manifestarlo pues con ello no solo logra un beneficio en cuanto a la rebaja de pena sino que también queda dispuesto a cumplir la sanción que se le imponga. Por lo demás, todavía tiene la oportunidad procesal de allanarse o celebrar preacuerdos y reparar a la víctima si ello es lo que tanto le preocupa.

Ahora, que no hubiera agotado la diligencia de imputación utilizando los medios tecnológicos con los que cuenta la administración de justicia, no es un hecho atribuible a la Fiscalía General de la Nación o al juez de garantías, sino a la defensa y al ciudadano mismo, pues omitieron hacer una petición formal en este sentido, suministrando los datos claros y precisos de ubicación del indiciado. Amén de que para el 19 de octubre del año inmediatamente anterior ya no estaba en Australia donde inicialmente se sabía que estaba residiendo sino que estaba en otro país. Y ello es un hecho notorio de su rebeldía ante el proceso.

En el asunto se cumplieron las exigencias legales para declarar contumaz al ciudadano Felipe Cano Mejía, pues cuando la norma refiere la citación del indiciado en los términos del Código de Procedimiento Penal⁴, no está fijando

⁴ Artículo 291. Contumacia. Si el indiciado, **habiendo sido citado en los términos** ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si

un rito en particular y mucho menos una fórmula sacramental. El objeto de la norma es de naturaleza material y apunta a que el indiciado sea enterado de una u otra forma de la diligencia, para que se presente y ejerza sus derechos. Como efectivamente ocurrió al otorgar poder a dos profesionales del derecho para la defensa de sus intereses.

Finalmente y adicional a lo anterior, no se puede omitir que la orden por la cual el juez con funciones de control de garantías decidió declarar contumaz al indiciado, es susceptible del recurso de reposición. Empero, en esa ocasión la defensa contractual del agente no manifestó reparo, por lo que no puede ahora beneficiarse de su omisión.

Uno de los principios que informan la declaración de nulidad en el sistema de enjuiciamiento oral que prevé la Ley 906 de 2004, es el de protección, según el cual *“(...) nadie será oído si alega su propia torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) nadie puede válidamente alegar contra sus propios actos (adversus factum quis venire potest) no puede invocar la nulidad quien coadyuvó a la irregularidad, salvo ausencia de defensa técnica en materia penal⁵”*

Le corresponde a la defensa, que aunque integrada por dos profesionales del derecho, materialmente es una, atacar la decisión del juez para plantear válidamente una postulación de nulidad.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR** de **MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión del 2 de junio pasado por la cual la Jueza Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, negó la nulidad de la actuación que deprecó la defensa de uno de los coprocesados.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

este último tampoco concurriera 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. (negrillas fuera de texto)

⁵ Nelson Saray Botero. Procedimiento Penal Acusatorio. Pág. 555. Ed. Leyer Bogotá 2017.

Radicado: 05-360-60-99057-2015-00979
Procesado: Felipe Cano Mejía y otros
Delito : Hurto calificado agravado y otros

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado