

Sentencia T-612/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

Caso en que Juzgado Penal vulneró el derecho al debido proceso de soldado profesional por haber proferido una sentencia condenatoria en la que no se notificó al procesado y no indagó sobre su condición de adicto

Se trata de un soldado profesional con formación educativa mínima, que vivió varios años inmerso en una relación de especial sujeción estatal como miembro de un cuerpo castrense altamente jerarquizado y basado en un espíritu de cuerpo que le hizo confiar en los consejos de sus superiores, nunca se ocultó de la justicia ni quiso evadir las órdenes judiciales y alegó ser adicto a sustancias psicoactivas.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ- Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

Existen situaciones en las cuales el juez constitucional debe establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la violación y el reclamo presentado. Dentro de estas situaciones se encuentra, entre otras, que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo, y que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable no resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto fáctico se configura cuando: (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o (iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia constitucional ha caracterizado el defecto procedimental como aquel que se configura cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial por no aplicar la norma

procesal acorde con el procedimiento de que se trate, o cuando excede la aplicación de formalidades procesales y hace nugatorio un derecho.

MILITARES-Individuos en situación de especial sujeción

DEBER DE COLABORACION CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Características

DEBIDO PROCESO-Vulneración por ausencia de notificación y defensa técnica en proceso penal

En el marco del proceso penal puede configurarse una violación del derecho al debido proceso derivada de la falta de comparecencia de un procesado que no está en ausencia a pesar de que las decisiones emitidas en el trámite no incurran, por sí solas, en alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Procedencia por vulneración del debido proceso penal, por ausencia de notificación y falta de defensa técnica de militar condenado por delito de porte de estupefacientes

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Orden a Defensoría del Pueblo ofrecer apoyo inmediato y cualificado al accionante para su defensa penal en el trámite que habrá de adelantarse por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Referencia: Expediente T-5.586.066

Acción de tutela presentada por Bovin Rotsen Sánchez Baquero contra el Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia.

Procedencia: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Los defectos procedimental y fáctico como requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Las sentencias como causas indirectas de una violación de derechos fundamentales en la que concurren diferentes autoridades del Estado. Los deberes de las autoridades estatales para asegurar el buen curso de los procesos penales.

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez (E) y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de mayo de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 15 de marzo de la misma anualidad, por la Sala Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, por medio de la cual se declaró improcedente el amparo constitucional solicitado por Bovin Rotsen Sánchez Baquero.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. El 30 de junio de 2016, la Sala Número Seis de Selección de Tutelas de esta Corporación, escogió el presente caso para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 1º de marzo de 2016¹, el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero, presentó acción de tutela en contra del Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia, por considerar que éste vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al condenarlo a una pena de prisión de 64 meses y a una multa de 2 salarios mínimos legales vigentes, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin que se tuviera en cuenta que el actor nunca fue debidamente notificado para ejercer su derecho de defensa y que no se practicaron las pruebas necesarias para determinar su condición de adicto.

A. Hechos y pretensiones

1. El señor Sánchez manifiesta que ha sido parte de las fuerzas militares desde el año 2008, cuando prestó su servicio militar, hasta convertirse en soldado profesional. Durante ese tiempo ha combatido en la selva bajo las condiciones características del lugar y de la guerra. Afirma que las presiones propias de ese trabajo lo llevaron a consumir marihuana y, antes de ser enviado a una de sus comisiones, se aprovisionó con 221 gramos, debido a que estaría en la selva durante 6 meses y no podría adquirir sus dosis de consumo regularmente².

¹ Acta individual de reparto, folio 1 y escrito de tutela, folios 2-34, cuaderno primera instancia.

² Escrito de tutela, folios 2-34, cuaderno primera instancia.

2. El demandante indica que fue sorprendido con el estupefaciente el 9 de febrero de 2010, por lo que se le inició una causa penal por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Esta culminó con sentencia condenatoria proferida por el juzgado demandado el 2 de febrero de 2015, por medio de la cual se le impuso al accionante una pena de de prisión de 64 meses y una multa de 2 salarios mínimos legales vigentes³.

3. El actor afirma que nunca pudo quedarse en la ciudad para estar atento a su proceso, aportar o controvertir pruebas, ni para preparar la estrategia de defensa con su abogado, pues fue remitido a la selva por sus superiores⁴. El señor Sánchez argumenta que su ausencia durante el proceso explica que el juzgado demandado no haya valorado el hecho de que él es un adicto y que la cantidad de marihuana que portaba la necesitaba para su consumo personal por los meses que estaría internado en la selva y no para traficarla.

4. Con fundamento en lo anterior, el peticionario indica que la autoridad acusada omitió abordar su caso de manera integral, de tal forma que se tuviera en cuenta su condición de salud y la eventual procedencia de un programa de rehabilitación. En su opinión, la falta de análisis de sus condiciones subjetivas fueron las que llevaron a una sentencia desfavorable, ya que no se consideró su condición de adicto, no se valoró la complejidad de su trabajo y la carga que implica para los soldados, por lo que el juez nunca entendió que el peticionario no pretendía comercializar la droga, sólo consumirla⁵.

5. Asimismo, el señor Sánchez estima que el Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia vulneró su derecho al debido proceso (art. 29 Superior), no sólo por la condena impuesta, sino por las notificaciones indebidas a lo largo del mismo, pues sólo fue llamado por celular el día 6 de noviembre de 2014 para citarlo a la audiencia de juicio sin que se tuviera en cuenta que en la selva, donde se encontraba, no es fácil la comunicación telefónica⁶.

6. Por otra parte, el demandante alega que contrajo paludismo y leishmaniasis durante su vida como soldado⁷ y en la actualidad no recibe tratamiento. También invoca la violación del derecho a la igualdad, pues otro interno fue condenado por el mismo delito, pero con una pena menor y ya tiene derecho a libertad condicional⁸.

Con base en estos hechos, solicita que se tutele su derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia pide al juez de tutela que se declare la

³ Escrito de tutela, folios 2-34, cuaderno primera instancia, copia del Acta de audiencia de juicio oral público y concentrado, sentido del fallo y sentencia proferida el 2 de febrero de 2015, folios 19-21, CD con el audio de la audiencia de juicio oral, folio 55A, cuaderno primera instancia.

⁴ Escrito de tutela, folios 2-34, cuaderno primera instancia.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

⁷ Copia del escrito que certifica el consentimiento informado para realizar el tratamiento de leishmaniasis en el Centro de Recuperación de Leishmaniasis de Bonza del Ejército Nacional, expedido el 22 de mayo de 2012, folios 22 y 24, historia clínica del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero, folios 25-34, cuaderno primera instancia.

⁸ Escrito de tutela, folios 2-34, cuaderno primera instancia.

nulidad del fallo proferido 2 de febrero de 2015 y se ordene su libertad inmediata⁹.

B. Actuaciones en sede de tutela

Mediante auto del 3 de marzo de 2016¹⁰, la Sala Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, avocó el conocimiento de la acción de tutela. En consecuencia el juez de instancia ordenó notificar al Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia para que ejerciera su derecho a la contradicción y se pronunciara sobre los hechos objeto de la acción de tutela.

Adicionalmente, solicitó al Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París, de la ciudad de Florencia enviar a dicho Tribunal las constancias sobre la conducta laboral del accionante y al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías, Meta una copia de la sentencia condenatoria proferida en contra del peticionario.

Los accionados e intervinientes contestaron en los siguientes términos:

Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías, Meta

Mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2016¹¹, el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías, Meta remitió al juez de tutela una copia del acta de la audiencia de juicio oral público y concentrado, el sentido del fallo y la sentencia condenatoria en contra del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero.

Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia

Por medio de escrito presentado el 8 de marzo de 2016¹², el juzgado demandado también remitió una copia de las actas de la audiencia de juicio oral seguido en contra del accionante, una copia del audio de la referida diligencia y las citaciones realizadas al procesado y a su defensor.

Adicionalmente, envió una copia del escrito presentado por el defensor público del accionante al juzgado demandado el 9 de febrero de 2015, en el que desistió del recurso de apelación “*por carencia de objetividad*”¹³.

C. Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Auto admisorio de la acción de tutela, 3 de marzo de 2016, folios 35-37, cuaderno primera instancia.

¹¹ Folios 43-46, cuaderno primera instancia.

¹² Folios 47-54, cuaderno primera instancia.

¹³ Folio 53, cuaderno primera instancia.

Mediante fallo proferido el 15 de marzo de 2016¹⁴, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, negó el amparo constitucional solicitado por Bovin Rotsen Sánchez Baquero. En particular, el juez de tutela resaltó el carácter excepcional de la acción contra providencias judiciales y señaló que en el caso objeto de estudio, no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en la medida en que el abogado de la defensa desistió del recurso de apelación y como consecuencia también renunció al recurso de casación que se hubiera podido presentar en el momento procesal correspondiente. Además cuenta con la acción de revisión.

Adicionalmente, el juez de primera instancia consideró que el amparo solicitado tampoco acredita el requisito de inmediatez, en efecto, pasó más de un año entre el desistimiento del recurso de apelación y la presentación de la acción de tutela¹⁵. Asimismo, el Tribunal afirmó que el accionante no identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, el *a quo* concluyó que el presente caso no cumple con los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por lo que declaró improcedente el amparo solicitado.

Impugnación

El 5 de abril de 2016¹⁶, el accionante impugnó la decisión del juez de primera instancia. En su impugnación el actor manifestó que sólo interpone el recurso de alzada en contra de la referida sentencia, pero que no puede exponer fundamentos de hecho y de derecho en contra de la misma, debido a que sólo se le comunicó la decisión pero no se le entregó una copia de la providencia.

Fallo de segunda instancia

Por medio de sentencia proferida el 17 de mayo de 2016¹⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo del juez de primera instancia.

El *ad quem* reiteró que la acción de tutela objeto de estudio no cumple con el requisito de subsidiariedad, en la medida en que los argumentos presentados por el accionante en sede constitucional se debieron presentar durante el proceso ordinario. Adicionalmente, afirmó que el actor tiene pendiente por agotar la acción de revisión.

Finalmente, el juez de segunda instancia reafirmó que el amparo solicitado no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la tutela se presentó un año después de que el defensor desistiera del recurso de apelación. En

¹⁴ Folios 57-69, cuaderno primera instancia.

¹⁵ En efecto, de la revisión del expediente se encuentra que el abogado defensor desistió del recurso de apelación el 9 de febrero de 2015 (folio 53) y la acción de tutela se presentó el 1º de marzo de 2016 (folio 1 cuaderno de primera instancia).

¹⁶ Folios 74-79, cuaderno primera instancia.

¹⁷ Folios 5-13, cuaderno segunda instancia.

consecuencia, confirmó la decisión del *a quo* mediante la cual declaró improcedente el amparo solicitado.

D. Actuaciones en sede de revisión

Auto de pruebas del 17 de agosto de 2016

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto del 17 de agosto de 2016¹⁸, la Magistrada Sustanciadora ordenó vincular a la presente acción de tutela al Ejército Nacional, a la Sexta División del Ejército, al Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, con el fin de que expresaran lo que estimaran conveniente sobre los hechos que sustentan la solicitud de amparo.

Adicionalmente, se ofició al señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero para que informara: (i) las fechas y la forma en las que fue notificado de las diferentes diligencias dentro del proceso seguido en su contra por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; (ii) las veces que compareció al despacho de la Juez 2ª Penal de Circuito de Florencia y con qué propósito lo hizo; (iii) los abogados que asumieron su defensa en el proceso; (iv) el momento y las circunstancias en las que conoció la sentencia condenatoria; (v) las razones por la que no interpuso recursos contra dicha providencia; (vi) la fecha en la que empezó a cumplir su pena; (vii) los lugares y fechas en los que prestó sus servicios a las fuerzas militares y los períodos en los que permaneció en cabeceras municipales o en zonas rurales o selváticas; (viii) si solicitó permisos a sus superiores para atender el proceso penal seguido en su contra; (ix) si sus asignaciones o funciones militares cambiaron cuando inició el proceso penal; (x) hace cuánto tiempo consume sustancias psicoactivas y (xi) desde hace cuánto tiempo se considera adicto.

En el mismo auto ofició al Juzgado 2º Penal de Circuito de Florencia para que remitiera copia de todas las actuaciones del proceso con número de radicación 180016000553201000162, seguido contra Bovin Rotsen Sánchez Baquero e informara a esta Corporación: (i) la fecha y la forma en que fue notificado el accionante de las diferentes diligencias y de la sentencia dentro del proceso citado; (ii) las veces que compareció el señor Sánchez a tal despacho y en qué circunstancias lo hizo; y (iii) si hubo ocasiones en las que el actor no compareció, y si conoció las causas de su ausencia.

Asimismo, se ofició a la Dirección Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo para que remitiera a esta Corporación: (i) una copia del contrato de Eduardo Quintero Falla como defensor público y sus últimos datos de contacto, con el fin de vincularlo a este trámite; (ii) la copia del reporte de gestión, que reposa en sus sistemas de información institucionales, en relación con el proceso seguido contra Bovin Rotsen Sánchez Baquero por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cuya defensa

¹⁸ Folios 17-20, cuaderno Corte Constitucional.

estuvo a cargo del defensor público Eduardo Quintero Falla; y (iii) la misión o misiones de trabajo dirigidas al Grupo de Investigación Criminal de la Defensoría para ubicar al procesado y determinar su condición de consumidor de estupefacientes.

Igualmente, se ordenó oficiar al defensor público Eduardo Quintero Falla para que remitiera un informe detallado del trámite del caso en el que señalara su estrategia de defensa, las actuaciones desplegadas para conseguir los elementos materiales probatorios necesarios, los resultados de su estrategia y gestiones. Además, se le solicitó que informara a este Tribunal: (i) las veces que se entrevistó con el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero y si esos encuentros fueron suficientes para desplegar una defensa técnica; (ii) sus gestiones para ubicar al procesado y para determinar su condición como consumidor de estupefacientes; y (iii) las razones por las que no apeló la condena ni interpuso ningún otro recurso.

En el mismo auto, se ofició al Comandante de la Sexta División del Ejército Nacional para que informara: (i) el periodo durante el cual el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero ha estado vinculado al ejército y la fecha y razón de su desvinculación, si aplicaba (ii) los cargos y funciones ocupadas por el actor; (iii) los lugares y fechas en los que el peticionario prestó sus servicios y en particular, si se ubicaba en cabeceras municipales o en zonas rurales o selváticas; (iv) quiénes eran los superiores del señor Sánchez que podían darle permiso de salida de las instalaciones militares; (v) si la División conocía que el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero tenía un proceso penal en curso y en caso afirmativo, si ese hecho cambió las asignaciones o funciones del accionante; y (vi) si existe un registro de solicitudes verbales o escritas de parte del señor Sánchez ante cualquiera de sus superiores para atender sus asuntos personales o el proceso penal en su contra.

Asimismo, se ordenó oficiar al INPEC para que indicara a la Corte Constitucional: (i) la fecha en la que ingresó el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero a la cárcel y los establecimientos en los que ha estado; (ii) la institución penitenciaria en la que se encuentra el demandante en la actualidad; y (iii) la atención médica recibida por el demandante en los últimos 6 meses, en particular con respecto al paludismo y leishmaniasis.

Finalmente, se ofició al director de la Colonia Agrícola de Mínima Seguridad de Acacías-Meta, para que informara la fecha en la que ingresó el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero a dicho establecimiento y la atención médica recibida por él, relacionada con sus padecimientos de paludismo y leishmaniasis.

Respuesta del Departamento Jurídico Integral de la Dirección de Negocios Generales del Ejército Nacional–Comando General de las Fuerzas Militares

Por medio de escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 25 de agosto de 2016¹⁹, el Departamento Jurídico Integral de la Dirección de Negocios Generales del Ejército Nacional-Comando General de las Fuerzas Militares, manifestó que remitió la solicitud de la Corte Constitucional a la Sexta División del Ejército Nacional para que respondiera lo correspondiente.

Adicionalmente, solicitó no tener como sujeto activo de la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor al Comandante del Ejército Nacional y como consecuencia pidió su desvinculación en el presente proceso.

Respuesta de la Oficina Jurídica de la Defensoría del Pueblo

Por medio de escrito presentado el 29 de agosto de 2016²⁰, la Oficina Jurídica de la Defensoría del Pueblo señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 24 de 1992, la vinculación de los defensores públicos se debe hacer a través de contratos de prestación de servicios, por lo que no existe ninguna relación de responsabilidad entre las acciones de los defensores públicos y las obligaciones de la defensoría de orientar el ejercicio y defensa de los derechos fundamentales.

Particularmente, sobre las preguntas formuladas por la Sala de Revisión que indagan circunstancias de modo, tiempo y lugar de este caso, la entidad vinculada indicó que éstas sólo podrían ser resueltas por el abogado Eduardo Quintero Falla, quien ejercía las labores de Defensor Público de la Regional Caquetá para la época en la que ocurrieron los hechos. Sin embargo, el señor Quintero falleció el 5 de mayo de 2016²¹.

Por otra parte la Defensoría indicó que, de conformidad con lo establecido en el informe presentado por el defensor Eduardo Quintero Falla, éste asumió el caso del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero en calidad de defensor público en la audiencia de legalización de captura y formulación de imputación. El imputado no aceptó los cargos y fue dejado en libertad. Señaló que el defensor asistió a todas las audiencias del proceso y siempre dejó constancia de su imposibilidad de ubicar al procesado. Con todo, el Defensor del Pueblo Regional Caquetá, en oficio que apoyó esta respuesta indicó que *“la estrategia jurídica no fue reportada [...] no se encontraron en los registros actuaciones desplegadas por el defensor diferentes a la asistencia de las audiencias programadas por los despachos judiciales [...] no solicito [sic] apoyo al grupo de investigación criminal de la defensoría”*²². Con base en estos elementos se advierte que el señor Quintero *“actuó con las posibilidades de defensa que en ese momento tenía”*²³. Adicionalmente, reafirmó que el 11 de febrero de 2015 el defensor desistió del recurso de apelación, pero que no encontraba ninguna información relacionada con las razones de su decisión.

¹⁹ Folios 35 y 36, cuaderno Corte Constitucional.

²⁰ Folios 79 y 99, cuaderno Corte Constitucional.

²¹ Copia del certificado de defunción del señor Eduardo Quintero Falla, folio 88, cuaderno Corte Constitucional.

²² Fl 87.

²³ Folio 82.

Con fundamento en lo anterior, la entidad vinculada adujo que se encuentra debidamente probado que el señor Eduardo Quintero Falla asumió la defensa técnica y efectiva del proceso penal llevado en contra del accionante desde su inicio hasta su terminación, sin que se evidenciara alguna falla en su labor como defensor público del accionante.

En el mismo sentido, la Defensoría argumentó que la cláusula vigésima del contrato de prestación de servicios celebrado entre el señor Eduardo Quintero Falla y dicha entidad la exime de toda responsabilidad proveniente de la actuación de sus contratistas.

Finalmente, concluyó que la acción de tutela objeto de estudio no cumple con requisito de inmediatez, en la medida en que la providencia atacada fue proferida el 2 de febrero de 2015 y la acción de tutela se presentó en el mes de marzo de 2016, es decir, más de un año después de proferido el fallo censurado.

Por consiguiente, la Defensoría del Pueblo solicitó su desvinculación del presente proceso en razón a que no ha vulnerado o amenazado los derechos del accionante.

Respuesta del Comandante del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí” del Ejército Nacional

Mediante escrito presentado el 1º de septiembre de 2016²⁴, el Comandante del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí” del Ejército Nacional señaló que el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero prestó el servicio militar en dicho Batallón desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 11 de agosto de 2010.

Manifestó que después de la prestación de su servicio militar, el actor realizó un curso para ser soldado profesional desde el 7 de septiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad es decir, por un término de 3 meses y 24 días en la Escuela de Soldados Profesionales en Tolemaida. Indicó que posteriormente el accionante pasó a ser orgánico del Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París desde el 1º de enero de 2011 hasta el 3 de junio de 2015.

Adicionalmente, el Comandante adujo que durante la permanencia del actor en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí” se le concedieron varios permisos de salida, y que para la fecha en la que ocurrieron los hechos, es decir el 9 de febrero de 2010, el señor Sánchez Baquero se encontraba de permiso autorizado cuando intentó ingresar al Batallón Larandia.

Afirmó que durante la prestación del servicio militar, los soldados permanecen 3 meses en fase de entrenamiento en el Batallón de Instrucción de Entrenamiento y Reentrenamiento No. 12, Larandia-Caquetá y una vez

²⁴ Folios 37 y 77, cuaderno Corte Constitucional.

juran bandera, tienen permiso para salir un mes. Posteriormente, los soldados son enviados a diferentes *Bases Fijas* y se les conceden los permisos de acuerdo con el ciclo "CODE" ordenado por el Comando del Batallón.

Asimismo, el Comandante adujo que no entiende las razones por las que el actor señala que llevaba los 221 gramos de cannabis como aprovisionamiento para un periodo de 6 meses, toda vez que para la fecha en la que ocurrieron los hechos, el actor prestaba su servicio militar en el Batallón de Infantería No. 35 "Héroes de Güepí". Asimismo, afirmó que no se encuentra alguna prueba de que la Compañía Dragón a la cual pertenecía el actor, ingresara a realizar alguna misión el 9 de febrero de 2010.

Por otra parte, el interviniente manifestó que el Batallón de Infantería No. 35 "Héroes de Güepí" no tenía conocimiento del proceso penal que se llevaba en contra del peticionario. En particular, señaló que no existe ninguna solicitud presentada por el actor a su comandante en la que informara tal situación, o algún requerimiento del juzgado en el que se citara al peticionario. Indicó que para confirmar si el superior del actor tenía conocimiento del proceso, se debería vincular al Teniente Coronel Fredy Alexander Dulce Ardila quien era su superior en el momento en el que ocurrieron los hechos.

Adicionalmente, el Comandante informó que durante la prestación del servicio militar del actor no se evidenció que éste fuera consumidor de algún estupefaciente y que los soldados regulares no son objeto de procesos disciplinarios y por tal razón no existe ninguna investigación el contra del señor Sánchez Baquero.

Además, el interviniente manifestó que después de que el demandante se graduó como soldado profesional fue trasladado al Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París, y en esta medida, éste es el competente para definir si el accionante fue enviado a comisión de combate durante el transcurso del proceso penal.

Con base en lo anterior, el interviniente afirmó que la entidad que representa no ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero, en la medida en que dicho Batallón ignoraba la existencia de un proceso penal en su contra. Adicionalmente, reiteró que nunca se detectó que el accionante fuera consumidor de estupefacientes ni siquiera en su prueba psicológica realizada cuando se incorporó como soldado profesional.

Por último, argumentó que no existe legitimación por pasiva del Batallón de Infantería No. 35 "Héroes de Güepí" debido a que durante el transcurso del proceso penal, el accionante se encontraba en el Batallón de Infantería No. 19, General Joaquín París.

Con fundamento en lo anterior, el Comandante solicitó no tutelar los derechos invocados por el accionante, desvincular del presente proceso al Batallón de Infantería No. 35 "Héroes de Güepí" por falta de legitimación por pasiva y vincular al Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París.

Respuesta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

Por medio de escrito presentado el 1° de septiembre de 2016²⁵, el INPEC manifestó que el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero fue capturado y puesto a disposición de dicha entidad el 5 de marzo de 2015, “*con boleta de encarcelación expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia*”²⁶, quien lo condenó a cumplir una pena de 5 años y 4 meses, por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

Además, indicó que actualmente el accionante se encuentra recluido en el “*Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Acacias*”²⁷, que ha recibido la atención médica necesaria para tratar las enfermedades de paludismo y leishmaniasis²⁸ y que, de conformidad con la historia clínica, su estado de salud es bueno.

Respuesta del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia

Por medio de oficio recibido el 26 de agosto²⁹, la secretaria del despacho mencionado informó que el expediente fue remitido al Centro de Servicios de los Juzgados Penales Municipales y del Circuito de Florencia para los trámites subsiguientes, por lo cual no es posible remitir las diligencias. No obstante, informó que el 10 de agosto, el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias informó que le correspondió vigilar la condena del sentenciado.

Respuesta del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero

Mediante escrito presentado el 7 de septiembre de 2016³⁰, el accionante respondió a los cuestionamientos planteados por esta Corporación, sin embargo, señaló que no recuerda ninguna de las fechas en que ocurrieron los hechos.

En particular, el peticionario manifestó que el abogado que había asistido a la audiencia de legalización de captura lo llamó meses después de que se realizó dicha diligencia, para informarle que tenía que asistir a una audiencia, y que

²⁵ Folios 100-111, cuaderno Corte Constitucional.

²⁶ Folio 100, cuaderno Corte Constitucional.

²⁷ Folio 100, ibídem.

²⁸ Anexo a su escrito, el INPEC envió la historia clínica del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero (Folios 100-110, cuaderno Corte Constitucional) en la que se evidencia que el actor ha recibido la atención médica correspondiente en el centro carcelario. En particular, se certifica que: (i) el 26 de abril de 2016 se le realizó una toma de EKG según orden médica; (ii) el 28 de abril se practicaron pruebas de sangre; (iii) el 12 de julio fue valorado por especialista de Medicina Interna quien ordenó: “*BUN-CREATININA, TAC DE ABDOMEN CONTRASTADO Y CONTROL DE RESULTADOS*”; (iv) el 18 de julio se recibió la autorización para TAC y valoración de control de Medicina Interna dirigido al Hospital Departamental de Villavicencio, sin embargo, el TAC no se ha podido realizar por falla en el equipo de tomografía de dicho hospital; y (v) el 25 de julio de 2016, se le programó un examen de laboratorio según orden médica, no obstante se indica que el actor no permitió la toma de muestra, folios 103-110, Cuaderno Corte Constitucional. En la consulta médica realizada el 12 de julio de 2016 el accionante le manifestó a los médicos que se sentía bien de salud, folio 107, Cuaderno Corte Constitucional.

²⁹ Fl. 111 ibídem.

³⁰ Folios 115-138, cuaderno Corte Constitucional.

el actor le informó que “*se encontraba en operaciones militares en la zona rural del municipio de Jetucha*”³¹, pero que le iba a hacer saber la situación al comandante del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”. Con base en lo anterior, el demandante indicó que le comunicó su situación al Comandante de la Contraguerrilla a la cual pertenecía en ese momento, quien éste le dijo que la Defensoría Militar se encargaría de su caso.

A pesar de lo anterior, en el mismo escrito el peticionario afirmó que el día que lo llamó el abogado, aproximadamente en el mes de abril de 2010, el actor pidió permiso para salir y que éste le fue negado porque se encontraba en zona roja. Asimismo, señaló que sólo en una ocasión compareció ante un juez para la legalización de su captura “*bajo las circunstancias de detenido por la Fiscalía que fue al Batallón a recogerlo*”³².

Por otra parte, el señor Sánchez manifestó que solamente se entrevistó con el defensor público Eduardo Quintero Falla una vez, quien le indicó que dijera que sí a todo lo que le iba a preguntar el juez para que lo dejara en libertad. Adicionalmente, afirmó que conoció la sentencia el “*3 de marzo de 2016 [sic]*”³³ en San Martín Meta cuando fue capturado por un retén de la Policía Nacional debido a que tenía una orden de captura en su contra. Señala que para esa fecha pertenecía al Batallón de Infantería No. 19 General Joaquín París en San José del Guaviare y que para el momento de su captura le habían otorgado un permiso para visitar a su familia en Bogotá.

Asimismo, el señor Sánchez Baquero adujo que no interpuso ningún recurso en contra de la providencia censurada, debido a que cuando fue capturado se comunicó con la Defensoría Militar quienes después de 4 meses le informaron que no se podía hacer nada en su caso sin darle algún tipo de orientación jurídica para saber cómo proceder.

De otra parte el accionante manifestó que prestó servicio militar desde el año 2008 hasta mediados del 2010, en “*algunas zonas rurales del departamento de Caquetá y en las zonas selváticas del Aracuara*”³⁴ en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”. Adujo que cuando terminó su servicio militar, se incorporó a la Escuela de Soldados Profesionales Pedro Pascacio en Nilo Cundinamarca y que a finales del año 2010 se graduó como soldado profesional. Afirmó que posteriormente fue enviado a San José del Guaviare al Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París donde realizó diferentes operaciones hasta la fecha de su captura.

Adicionalmente, el actor indicó que sus funciones nunca cambiaron ni antes ni después del proceso. Señaló que le informó al Comandante del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí” que debía asistir a diferentes audiencias en el curso de su proceso penal y que la respuesta de su superior fue “*hay*

³¹ Folio 116, cuaderno Corte Constitucional.

³² Folio 117, cuaderno Corte Constitucional.

³³ Fl. 118, ibídem.

³⁴ Fl. 120, ibídem.

*[sic] vamos viendo que hacemos. Tranquilo nosotros le ayudamos eso no pasa nada”*³⁵.

Por otra parte, el demandante afirmó que consume marihuana desde los 16 años y que después de un año como soldado regular se le convirtió en una adicción, por lo que empezó a aprovisionarse con grandes cantidades, para asegurarse de tener la dosis mínima en todo el ciclo que podría durar de 3 a 6 meses. Asimismo, el actor indicó que cuando le hicieron los exámenes para ingresar a la Escuela de Soldados Profesionales, dejó de consumir marihuana para aprobar la prueba de “*doping*”, pero después de ejercer un año como soldado profesional empezó a consumirla nuevamente.

De la misma manera, manifestó que considera que su vida se encuentra en peligro debido a que en la actualidad está recluido con miembros de diferentes bandas criminales, de las FARC y del ELN, y que cuando era miembro del Batallón de Infantería No. 19, General José Joaquín París realizó diferentes operaciones contra esos grupos por lo que en algunas oportunidades lo han amenazado.

Finalmente, el accionante afirmó que actualmente cumple con todos los requisitos de ley para que se le conceda el permiso de las 72 horas y nunca se analizó su situación.

Auto de pruebas y suspensión de términos del 21 de septiembre de 2016

Posteriormente, con base en las pruebas recaudadas, el despacho de la magistrada sustanciadora pudo determinar que el superior jerárquico del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí” era el Teniente Coronel Fredy Alexander Dulce Ardila, quien estaba enterado del proceso y supuestamente le ofreció el apoyo legal de la Defensoría Militar. Asimismo estableció que durante el periodo en el que se desarrolló el proceso penal contra el señor Sánchez Baquero, el peticionario culminó su servicio militar y se hizo soldado profesional. Efectivamente hacía parte del Batallón de Infantería Aerotransportado No. 19, General José Joaquín París, donde cumplió sus labores hasta su desvinculación del Ejército Nacional.

En consecuencia, la Sala consideró necesario vincular a la Cuarta División del Ejército, al Batallón de Infantería Aerotransportado No. 19, General Joaquín París y a la Defensoría Militar. Además ofició a los comandantes para que indicaran el término durante el cual el señor Sánchez Baquero estuvo vinculado al Ejército, los cargos y funciones que desempeñó, los lugares y fechas en los que prestó sus servicios, en particular, si se ubicaba en cabeceras municipales o en zonas rurales o selváticas, los datos de los superiores del señor Sánchez o de quienes podían darle permiso de salida de las instalaciones militares, su conocimiento sobre el proceso penal y los permisos solicitados.

³⁵ Folio 123, cuaderno Corte Constitucional.

En particular se ofició al Teniente Coronel Fredy Alexander Dulce Ardila, ahora Comandante de la Brigada Móvil No. 13 en Santana–Putumayo para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, contestara las siguientes preguntas:

- a. ¿Usted fue superior jerárquico del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”? En caso afirmativo indique durante qué periodo de tiempo.
- b. Detalle los cargos y funciones ocupadas por el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”.
- c. Indique con detalle los lugares y fechas en los que Bovin Rotsen Sánchez Baquero prestó sus servicios en el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes de Güepí”, en particular, señale si se ubicaba en cabeceras municipales o en zonas rurales o selváticas.
- d. Indique si conocía que el señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero tenía un proceso penal en curso. En caso afirmativo explique de qué manera lo supo.
- e. ¿Alguna vez usted le manifestó al señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero que la Defensoría Militar se haría cargo del proceso penal llevado en su contra?
- f. ¿Usted envió alguna comunicación a la Defensoría Militar en la que informara sobre el proceso penal seguido en contra de Bovin Rotsen Sánchez Baquero?
- g. ¿Existe un registro de solicitudes verbales o escritas de parte del señor Sánchez, en la que le solicitó a usted algún permiso para atender sus asuntos personales o el proceso penal en su contra? Si es así precise las fechas e indique si le fue concedido el permiso o no, con las correspondientes razones para cualquiera de las opciones.

De otro lado se ofició a la Defensoría Militar para que informara si sus servicios habían sido solicitados para el caso del señor Sánchez.

Igualmente, ya que el peticionario afirmó que en la actualidad se encuentra en el mismo centro de reclusión con miembros de diferentes grupos armados y bandas criminales, contra las que se enfrentó en el ejercicio de sus labores como soldado profesional, se ofició al INPEC para que informara a esta Corporación sobre las condiciones de reclusión del peticionario en la actualidad, en particular si tiene alguna ubicación especial como antiguo miembro del Ejército.

Además se requirió a la Juez 2ª Penal de Circuito de Florencia, Caquetá, o a quien haga sus veces, para que acatará la orden contenida el auto del 17 de agosto de 2016, de conformidad con lo dispuesto el artículo 50 del Decreto 2067 de 1991, en cumplimiento de su deber de prestar la colaboración que requiera la Corte Constitucional de manera eficaz e inmediata y remitiera copia de todas las actuaciones del proceso con número de radicación 180016000553201000162 seguido contra Bovin Rotsen Sánchez Baquero por

el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y además contestara las siguientes preguntas:

- a. ¿En qué fechas y de qué forma fue notificado el señor Sánchez de las diferentes diligencias y de la sentencia dentro del proceso citado?
- b. ¿Cuántas veces, en qué circunstancias y con qué propósito compareció el señor Sánchez a su despacho?
- c. Si hubo ocasiones en las que el señor Sánchez no compareció, indique si conoce las causas de su ausencia.
- d. Agregue todo lo que considere relevante para el caso concreto.

Adicionalmente, la Sala consideró necesario solicitar pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para precisar los hechos del caso y definir especificidades del proceso y la situación actual del actor, en particular sobre la adicción a la marihuana y su forma de prueba. Para ello ofició al Grupo de Sustancias Psicoactivas del Departamento de Toxicología de la Universidad Nacional, al Departamento de Farmacología y Toxicología de la Universidad de Antioquia, a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, a la Academia Nacional de Medicina, a la Facultad de Psicología de la Universidad Católica de Colombia, a la Corporación Nuevos Rumbos y al Colectivo Aquí y Ahora para que contestaran, según la experticia de cada entidad, las siguientes preguntas, sin perjuicio de que pudieran aportar información adicional que consideraran relevante frente a los temas generales del caso:

- a. ¿
La sustancia psicoactiva cannabis es adictiva? Explique su afirmación.
- b. ¿
Qué nivel de adicción tiene dicha sustancia?
- c. ¿
En qué formas de consumo es adictiva?
- d. ¿
Cómo se determina que una persona es adicta a la marihuana?
- e. ¿
Cuáles son los rasgos visibles de una persona adicta a la marihuana?
- f. ¿
El hecho de que una persona declare que tiene una adicción a la marihuana es suficiente para considerarla adicta?

Finalmente, de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015³⁶, se suspendieron los términos por 25 días hábiles para fallar en el presente asunto, mientras se recaudaba y analizaba la información solicitada en la presente providencia.

³⁶ Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. “Artículo 64. (...) En el evento de decretar pruebas, la Sala respectiva podrá excepcionalmente ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario. En todo caso, la suspensión no se extenderá más allá de tres (3) meses contados a partir del momento en que se alleguen las pruebas, salvo que por la complejidad del asunto, el interés nacional o la trascendencia del caso, sea conveniente un término mayor, que no podrá exceder de seis (6) meses, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Revisión, previa presentación de un informe por el magistrado ponente.”

Respuesta de la Cuarta División del Ejército Nacional

El comandante de la Cuarta División remitió su respuesta y varios anexos el día 1° de octubre de 2015 e informó que el señor Sánchez fue orgánico del Batallón de Infantería Aerotransportado No. 19 Joaquín París desde el 1° de enero de 2011 hasta el 3 de junio de 2015, siendo desvinculado por tener una condena a prisión. El señor Sánchez fue fusilero en una zona selvática y durante el tiempo que estuvo vinculado a esta división sus superiores no tuvieron conocimiento del proceso penal en curso.

La carpeta de datos personales del señor Sánchez no reporta que haya solicitado algún permiso especial relacionado con el proceso penal que se le seguía y las actualizaciones de antecedentes penales que hace la institución, tampoco lo revelaron, siendo la última la del año 2014. De acuerdo con ello, nada obligaba a esta entidad *“a verificar el hecho o en su defecto colaborar con el implicado a fin de que tuviera acceso a su expediente y con ello ejercer una mejor labor de defensa”*³⁷. Como consecuencia solicita la desvinculación de la Cuarta División y del Batallón Mo. 19, General Joaquín París.

Respuesta del Batallón de Infantería de Selva No. 19, “General Joaquín París”

El comandante del Batallón de Infantería No. 19 General José Joaquín París Ricaurte remitió su respuesta y los anexos el día 1° de octubre de 2015, reiteró los argumentos de la Cuarta División e hizo las mismas solicitudes.

Respuesta de la Defensoría Militar

El representante legal de la entidad remitió su respuesta el pasado 28 de septiembre y afirmó que no le consta ninguno de los hechos a los que hacen referencia el escrito de tutela y el auto fechado el 21 de septiembre por el que la organización fue vinculada. Adicionalmente, agregó que para la fecha de los hechos, el señor Sánchez era soldado regular y por tanto no era afiliado a la Defensoría Militar. De otro lado, la entidad sólo brinda asistencia a los soldados regulares en investigaciones por operaciones de combate. De hecho, una de las exclusiones para la asistencia son los delitos de narcotráfico y conexos. De acuerdo con ello no tendría derecho a asistencia por no ser afiliado y por el tipo de conducta en que incurrió. La entidad también respondió a las preguntas formuladas por el despacho y reiteró que no existe prueba en sus archivos sobre la comunicación del señor Sánchez o del Teniente Coronel Dulce Ardila con respecto al caso, por lo tanto solicita desvincular a la entidad por falta de legitimación por pasiva.

Respuestas de entidades expertas en materia de adicciones

Varias entidades y organizaciones concedoras del tema de adicciones presentaron sus respuestas desde su experticia, estas entidades fueron: Grupo

³⁷ Fl. 192 anverso. Cd. Corte Constitucional.

de Sustancias Psicoactivas del Departamento de Toxicología de la Universidad Nacional³⁸, la Academia Nacional de Medicina³⁹, la Facultad de Psicología de la Universidad Católica de Colombia⁴⁰, la Corporación Nuevos Rumbos⁴¹ y el Colectivo Aquí y Ahora⁴². Debido a la coincidencia en sus criterios, se presentará un resumen de las respuestas:

1. Si se entiende que la adicción es una alteración y desestructuración en diferentes áreas de la vida del individuo, la sustancia cannabis sí es adictiva, pues genera estos cambios. Además, según diferentes criterios diagnósticos (por ejemplo el CIE-10 y el DSM V) hay consenso en su condición de sustancia adictiva. Con todo, su capacidad de adicción es variable e inferior a la de otras sustancias como la heroína.
2. El nivel de adicción de esta sustancia depende de cada caso individual y de la fase de consumo en la que se encuentre el sujeto (exploratoria, de uso, abuso, dependencia). Podría afirmarse que la marihuana tiene un bajo nivel de adicción, pues por su composición y por los procesos químicos que se generan en el cuerpo, produce menor dependencia física con respecto a otras sustancias. Sin embargo, existen factores que aumentan la capacidad adictiva, por ejemplo si se inicia el consumo en la adolescencia.
3. La vía principal de consumo es la vía inhalatoria fumada que genera más adicción y mayores efectos.
4. Para determinar si una persona es adicta se pueden utilizar los criterios diagnósticos contenidos en diversos instrumentos aceptados internacionalmente (CIE-10, DSM IV y V) y es posible establecer niveles de adicción. Además es indispensable tomar datos biográficos, semiológicos, clínicos y paraclínicos.
5. Los rasgos visibles de esta adicción son variables, los síntomas físicos no son concluyentes y, en cambio, es fundamental determinar la disfunción en diversos roles del sujeto en conjunto con otras manifestaciones. Identificar un solo rasgo no es suficiente, en efecto, un individuo puede ser consumidor ocasional o regular sin tener trastornos, pues ser consumidor no lo hace adicto.
6. No basta la auto declaración de la condición de adicto porque puede tener diversas motivaciones, por ejemplo justificar conductas impropias e incluso delictivas. Es necesario llevar a cabo un diagnóstico interdisciplinario (ya sea desde el área social o desde las ciencias de la salud) debe entrevistarse al paciente y aplicar los criterios diagnósticos.

Respuesta del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia y del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y medidas de seguridad de Acacías

³⁸ Fls. 263-265 cd. Corte Constitucional.

³⁹ Fls. 275-277 cd. Corte Constitucional.

⁴⁰ Fls. 278-281 cd. Corte Constitucional.

⁴¹ Fls. 284-286 cd. Corte Constitucional.

⁴² Fls. 287-291 cd. Corte Constitucional.

Mediante oficio recibido el 4 de octubre la secretaria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, informó que corrió traslado de la solicitud de esta Corporación al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías. Este último remitió copias de la actuación procesal 180016000553201000162⁴³. El despacho de la Magistrada Ponente recibió y valoró la copia de todos los cuadernos que conforman el mencionado proceso penal y hará referencia a su contenido según sea necesario a lo largo del proyecto.

De otro lado, el Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías dio respuesta a las preguntas planteadas por esta Sala con respecto al proceso adelantado. Informó que el señor Sánchez compareció ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías en Florencia el 10 de febrero de 2010 como capturado y en esa oportunidad se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y de solicitud de medida de aseguramiento, la cual fue retirada por la Fiscalía. El ahora demandante fue notificado de estas decisiones en estrados, junto con su defensor.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia avocó el conocimiento para el juicio. Esta autoridad remitió sendos oficios al Comandante del Batallón Héroes del Güepí-Base Militar de Larandia (Caquetá), solicitando ordenar el desplazamiento del soldado regular Bovin Rotsen Sánchez Baquero para la fecha y hora programadas para las audiencias (fl. 245 expediente penal) sin embargo, la única respuesta fue que el señor Sánchez se licenció como soldado regular el día 13 de agosto de 2010. Ante la imposibilidad del juzgado para lograr la ubicación del procesado, el accionante no pudo comparecer a las demás audiencias. Una vez emitida la orden de captura, ésta se materializó el 3 de marzo de 2015.

El juez precisó lo siguiente

“al no obrar dentro de los cuadernos lo correspondiente a las actuaciones ejercidas por la Fiscalía, no puede establecerse si el ente investigador desplegó labores propias para la ubicación del enjuiciado y lograr su comparecencia al proceso. De otra parte en relación con la actuación efectuada por el Juzgado de Conocimiento, no se dispuso de mecanismo alguno para lograr la ubicación del encartado y enterarlo del trámite procesal, pues únicamente se limitó a oficiar al comandante del Batallón Militar de donde se reportó estaba adscrito BOVIN ROTSEN SÁNCHEZ como soldado regular, sin embargo, una vez le fue enterado por la autoridad militar que el precitado se había licenciado de ese batallón, no existe evidencia de actividades investigativas ordenadas con el propósito de obtener datos sobre la ubicación del procesado, por el contrario, se establece que las comunicaciones de las fechas de audiencia eran entregadas a la Fiscalía, para que por su intermedio se le enterara, sin que

⁴³ Cuatro cuadernos de 118, 140, 13 y 7 folios y 7 discos compactos. Fls. 1-435, en adelante la Sala se referirá a estos documentos como el expediente penal.

dicho trámite generara resultados positivos, pues no se contó con su asistencia durante toda la etapa de juicio.”⁴⁴

Finalmente, destaca que esta información fue extraída de los documentos obrantes en los cuadernos que conforman el proceso y por no corresponder a su función como juez de ejecución de penas no puede brindar más datos sobre el trámite procesal.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. El señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero presentó acción de tutela en contra del Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia. Consideró que esta autoridad vulneró su derecho fundamental al debido proceso al condenarlo a una pena de prisión de 64 meses y a una multa de 2 salarios mínimos legales vigentes por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin que tuviera en cuenta que nunca fue debidamente notificado para ejercer su derecho de defensa y que no se practicaron las pruebas necesarias para determinar su condición de adicto, con lo que habría cambiado el sentido de la decisión judicial. Por lo tanto, solicita que se declare la nulidad del fallo y se ordene su libertad inmediata.

Los jueces de instancia negaron la tutela por improcedente al considerar que no se cumplió el requisito de subsidiariedad –el defensor de oficio designado desistió de la apelación, con lo que renunció a otros recursos como la casación- y tiene pendiente la acción de revisión. Tampoco fue satisfecho el requerimiento de inmediatez, pues la acción se presentó un año después del desistimiento del último recurso.

3. La situación fáctica descrita exige a la Sala determinar, en primer lugar, si concurren los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Si se supera el análisis de procedibilidad la Sala deberá absolver el problema jurídico de fondo planteado por el actor: ¿El juzgado demandado violó el derecho al debido proceso del señor Sánchez por haber proferido una sentencia condenatoria sin haberlo notificado y sin haber indagado sobre su condición de adicto? Con todo, las complejidades del proceso deberán ser tenidas en cuenta al momento plantear el análisis del caso concreto.

⁴⁴ Fl. 295 cd. Corte Constitucional.

Para resolver el problema jurídico enunciado la Sala abordará los siguientes temas: (i) los requisitos generales y específicos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, (ii) el cumplimiento los requisitos generales de procedibilidad de la acción en el caso concreto, (iii) la violación del derecho al debido proceso por defecto fáctico, (iv) la vulneración del derecho al debido proceso en la modalidad de defecto procedimental por falta de notificación y de defensa técnica en el proceso penal, (v) los militares como individuos en situación de especial sujeción, (vi) el deber de las autoridades del Estado de colaborar con la administración de justicia y su carácter cualificado en procesos penales, y finalmente (vii) el estudio del caso concreto.

La procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales⁴⁵

4. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El artículo 86 Superior establece que la tutela procede contra toda “acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones tienen la obligación de ajustarse a la Constitución y a la ley, y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos reconocidos en la Constitución.

Bajo el presupuesto mencionado, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las partes y se aparten de los mandatos constitucionales. No obstante, ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza a la tutela.⁴⁶

Así pues, la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene como finalidad efectuar un juicio de validez constitucional de una providencia judicial que incurre en graves falencias, las cuales tornan la decisión incompatible con la Carta Política.⁴⁷

5. La Sala Plena de la Corte, en **sentencia C-590 de 2005⁴⁸**, señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de presupuestos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: los requisitos generales de procedencia y los requisitos específicos de procedibilidad.

⁴⁵ Este apartado es tomado de la sentencia SU-498 de 2016, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁶ Ver sentencia T-283 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁷ Al respecto, ver la sentencia T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁴⁸ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Los requisitos generales de procedencia

6. Según lo expuso la sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, o sea, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (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.

Los requisitos específicos de procedibilidad

7. Los requisitos específicos aluden a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en razón de su gravedad, hacen que éste sea incompatible con los preceptos constitucionales. En resumen, estos defectos son los siguientes:

Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia.

Defecto procedimental absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.⁴⁹

Defecto fáctico: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.⁵⁰

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-324/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz): "... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, - bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico -, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico."

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-159/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): "... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o,

Error inducido: sucede 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.⁵¹

Decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones.

Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida.⁵²

Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política.

Examen de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales en el caso que se analiza

8. La Sala observa que en el presente caso concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por la jurisprudencia de esta Corporación, veamos:

9. El asunto tiene **relevancia constitucional**, pues se refiere a la violación del derecho al debido proceso de un ciudadano que fue condenado penalmente y perdió su libertad a causa de las supuestas irregularidades alegadas: la indebida notificación, la omisión en el decreto de pruebas y eventualmente la falta de defensa técnica.

10. Se ha cumplido con el requisito de **subsidiariedad** porque ante la indebida notificación y las aparentes limitaciones en la defensa técnica, el actor se vio imposibilitado de agotar otros medios de defensa judicial. Efectivamente, su abogado no sustentó la apelación del fallo y, como indican los jueces de instancia, el aparato judicial entiende que con ello renunció a otros recursos como la casación. Bajo esta hipótesis, el actor no cuenta ahora con otros

(v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-014/01 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez): “Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.”

⁵² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

medios de defensa judiciales, pues debido a la inactividad de su abogado se ha truncado su posibilidad de interponer recursos.

De otro lado, ya que sólo se enteró del fallo en el momento de su captura y había vivido bajo una convicción errada del proceso y su manejo, el actor afrontó condiciones que le hicieron imposible ejercer su defensa judicial de manera adecuada y ahora, desde las posiciones judiciales expuestas en el proceso, no cuenta con otros mecanismos porque todos han fenecido.

No obstante, podría pensarse que aún tiene disponible la acción de revisión (art. 192 Código de Procedimiento Penal). Con todo, subsiste la duda sobre la causal aplicable, pues no ha aparecido una prueba nueva –de hecho el defecto alegado es la omisión probatoria sobre un hecho constatable durante el proceso: la condición de adicto del señor Sánchez- y tampoco se han configurado otros escenarios que hagan procedente la mencionada acción. No obstante, podría pensarse en la posibilidad de aplicar el artículo 192-7 del Código de Procedimiento Penal (CPP). Esta disposición establece que procede la revisión de la sentencia *“7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.”*

La Sala constata que el 9 de marzo de 2016, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia en la que casó un fallo condenatorio proferido contra un soldado regular como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. Si el pronunciamiento resultara aplicable por haber cambiado favorablemente el criterio jurídico que fundamentó la condena del señor Sánchez, podría ser plausible invocar esta causal de revisión y, como consecuencia, la acción de tutela sería improcedente. Sin embargo, para esta Sala, esta hipótesis no se cumple.

Los fundamentos fácticos del caso analizado por la Sala Penal son los siguientes: el soldado condenado llevaba un poco más de 50 gramos de marihuana y fue capturado en instalaciones militares. Aunque los hechos parecen similares, los fundamentos de la decisión no resultan aplicables al caso que ahora ocupa la atención de esta Sala de Revisión. En efecto, la Corte Suprema tuvo en cuenta cuatro argumentos centrales para llegar a la determinación de casar el fallo: (i) en el proceso penal fue demostrada la condición de adicto de procesado, (ii) éste se encontraba bajo internamiento militar, (iii) por tener que salir a patrullar se aprovisionó de la cantidad de droga que requería y, (iv) no se demostró su intención de comercializarla. Por lo tanto, la Corte llegó a la conclusión de la atipicidad del comportamiento. De tal forma emitió fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

El razonamiento de la Sala Penal fue el siguiente:

“(...) la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.”⁵³

De acuerdo con ello se observa que no se trata de hipótesis similares, de hecho el reproche del actor en tutela es justamente la ausencia de la prueba que hubiera podido cambiar el curso del proceso: la demostración de su condición de adicto. La prueba nunca fue solicitada, decretada ni practicada debido a que el procesado no pudo comparecer a las diligencias procesales.

La diferencia en los elementos de los dos casos haría inaplicable la causal de revisión establecida en el artículo 192-7 del CPP. La misma Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los elementos que deben reunirse para que proceda esta causal. El Auto de 28 de septiembre de 2016 (MP Gustavo Enrique Malo Fernández, Exp. AP6558-2016, Radicado N° 48569) reiteró lo dicho en otras providencias, por ejemplo la (CSJ AP6904-2014), en la que se indica:

“que esa postulación exige acreditar que la postura argumentativa en virtud de la cual se dictó la sentencia objeto de reproche, fue posteriormente variada por esta misma Corporación, a través de un pronunciamiento que contiene razonamientos cuya aplicación al caso concreto, benefician al accionante (CSJ SP, 17 Oct 2012, Rad. 36793 y 4 Mar 2013, Rad. 40208).

Lo anterior implica para el interesado, llevar a cabo una labor de constatación en la que enseñe de manera objetiva que los presupuestos de la decisión contentiva del nuevo juicio, son similares a la que se cuestiona por esta vía. En otras palabras, debe «identificar en el contexto de la sentencia materia de revisión, el problema jurídico

⁵³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de 9 de marzo de 2016. Radicación 41760. SP2940-2016. Aprobado en acta N° 71. MP Eugenio Fernández Carlier.

central planteado, junto con el criterio jurídico que la Corte ha empleado para desatarlo.”

El precitado auto de 2016 recordó que la Corporación ha sido insistente en señalar que para esa demostración no basta invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento de la Corte, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable demostrar cómo la nueva doctrina sobre el punto habría cambiado el sentido del fallo de haberse conocido oportunamente por los jueces (CSJ AP, 11 de marzo de 2003, rad. 19252).

Con base en estos elementos, para esta Sala es claro que la acción de tutela es procedente por haber cumplido el requisito de subsidiariedad, pues no hay otros mecanismos judiciales idóneos para conjurar la violación de los derechos fundamentales del actor.

11. El requerimiento de **inmediatez** también se ha cumplido. En efecto, la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Aunque los jueces de instancia y otros intervinientes en el proceso consideraron que el plazo transcurrido entre la última actuación y la interposición de la acción mostraría el incumplimiento de este requisito, la Sala considera indispensable tomar en consideración la razonabilidad en la interpretación de este presupuesto. La **Sentencia T-205 de 2015**⁵⁴ reconstruyó la línea de esta Corte en la materia.⁵⁵

11.1. La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento judicial, preferente y sumario, para reclamar “*la protección inmediata*” de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares.

En virtud de ello, tanto la jurisprudencia constitucional como el decreto que regula el trámite de acción de tutela, han señalado que una de las características esenciales de este mecanismo es la inmediatez, entendida ésta como la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o conculcados.

11.2. Esta Corporación ha señalado que aunque la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad dentro del cual deba ser ejercida, la misma no puede solicitarse en cualquier momento sin atender la época en la que ocurrió la acción u omisión que originó la violación o amenaza de los derechos fundamentales⁵⁶, de tal suerte que el mecanismo de amparo debe ser interpuesto dentro un plazo razonable, oportuno y justo⁵⁷, el cual debe ser analizado por el juez constitucional a la luz de los hechos del caso en particular.

⁵⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁵ Los fundamentos 11.1. a 11.4. son tomados de esa providencia.

⁵⁶ T-548 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁵⁷ T-575 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Como consecuencia de lo anterior, se ha exigido que la acción constitucional se promueva oportunamente, esto es, en un término razonable, después de la ocurrencia de los hechos que dieron paso al agravio de los derechos, puesto que de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata a los derechos fundamentales⁵⁸.

Este elemento temporal, pretende combatir la negligencia, el descuido o la incuria de quien la ha presentado, pues es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales hasta la presentación del recurso de amparo⁵⁹.

11.3. Por otro lado, la reiterada jurisprudencia constitucional⁶⁰, ha afirmado que para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, se deben dar algunas de las siguientes situaciones:

- (i) Que existan razones válidas para justificar la inactividad de los accionantes. Pueden ser situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y en general la incapacidad del accionante para ejercer la acción en un tiempo razonable.⁶¹
- (ii) Que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo.⁶²
- (iii) Que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, no resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física⁶³.

A partir de lo anterior, el juez de tutela puede determinar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado.

11.4. Así las cosas, para declarar la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, no basta con comprobar que ha transcurrido un periodo considerable desde la ocurrencia de los hechos que motivaron su presentación hasta la interposición del recurso, es determinante valorar si la demora en el ejercicio de la acción tuvo su origen en una justa

⁵⁸ T-883 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁵⁹ T-172 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁶⁰ T 575 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-526 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-890 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-243 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-691 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-100 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-047 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-899 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁶¹ T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

⁶² T-788 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶³ T-410 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

causa que explique la inactividad del accionante, de tal manera que, de llegar a existir, el amparo constitucional sería procedente.

11.5. En el caso particular del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero la Sala encuentra que la acción de tutela fue interpuesta por el accionante 1 año después de que fuera capturado. Efectivamente su condena fue proferida el 2 de febrero de 2015 por medio de un fallo que no fue apelado ya que el defensor desistió del recurso al momento de sustentar el recurso, y el señor Sánchez fue capturado un mes después. Esta situación eventualmente incide y afecta *prima facie* el principio de inmediatez que gobierna este mecanismo judicial y pondría en duda la necesidad de una inmediata protección constitucional.

No obstante, como se expuso previamente, existen situaciones en las cuales el juez constitucional debe establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la violación y el reclamo presentado.

Dentro de estas situaciones se encuentra, entre otras, que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo, y que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable no resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante.

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que la situación jurídica del demandante permite que, desde un análisis del caso, la acción resulte procedente por los siguientes argumentos:

- (i) existen razones válidas que justifican la inactividad del actor desde el momento de su captura hasta la interposición de la acción:
 - a) la convicción errada del señor Sánchez sobre el apoyo jurídico de la DEMIL, idea que fue alentada por sus superiores durante todo el trámite del proceso judicial, incluso manifestó tener aún esa idea cuando ya había sido capturado⁶⁴;
 - b) el carácter sorpresivo de la captura derivado de sus convicciones erradas que, al parecer, lo llevaron a concluir que no había sucedido nada con su proceso penal. En efecto, las condiciones en las cuales fue capturado lo muestran⁶⁵;
 - c) su nivel de instrucción puede hacer difícil la comprensión y reacción ante la situación (el demandante tiene escolaridad hasta séptimo grado⁶⁶), y además,
 - d) está privado de la libertad, lo cual impone obstáculos indiscutibles en su capacidad de agencia;

⁶⁴ Fl. 119 cuaderno Corte Constitucional “no interpuse recursos porque no sabia que (sic) hacer en el momento solo llamaba ala (sic) DEMIL (Defensoría Militar) y me decían que ivan (sic) a mirar que podían (sic) hacer. Después de cuatro meses me dijeron que no habia (sic) nada que hacer sin siquiera venir ala penitenciaria (sic) donde me encontraba a brindarmen sin siquiera (sic) una orientación jurídica (...)”

⁶⁵ Fl 118 Cuaderno Corte Constitucional el actor relata las circunstancias de su captura en los siguientes términos “me desplazaba a Bogotá donde mi familia; en San Martín Meta en un retén de la policía nacional me pidieron la cédula y me dijeron que tenía una orden de captura (...)”

⁶⁶ Fl. 281 expediente penal.

- (ii) la amenaza o la vulneración permanece en el tiempo, pues continua cumpliendo la pena impuesta en el proceso que considera violatorio de sus derechos y finalmente,
- (iii) la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, resultaría desproporcionada porque se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por estar privado de libertad, tal como lo ha reconocido esta Corporación⁶⁷.

12. En este caso el demandante alega varias irregularidades procesales con suficiente entidad como para tener un **efecto decisivo en la sentencia que se impugna**. Efectivamente, el actor considera que fue violado su derecho al debido proceso por una supuesta falta de notificación –que la Corte ya ha aceptado como un aspecto de trascendencia procesal⁶⁸ y por la omisión en la solicitud, decreto y práctica de una prueba que cambiaría su situación y eventualmente lo hubiera dejado libre, pues según su argumento ya no sería calificado como portador de un estupefaciente sino como adicto.

13. El señor Sánchez **identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados**. Su argumentación establece que la violación de sus derechos se dio en el marco del proceso penal seguido en su contra debido a que no pudo ejercer su defensa como consecuencia de la falta de notificación y de actividad probatoria para que fuera considerado como adicto y no como un delincuente, tal y como efectivamente ocurrió en la sentencia penal que ataca.

14. La providencia cuestionada **no es una sentencia de tutela**, como ya fue mencionado se trata de una sentencia proferida en el marco del proceso penal seguido contra el ahora accionante.

Los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

15. Como quiera que la acción de tutela dirigida contra la sentencia penal que condenó al accionante cumple con los requisitos generales de procedencia, la Sala reiterará la caracterización de los defectos que le atribuyó a la providencia judicial y que corresponden a los requisitos específicos de procedibilidad de la acción.

Caracterización del defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia⁶⁹

16. Desde sus inicios esta Corte estableció que los jueces de conocimiento tienen amplias facultades para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso concreto⁷⁰. Por ello esta Corporación determinó que cuando se alega un error de carácter probatorio, la evaluación de la providencia judicial

⁶⁷ Ver las sentencias C-328 de 2016 MP Gloria Stella Ortiz Delgado y T-075 de 2016 MP Alberto Rojas Ríos.

⁶⁸ Sentencia T-1049 de 2012.

⁶⁹ Los fundamentos 16 y 17 son tomados de la sentencia SU-498 de 2016.

⁷⁰ La Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

por parte de un juez de tutela, debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial⁷¹.

No obstante, tal poder judicial debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, su amplia facultad de valoración sería entendida como arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada⁷².

17. La jurisprudencia constitucional estableció que el defecto fáctico se configura cuando: (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o (iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

Asimismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una positiva⁷³ y otra negativa⁷⁴. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “*completo equivocada*”, o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y, la segunda, cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna.

Con todo, esta Corporación ha sido enfática en señalar que “*para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, [e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto*”⁷⁵.

El defecto fáctico por la ausencia del decreto y práctica de pruebas “*se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al*

⁷¹ Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-025 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-109 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-114 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-198 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ésta última se indicó expresamente: “*la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio*”.

⁷² Ver sentencia T-442 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Allí se indicó: “*si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica..., dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.*”

⁷³ Cfr., entre otras, SU-159 de 2002, precitada.

⁷⁴ Cfr., entre otras, T-442 de 1994 y SU-159 de 2002, precitadas.

⁷⁵ SU-198 de 2013, precitada, y T-636 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

*proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido*⁷⁶. Es necesario demostrar que la negativa a decretar y/o practicar una prueba es injustificada es decir, debe ser evidente que era pertinente, conducente⁷⁷ y legal⁷⁸ incorporarla al proceso y que tendría la capacidad inequívoca de modificar el sentido de la decisión⁷⁹.

Defecto procedimental. Vulneración del debido proceso por ausencia de notificación y ausencia de defensa técnica. Reiteración de jurisprudencia

18. La jurisprudencia constitucional⁸⁰ ha caracterizado el defecto procedimental como aquel que se configura cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial⁸¹ por no aplicar la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate⁸², o cuando excede la aplicación de formalidades procesales y hace nugatorio un derecho.⁸³

En esos casos, el funcionario aplica los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y sus actuaciones generan una denegación de justicia⁸⁴ causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales⁸⁵, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales⁸⁶ o por un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.⁸⁷ Estas hipótesis implican una violación de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

El debido proceso se ve afectado cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial del mismo (sentencia T-1049 de 2012⁸⁸) incluso se afecta el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. De acuerdo con la **sentencia SU-159 de 2002** (M.P. Manuel José Cepeda), este último evento se presenta cuando la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos procesales, de forma tal que, por ejemplo, se impide

⁷⁶ Cita tomada de la sentencia T-1049 de 2012, citada a su vez por la sentencia T-590 de 2009, ambas del MP Luis Ernesto Vargas.

⁷⁷ SU-132/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁸ T-393/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁹ T-076/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-488/99 M.P. Martha Victoria SÁCHICA y T-526/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁰ T-363 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁸¹ Cfr. sentencias T-268 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-301 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-893 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸² Cfr. sentencias T-389 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1267 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo y T-386 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸³ Cfr. sentencias T-327 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-591 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-213 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁴ Sentencia T-1306 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁵ Cfr. sentencias T-386 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-429 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-893 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁶ Cfr. sentencia T-892 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁷ Cfr. sentencias T-531 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-950 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-327 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁸ MP Luis Ernesto Vargas.

que: “(i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica⁸⁹, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario -, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comuniquen de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo⁹⁰ y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas⁹¹”, entre otras.

El derecho de acceso a la administración de justicia se vulnera por un exceso ritual manifiesto que pone traba al acceso y viola el principio de prevalencia del derecho sustancial al convertir a los procedimientos en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial.⁹²

19. Con todo, para que la tutela sea procedente deben concurrir además los siguientes elementos: (i) Que no haya otra posibilidad para corregir la irregularidad; (ii) que el defecto procesal sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, a menos que ello hubiera sido imposible; (iv) que la situación irregular no sea atribuible al afectado; y (v) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales.

20. El presente asunto está relacionado principalmente con la omisión de dos garantías indispensables para ejercer adecuadamente el derecho a la defensa y la contradicción dentro del proceso penal: la notificación de las providencias correspondientes de acuerdo con la ley y la posibilidad del procesado de contar con defensa técnica, esto es, con la asesoría de un profesional del derecho a lo largo del trámite de la acción. Por ello, a continuación la Sala reconstruirá la línea jurisprudencial en relación con ambos temas.

Vulneración del debido proceso por ausencia de notificación de las actuaciones y providencias. Especificidades del proceso penal⁹³

⁸⁹ Cfr. sentencia T-984/00. La Corte afirmó en aquella oportunidad que en materia penal, el procedimiento “debe ser llevado a cabo, en principio, por los jueces penales dentro de los procesos en los que se manifiesten deficiencias en la defensa técnica de los sindicados, pues si mediante tales procedimientos, en sede de tutela, lo que se pretende es restablecer derechos conculcados, al aplicarlo dentro del proceso penal, se previenen eventuales vulneraciones de sus derechos fundamentales”.

⁹⁰ Cfr. sentencia T-654/98. Se concedió la tutela porque se probó que, pese a que el indagado había manifestado claramente el lugar en el que podía ser informado sobre cualquier decisión judicial y que, por carencia de medios económicos, no contaba con un defensor de confianza ni le había sido nombrado defensor de oficio, el juzgado no le informó sobre la expedición del cierre de investigación ni le nombró un defensor de oficio. Lo anterior, sumado a la casi absoluta falta de defensa técnica, y la no práctica de las pruebas solicitadas por el sindicado llevaron a la Corte a considerar que se constituía una verdadera vía de hecho.

⁹¹ Cfr. sentencia T-639/96. Se concedió la tutela por encontrar que el juzgado decretó clausurada la investigación, sin adelantar diligencia alguna tendiente a lograr la comparecencia del procesado, a pesar de que tenía a su disposición la dirección donde podía ser localizado. En ese caso, al accionante no se le notificó siquiera de la apertura de investigación en su contra.

⁹² Al respecto consultar la sentencia T-264 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Adicionalmente se pueden consultar las sentencias T-950 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-158 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-213 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³ Este aparatado se basa en la reconstrucción hecha por la sentencia T-1049 de 2012.

21. La notificación pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias proferidas por autoridades judiciales y administrativas. Adquiere trascendencia constitucional en la medida en que permite al individuo conocer las decisiones que le conciernen y establecer el momento exacto en que empiezan a correr los términos procesales, de modo que se convierte en presupuesto para ejercer los derechos de defensa y contradicción en todas las jurisdicciones⁹⁴.

22. Las notificaciones en materia penal tienen un carácter cualificado debido a las consecuencias de su trámite indebido: la condena judicial de un ciudadano, la pérdida de la presunción de inocencia, y la obligación de soportar el poder sancionador del Estado, que le impone límites al goce de sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, la libertad personal, etc., por un espacio considerable de tiempo⁹⁵.

23. Con todo, en general estas irregularidades pueden ser corregidas dentro del mismo proceso, por ejemplo a través de la nulidad, y de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones. Por eso la Corte ha dicho que la configuración de un defecto procedimental por un error en la notificación sólo hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales si ostenta suficiente entidad como para ser determinante en el proceso⁹⁶.

24. En síntesis, para que proceda la tutela por irregularidades en la notificación, el defecto en la misma debe tener las siguientes características:

- (i) debe ser tangible y haber tenido un impacto ostensible en las resultas del proceso;
- (ii) debe haber incidido negativamente en la posibilidad de que el interesado ejerciera su derecho de contradicción y de defensa⁹⁷;
- (iii) no puede ser atribuible al afectado.
- (iv) debe probarse que la autoridad judicial que adoptó la decisión asumió una conducta omisiva en relación con la comunicación de las decisiones judiciales, es decir, que fue negligente⁹⁸.

25. El último requisito debe ser entendido con ciertas especificidades, en efecto el operador judicial y el ente investigativo adquieren un deber especial en dos casos: el de las personas privadas de la libertad⁹⁹ y en la notificación del inicio de un proceso penal, antes de la declaratoria de persona ausente¹⁰⁰. Por eso, cuando se cuenta con al menos una posibilidad de notificar personalmente al demandado de la iniciación de un proceso judicial en su

⁹⁴ Ver, entre otras, la sentencia C-648/01 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁵ Ver sentencias T-211/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva y T-1123/03 M.P Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-1246/08 M.P Humberto Sierra Porto y T-970/06 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁷ Ver sentencias T-101/10 M.P Juan Carlos Henao y T-1246/08 M.P Humberto Sierra Porto.

⁹⁸ Sentencias T-1180/01 M.P Monroy Cabra; T-564/98 Eduardo Cifuentes Muñoz y T-639/96 M.P Eduardo Barrera Carbonell.

⁹⁹ Ver sentencia T-970/06 M.P Tafur Galvis.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Exp. T-3385654 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

contra, el emplazamiento y nombramiento de un defensor de oficio, son actuaciones que no sustituyen la obligación de vincular de forma personal al afectado. Cualquier actitud contraria o insuficiente configura una violación del debido proceso¹⁰¹.

Vulneración del debido proceso por falta de defensa técnica en el proceso penal

26. Además de las garantías procesales concretadas en los actos de notificación, la Corte ha enfatizado que el procesado penal tiene derecho a ser asistido por un defensor idóneo durante todas las etapas del proceso que puede ser escogido por el propio procesado y, de no ser ello posible, debe ser asignado de oficio por el Estado.

El derecho a la defensa técnica tiene un contenido doble: el defensor debe estar presente para hacer valer todas las garantías formales dentro del trámite judicial y, adicionalmente, debe actuar para representar los derechos sustanciales de su prohijado. Puede pedir y aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones que se adopten en el mismo¹⁰². No se trata simplemente de una presencia formal, el derecho a la defensa exige que el Estado y las autoridades judiciales garanticen que, tanto los defensores de confianza como los de oficio, cuenten con todas las condiciones materiales y formales para desplegar una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos e intereses jurídicos del imputado, de modo que pueda predicarse del proceso una verdadera igualdad de armas.

La **sentencia T-1049 de 2012** retomó los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia en los siguientes términos

“la garantía judicial consistente en la defensa técnica¹⁰³ requiere (i) que en la medida de lo posible el procesado pueda elegir a su abogado

¹⁰¹ Ver sentencias T-617/07 M.P Córdoba Triviño y T-1209/05 M.P Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰² Este postulado fue anunciado desde la sentencia C-592/93 M.P Fabio Morón Díaz.

¹⁰³ El artículo 8 sobre Garantías Judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. // 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; // b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; // c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; // e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; // f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; // g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y // h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. // 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. // 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. // 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (subrayas fuera del texto).

defensor; (ii) que el defensor elegido o designado sea nombrado desde el principio de las diligencias penales, y no solo en la etapa del juicio; (iii) que el defensor pueda comunicarse libre y confidencialmente con su prohijado; (iv) que el abogado pueda tener conocimiento oportuno y completo de los cargos y del contenido del expediente; (v) que ni las autoridades judiciales ni las administrativas interpongan cualquier tipo de obstáculos que impidan al defensor aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones¹⁰⁴.”

27. Según el estándar descrito, no toda falla o deficiencia en el ejercicio profesional de la defensa penal constituye una vulneración que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte ha reiterado que solo se configura un defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la defensa técnica ante errores protuberantes y que tengan las siguientes características:

- (i) *Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.*
- (ii) *Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia¹⁰⁵.*
- (iii) *La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial¹⁰⁶.*

En síntesis, el derecho a contar con una defensa técnica no puede ser interpretado como la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de garantizar que los abogados defensores adopten una estrategia determinada que lleve a la defensa exitosa del caso. Por el contrario, su obligación es satisfecha si garantizan la presencia del abogado y el cumplimiento de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir a cabalidad con su función, las aptitudes para conducir una defensa dependen del profesional individualmente considerado, y sus fallas son, en principio de su exclusiva responsabilidad. De tal forma, la acción de tutela no es un escenario para la corrección de los errores de litigio¹⁰⁷.

28. Una de las causas de la violación del derecho a la defensa técnica puede ocurrir cuando a pesar de contar con un abogado, se dejaron de practicar pruebas, controvertir las decretadas y presentar los recursos pertinentes, de forma negligente, siempre que no le haya sido posible jurídica y fácticamente intervenir al inculpado para modificar esta situación.

¹⁰⁴ Ver principalmente Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, y Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C. No. 52.

¹⁰⁵ La expresión es tomada literalmente de la sentencia T-1049 de 2012 que, retoma las consideraciones de las sentencias T-450/11 M.P Humberto Sierra Porto y T-831/08 M.P Mauricio González.

¹⁰⁶ Sobre este tema ver las sentencias T-450/11 M.P Humberto Sierra Porto, T-395/10 M.P Jorge Ignacio Pretelt; T-831/08 M.P Mauricio González, T-962/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-068/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-028/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-784/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, y T-654/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

¹⁰⁷ Ver sentencias T-962/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández y T-068 de 2005 M.P Rodrigo Escobar Gil. Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

Un ejemplo claro se presenta en el caso de condenados como personas ausentes, cuyos derechos han sido protegidos en diversas decisiones de esta Corporación¹⁰⁸ por el contrario, en otros casos en los que hubo desaciertos de los defensores de confianza, pero los procesados conocieron del trámite y tuvieron las oportunidades suficientes para intervenir en él la Corte ha considerado que los errores no podían ser imputados a las autoridades jurisdiccionales o al Estado a título de ausencia de condiciones para el ejercicio de la defensa técnica.¹⁰⁹

Con todo, ser procesado como persona ausente no es el único requisito para que proceda la acción por violación del derecho a la defensa técnica¹¹⁰, pues si el defensor de oficio ejerce su cargo de forma diligente, aunque con las limitaciones propias de la ausencia del acusado, y se enfrenta a la dificultad para solicitar la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para lograr la absolución del procesado, no se configura un defecto por falta de defensa técnica.

De este modo, en algunos casos es necesario exigir mayor idoneidad al defensor de quien no pudo conocer del proceso, que usualmente es representado por un abogado de oficio, que al abogado de confianza de quien tuvo todo el tiempo acceso al trámite. Con todo, la Corte entiende que en algunas ocasiones la labor del defensor de oficio de un procesado en ausencia se ve entorpecida por la falta de la versión del procesado¹¹¹, criterio que debe ser analizado en el estudio de cada caso concreto.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales y administrativas de garantizar que el defensor de confianza lleve a cabo su labor con diligencia también disminuye en grado, siempre que el procesado haya podido conocer del proceso e intervenir efectivamente en él, y que las autoridades judiciales no hayan interpuesto obstáculos para el buen ejercicio de la defensa. La Corte asume que, en principio, quien pudo contratar un abogado de confianza tiene conocimiento de que cursa un proceso en su contra y, por tanto, en caso de que observe fallas en su defensa podrá cambiar de abogado o al menos presentar sus dudas ante el ente investigador.

Estas circunstancias deben ser analizadas en cada caso concreto con base en criterios de razonabilidad pues, sería absurdo pedirle al inculpado la pericia jurídica procesal de un experto o que fuera infalible frente a los abusos propios de la posición de poder en que se encuentra el abogado dentro del proceso. En suma, el defecto procedimental por ausencia de defensa técnica exige que las deficiencias en la estrategia defensiva no sean imputables al procesado, asunto que debe resolverse atendiendo a las características de cada caso en particular.

¹⁰⁸ Sentencias T-395 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt) y T-654 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

¹⁰⁹ Sentencias T-450 de 2011 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-831 de 2008 (M.P. Mauricio González) y T-068 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Citadas por la sentencia T-1049 de 2012.

¹¹⁰ Sentencia T-962 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) Citada por la sentencia T-1049 de 2012.

¹¹¹ Ver sentencia T-068/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citada por la sentencia T-1049 de 2012.

29. Por supuesto, esto no significa que quienes son defendidos por abogados de confianza cuentan con una garantía menos efectiva que la otorgada a los procesados que acceden a un defensor de oficio¹¹², sólo se establece un estándar especial para quienes deben acudir a la defensa pública dadas las limitaciones que las circunstancias imponen al procesado en ausencia. En efecto, en estos casos el defendido no cuenta con ciertas potestades que sí tiene el procesado que se encuentra al tanto de la causa penal y por eso es un sujeto que se encuentra en un estado de debilidad, por ejemplo, está imposibilitado para buscar un abogado distinto o para acudir a la fiscalía en caso de dudas sobre la calidad de su defensa y estas restricciones pueden incidir de manera decisiva en los resultados del proceso.

Los militares como individuos en situación de especial sujeción

30. La jurisprudencia constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a las relaciones especiales de sujeción a partir de las definiciones hechas por la doctrina. Esta que las entiende como una variedad de mecanismos que dotan a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades¹¹³ y que generan una mayor o menor intensidad en las afectaciones de la libertad del ciudadano que se encuentra en tales relaciones¹¹⁴, tal es el caso de servidores públicos con ciertos condicionamientos misionales como los militares¹¹⁵. La diversidad de estas hipótesis se deriva fundamentalmente del grado de intensidad de la sujeción especial.

En efecto, la **Sentencia T-023 de 2010**¹¹⁶ enfatizó que este concepto engloba un conjunto de situaciones muy diversas entre los administrados y el Estado cuyos puntos comunes son el “*especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación.*” La **sentencia T- 793 de 2008**¹¹⁷ precisó los elementos que conforman y permiten analizar las relaciones especiales de sujeción:

- a. *La posición de la administración respecto de ciudadanos o administrados.* Se trata de escenarios en los que se exacerba la idea de superioridad jerárquica de la Administración sobre el administrado, por lo tanto, los Estados actuales buscan dotar de medidas y garantías a los ciudadanos para atemperar dicho desequilibrio.
- b. *La inserción del administrado en la esfera de regulación más cercana a la Administración.* La situación implica el sometimiento a un régimen

¹¹² Ver op. cit 32. Citada por la sentencia T-1049 de 2012

¹¹³ Gil García, Luz Marina y Otro. Relaciones Especiales de Sujeción. Aproximación Histórica al Concepto. Revista Prolegómenos-Derechos y Valores. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XII - N° 23 - Enero - Junio 2009 - ISSN 0121-182X.

¹¹⁴ Brage, Joaquín. Limitaciones Específicas A Los Derechos Fundamentales En Las Relaciones De Especial Sujeción. Consultado El 24 De Octubre De 2016 [Http://Www2.Uned.Es/Dpto-Derecho-Politico/Brage.Pdf](http://Www2.Uned.Es/Dpto-Derecho-Politico/Brage.Pdf)

¹¹⁵ Fernández García, Isidro. El ejercicio de derechos fundamentales por los militares. Tesis Doctoral. Universidad de Santiago de Compostela. 2014. <http://hdl.handle.net/10347/11522>. Pág. 186. Fernández Segado, Francisco. Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional. (1989.) Revista de Estudios Políticos, 64, 103.

¹¹⁶ MP Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁷ MP Humberto Antonio Sierra Porto.

jurídico especial y más estricto frente al que cobija a quienes no están vinculados por dichas relaciones especiales. Entre las causas que pueden suscitar este fenómeno pueden destacarse las siguientes:

- (i) La necesidad que tiene la Administración de determinadas prestaciones personales, por ejemplo el caso del soldado reservista;
- (ii) La protección de la seguridad de la ciudadanía frente al peligro que representan las conductas de ciertos individuos, por ejemplo las personas privadas de la libertad por procesos penales en curso o culminados.

c. *Los fines especiales que busca la mencionada regulación especial.* Estas relaciones excepcionales tienen objetivos claros que deben ajustarse al ordenamiento constitucional, por lo tanto es razonable pensar que las instituciones deberán disponer de una estructura administrativa acorde con el fin perseguido, con las funciones de la institución y deben demostrar idoneidad en sus métodos de funcionamiento. De lo contrario se pondrían en riesgo extremo los derechos de los sujetos que se encuentren bajo esta situación excepcional.

31. En el caso específico del personal militar la Corte también se ha pronunciado, la **Sentencia T-737 de 2013**¹¹⁸ reiteró la jurisprudencia y afirmó que

“24.- La Corte Constitucional, en sentencia T-350 de 2010, concluyó que como consecuencia de las condiciones propias que impone el servicio militar, bajo imperativos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las Fuerzas Armadas, los soldados gozan de una doble calidad, en principio, son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución Política y, al mismo tiempo, sujetos sobre los cuales recaen limitaciones razonables para el ejercicio de los mismos. Esta especial condición en cabeza del personal castrense, a la luz de la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, encaja dentro de la noción de relación especial de sujeción¹¹⁹, la cual genera restricciones a algunos derechos por parte de los soldados y establece obligaciones a cargo del Estado. (...)”

La limitación de los derechos de los militares ya había sido reconocida por la Corte en la **Sentencia T-178 de 1994**¹²⁰ como un elemento determinante para analizar la situación de estos sujetos. En esa ocasión la Corte afirmó lo siguiente:

¹¹⁸ MP Alberto Rojas Ríos.

¹¹⁹ “‘las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resueltas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación.’ LÓPEZ BENITES (sic) Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, Págs. 161 y 162.”

¹²⁰ MP Carlos Gaviria Díaz.

“Algunos de los derechos y garantías constitucionalmente consagrados para los ciudadanos y para las personas en general, aparecen, sin embargo, limitados para los militares en servicio activo.

Tienen derecho a la libertad personal y, por ende, a las garantías consagradas en el artículo 28 de la Constitución; pero están sometidos a las restricciones del acuartelamiento y a que su permanencia en las filas se prolongue, aún en contra de su voluntad, (...)

Como puede apreciarse, la situación jurídica de los militares en servicio activo, respecto de ciertos derechos fundamentales, no es igual a la de los civiles y, por ello, el examen de la violación o amenaza de esos derechos ha de verificarse desde la definición del alcance de cada derecho para los militares activos y desde los hechos particulares que sirvan de base para impetrar la protección al juez de tutela.”

El deber de las autoridades estatales de colaborar con la administración de justicia y su carácter cualificado en el curso de procesos penales

32. El deber de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia ha sido un tema tratado por la jurisprudencia de esta Corporación en distintos pronunciamientos que se han referido a la seriedad de las actuaciones y de los pronunciamientos judiciales que tienen como objetivo final la solución pacífica de los conflictos y el goce efectivo de los derechos y de las garantías constitucionales –arts. 2º, 22, 29 y 228 C. P. y el 7º de la Ley 270 de 1996¹²¹.

33. De manera mucho más detallada y en relación con los procesos penales, la **sentencia T-986 de 2002**¹²² se refirió a la necesidad de colaboración oportuna del INPEC con la Rama Judicial. Esta decisión recordó que a pesar de la separación de funciones entre las ramas del poder público (art. 113 Superior) y de los demás órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las funciones del Estado, todos han de colaborar de manera armónica para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. Ese apoyo, que como toda actuación estatal está sujeto a la ley, debe reflejarse en la realidad concreta del acontecer diario en las actividades que cumplan los distintos funcionarios del Estado. De tal forma es posible evitar que la falta de colaboración interfiera negativamente con el funcionamiento eficiente de otras autoridades. En efecto, el artículo 201 de la Constitución le ordena al gobierno, en relación con la rama judicial, prestar a los funcionarios judiciales *“los auxilios necesarios para ser efectivas sus providencias”*.

En aquella ocasión la Corte reiteró que le corresponde al INPEC el cumplimiento de las providencias judiciales que ordenen la detención de los sindicados o la ejecución de las penas privativas de la libertad. De la misma

¹²¹ En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-037 de 1996, C-426 de 2002 y T-424 de 2004 MP reiteradas por la sentencia T-560 de 2005 Álvaro Tafur Galvis.

¹²² MP Alfredo Beltrán Sierra.

manera debe disponer lo conducente para trasladar al sindicado hasta el despacho judicial que corresponda siempre que los jueces lo requieran.

La sentencia enfatizó en el carácter cualificado de las funciones del INPEC con respecto al buen curso de los procesos penales, en efecto, bajo ciertos estatutos procesales, la falta de colaboración del Instituto y la ausencia de quienes están bajo su custodia equivaldría a la dilación del trámite que implicaría una vulneración del Estado a los derechos fundamentales del procesado. Obviamente ese deber debe ser interpretado desde estándares de razonabilidad, pues por la naturaleza de las funciones del INPEC, puede haber motivos legítimos para evitar el transporte de individuos bajo su custodia, aunque sea a una diligencia judicial.

En esa oportunidad, la Corte compulsó copias del expediente a la Procuraduría porque en varias oportunidades la audiencia de juzgamiento no se celebró por cuanto el INPEC no trasladó al procesado al Juzgado Penal sin que apareciera justificación para ello. Para la Corte esa falla administrativa demostró que la rama ejecutiva del poder público no prestó al juez los “auxilios necesarios” para el cumplimiento de sus funciones.

34. La **sentencia SU-014 de 2001**¹²³ ya había insistido en el carácter colaborativo de la tarea de administrar justicia. En efecto, la eficacia de esta función no depende exclusivamente de la rama judicial. La mencionada providencia estableció que la *“necesidad de esta colaboración se hace evidente si se tiene presente que buena parte de la actividad probatoria en la administración de justicia depende en muchos casos de entidades estatales ajenas a la rama judicial.”* Esta providencia acuñó la teoría de la “vía de hecho por consecuencia” para distinguir entre las sentencias violatorias de derechos fundamentales por defectos del aparato judicial, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, generan la violación de un derecho fundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia para garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. La Corte se refirió a este defecto en los siguientes términos:

“Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.”

El caso concreto

¹²³ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

35. Corresponde ahora a esta Sala analizar si el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia violó el derecho al debido proceso del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero por haber proferido una sentencia condenatoria en la que, supuestamente no notificó al procesado y no indagó sobre su condición de adicto. En principio el problema jurídico planteado se circunscribe a determinar si se configuraron defectos procedimentales o fácticos. Con todo, las pruebas obrantes en el expediente muestran la necesidad de hacer precisiones sobre el problema jurídico planteado y de analizar la existencia de variados elementos estructurales que confluyeron en la situación del señor Sánchez y que pudieron contribuir a las violaciones que alegó en su demanda, con lo cual la actuación judicial no sería la causa directa de la vulneración alegada, aunque materializaría las consecuencias de una violación compleja.

36. La solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, tal y como se constató y explicó en los fundamentos 8 a 14 de esta sentencia.

37. En cuanto a las violaciones del derecho al debido proceso esgrimidas por el demandante (defecto procedimental por indebida notificación y defecto fáctico por la omisión en el decreto y práctica de una prueba que considera decisiva) la Sala encuentra que es necesario contextualizar adecuadamente lo ocurrido en el proceso –que sólo pudo ser determinado después de la actividad probatoria en sede de revisión- para pronunciarse al respecto, pues no parece haber defectos en las notificaciones surtidas por el Juzgado demandado.

Bovin Rotsen Sánchez Baquero prestaba su servicio militar como soldado regular cuando fue capturado al intentar ingresar a la base militar de Larandia, sede del Batallón No. 35 “Héroes del Güepí”, mientras portaba 221 gramos de mariguana el día 9 de febrero de 2010. Inmediatamente fue puesto a disposición de la justicia, su captura fue legalizada, se le formuló imputación y fue dejado en libertad mientras se surtía el proceso. Desde el inicio del trámite le fue asignado un defensor público, el abogado Eduardo Quintero Falla.

El demandante fue soldado asignado a ese mismo Batallón hasta el 11 de agosto de 2010. En ese periodo el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia ofició en dos ocasiones al Batallón para que se ordenara el desplazamiento del señor Sánchez a fin de adelantar la audiencia de formulación de acusación o, si ya no era su lugar de actividades, se remitieran los datos de contacto. Ante la falta de respuesta, el Juzgado ofició en tres ocasiones a la Brigada 12 del Ejército –a la que el Batallón No. 35 se encuentra adscrito- con el mismo propósito.¹²⁴ En su escrito de tutela el

¹²⁴ El 18 de marzo de 2010, por medio del oficio 597, el Juez Segundo pide al batallón ordenar el desplazamiento del señor Sánchez para adelantar el 20 de abril la audiencia de formulación de acusación. Consta que fue enviada con planilla de correo el 19 de marzo. (Fl. 271 expediente penal). El 26 de abril siguiente, por medio del oficio 866 el Juez 2º insiste en su solicitud ante el mismo Batallón, pues la diligencia de formulación de acusación había sido aplazada. Consta envío con planilla de correo (fl 269 exp. penal).

demandante afirmó que le comunicó a su superior que necesitaba atender una diligencia judicial -pues su defensor lo había llamado en el mes de abril- y éste restó importancia a la situación y le informó que la DEMIL se encargaría de su caso¹²⁵. A pesar de que la Sala logró determinar la identidad del superior del Señor Sánchez, no fue posible obtener su versión ya que la oficina de correo devolvió el escrito con la anotación “no reside”¹²⁶ y la DEMIL alegó no saber nada de la situación y, en todo caso, insistió en que se trata de una conducta ilícita excluida del apoyo de la entidad según sus estatutos¹²⁷. Aunque en abril de 2010 el señor Sánchez afirmó haber solicitado permiso de salida aseveró que le fue negado. Desde esa ocasión no pudo entrevistarse más con su defensor ni supo nada de su proceso. De los informes remitidos por requerimiento de esta Sala con respecto a los permisos solicitados por el soldado, no es posible saber si alguno le fue negado y los documentos muestran permisos concedidos previos a su captura,¹²⁸ tampoco es determinable o si el soldado informó verbalmente del proceso penal que se le seguía.

Posteriormente el señor Sánchez adelantó el curso para ser soldado profesional durante el periodo comprendido entre el 7 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre del mismo año. En ese lapso, el Juzgado nuevamente ofició en dos ocasiones al Batallón No. 35 para que ordenara el desplazamiento del señor Sánchez a fin de adelantar la audiencia de formulación de acusación o se remitieran datos de contacto. Adicionalmente intentó comunicarse telefónicamente con el procesado en dos oportunidades, en las que sólo se activó el correo de voz.¹²⁹

Desde el 01 de enero de 2011 hasta el día de su captura, el 3 de marzo de 2015, el actor era orgánico del Batallón de infantería Aerotransportado No. 19 “Joaquín París” y se desempeñaba como fusilero en una zona selvática, según la respuesta remitida a esta Corporación por la Cuarta División del Ejército, entidad que agregó que nunca supo del proceso en contra del soldado (fls. 191-199 cd. Corte Constitucional).

El 21 de mayo de 2010, por medio de oficio 1126, el Juez 2º solicita a la Brigada 12 que permita el traslado del procesado a la audiencia de formulación de acusación que se llevaría a cabo el 25 de junio. Consta sello de recibido del Batallón fechado el 24 de mayo de 2010 (fl. 265 Exp. penal). Esta solicitud es reiterada mediante oficio 1487 del día 2 de julio de 2010, pues el 16 de julio siguiente se adelantaría la misma audiencia. Consta sello de recibido el día 8 julio (fl. 263 exp. penal). Un tercer oficio, el 1676, es dirigido a esta Brigada el 22 de julio de 2010 para poder adelantar la misma diligencia el 6 de septiembre de 2010, consta sello de recibido el 9 de agosto (fl. 261 exp. penal).

¹²⁵ Folios 115-138 cd. Corte Constitucional.

¹²⁶ Informe de Secretaría Fl. 315 cd. Corte Constitucional.

¹²⁷ Ver folios 252-255 cd. Corte Constitucional.

¹²⁸ Fls. 68-72 cd. Corte Constitucional.

¹²⁹ El 8 de septiembre de 2010, por medio del oficio 2188, el Juez 2º reiteró la solicitud al Batallón No. 35 para adelantar la audiencia de formulación de acusación. El primero de octubre de 2010 ruega correr traslado de la comunicación a quien corresponda o informar dirección o teléfono del señor Sánchez. Consta envío por correo (fl. 260 expediente penal). El 7 de octubre de 2010 el Juzgado fija como fecha para la diligencia el 22 de noviembre, se hace una llamada al número celular del procesado y sólo responde el correo de voz según la constancia del citador (fl. 258 exp. penal). El 6 de diciembre de 2010, mediante oficio 3133, el Juzgado 2º insistió en la solicitud pues el 21 de febrero de 2011 se llevaría a cabo la audiencia de formulación de acusación, también pidió que se que corriera traslado a quien correspondiera o se otorgara información de contacto (fl. 256 exp. penal). También llamaron por teléfono al señor Sánchez pero sólo se activó el correo de voz según la constancia del notificador (fl. 255 exp. penal)

El Juzgado persistió en su búsqueda con los datos con los que contaba y le hizo varias llamadas telefónicas para citarlo a dos diligencias (en marzo y mayo de 2011) y el teléfono se encontraba apagado¹³⁰. En el mes de agosto ofició nuevamente al Batallón No. 35 para citar al procesado a la audiencia de formulación de acusación y solicitó a la entidad que si el señor Sánchez no estaba bajo las órdenes del Batallón, éste procediera a remitir la comunicación a quien correspondiera o aportara los datos de contacto del soldado; además intentó establecer comunicación telefónica con el procesado pero el celular reportaba estar fuera de servicio¹³¹. El día 22 de ese mismo mes y año, finalmente y después de 5 oficios remitidos, el Juzgado recibió la respuesta del comandante del Batallón de Infantería No. 35 “Héroes del Güepí” que se limitó a contestar que el señor Sánchez no pertenecía a esa unidad táctica¹³² sin aportar información adicional, aunque él era militar activo, pues se desempeñaba como soldado profesional en otra unidad.

Desde ese momento y hasta enero de 2012 el Juzgado intentó comunicarse por vía telefónica con el procesado, pero estaba fuera de servicio.¹³³ Ante esta situación, la autoridad judicial remitió un oficio a la Fiscalía encargada del caso para que adelantara las gestiones necesarias para ubicar al señor Sánchez.¹³⁴ Al parecer –pues no hay prueba de ello en el expediente penal- la fiscal a cargo ofició al Batallón No. 35 nuevamente –aunque esta unidad ya había contestado que el señor Sánchez no se encontraba allí- y la respuesta fue que el entonces procesado se había licenciado el 13 de agosto de 2010¹³⁵, sin aportar sus datos ni su nueva ubicación, aunque para ese entonces el Señor Sánchez prestaba sus servicios como soldado profesional en el Batallón “Joaquín París”.

En febrero de 2012 el Juzgado insistió en la comunicación telefónica con el procesado pero no fue posible. Se dejaron las constancias pertinentes y se anexaron a cada informe secretarial las respuestas de la Fiscalía y del Batallón.¹³⁶

A partir de esa etapa todas las comunicaciones se entregaron a la Fiscalía para que las remitiera al procesado, si lograba ubicarlo, y el Juzgado intentó comunicarse telefónicamente con el señor Sánchez en 4 ocasiones más. Aunque en septiembre de 2013 el Juzgado indicó que el celular no

¹³⁰ El 8 de marzo y el 6 de mayo de 2011 constan llamadas a número de celular apagado (fls. 253 y 251 exp. penal).

¹³¹ El 8 de agosto de 2011, mediante oficio 2961 el Juzgado ofició al Batallón No. 35 para que el señor Sánchez asistiera el 22 de agosto a la audiencia de formulación de acusación, solicitaba que remitiera a quien correspondiera o informara nuevos datos, según el caso. Consta envío por correo (fl. 249 exp. penal). Adicionalmente se intentó comunicación telefónica con el procesado 16 de agosto y el celular estaba fuera de servicio (fl. 248 exp. penal).

¹³² Fl. 245 exp. penal.

¹³³ El 30 de agosto de 2011 el Juzgado intentó establecer comunicación telefónica pero el celular reportaba estar fuera de servicio (fl. 243 exp. penal). Esta situación se repitió el 15 y el 27 de septiembre (fls. 241 y 239 exp. penal) respectivamente, así como el 20 de octubre de 2011 (fl. 236 exp. penal) y el 11 de enero de 2012 (fl. 52 exp. penal)

¹³⁴ Fl. 233 exp. penal.

¹³⁵ Fl. 232 exp. penal.

¹³⁶ El 13 de febrero de 2012 se reiteró la respuesta de la Fiscalía y del Batallón, así como los eventos de llamadas fallidas al procesado.

correspondía al procesado, en diciembre de ese año le dejó un mensaje de voz.¹³⁷

Finalmente, el 6 de noviembre de 2014 el Juzgado dejó un mensaje de voz con la citación a audiencia de juicio oral el 2 de febrero de 2015¹³⁸, fecha en la que efectivamente el señor Sánchez fue condenado. Aunque el defensor público apeló, días después desistió de sustentar el recurso por razones desconocidas.

38. Como ya se había anunciado y queda claro del recuento del proceso, en el trámite penal seguido contra el señor Sánchez se presentaron actuaciones de diversas entidades que, de manera aislada podrían no configurar un defecto en la decisión judicial, pero al confluir, han generado la violación de los derechos fundamentales del ahora demandante y han causado daños graves que lo han ubicado en una situación en la que es imposible retrotraer los efectos de la providencia judicial que se acusa. En efecto, el actor en tutela alega que la sentencia condenatoria proferida con violación de sus derechos le trajo consecuencias graves, entre ellas, permanencia en la cárcel por más de un año y la pérdida de su empleo como soldado profesional. Bajo estas circunstancias, la conducta de diversas instancias militares que, al parecer, impidieron la efectiva comparecencia del procesado, la estrategia del defensor público, las actuaciones de la Fiscalía asignada, los actos del Juzgado, el tipo penal analizado y la situación particular del actor en tutela son relevantes para estudiar la violación del derecho al debido proceso.

39. Esta Sala encuentra incongruente la respuesta remitida por el Batallón No. 35 en la que su representante afirma que la entidad nunca tuvo conocimiento del proceso en contra del peticionario, que no hay registro de manifestaciones del soldado en ese sentido ni tampoco requerimientos del Juzgado. Sin embargo, el Juzgado envió más de cuatro oficios a esta unidad –constan la remisión por correo y en varios casos los sellos de recibido- y sólo obtuvo respuesta en la quinta ocasión, casi un año después del primer requerimiento. En esa oportunidad el Batallón remitió una comunicación que no prestó colaboración efectiva a la administración de justicia. En efecto, no fueron enviados los nuevos datos de contacto del señor Sánchez, a pesar de que era un militar activo y podían determinarlos o, al menos, podrían haber informado cuál era la autoridad competente dentro de la estructura del Ejército que contaba con dicha información. Una respuesta similar fue proferida ante la gestión de la Fiscalía encargada del caso. Por su parte, la Brigada 12 nunca contestó a los requerimientos del Juzgado.

¹³⁷ El 23 de febrero de 2013 el Juzgado entregó oficio a la Fiscalía en el que citaba a la audiencia preparatoria (fl. 223 exp. penal). El 2 de mayo siguiente nuevamente se entregó a la Fiscalía oficio dirigido al procesado (fl. 226 exp. penal) así como el 20 de agosto (fl. 214 exp. penal) y el 19 de septiembre, cuando además el Juzgado y agregó que el número celular no correspondía al procesado. Nuevamente se entregó oficio a la Fiscalía el 27 de agosto de 2013 (fl. 209 exp. penal), de dejó mensaje de voz en el celular reportado desde el inicio del proceso por el señor Sánchez el día 10 de diciembre de 2013 (fl. 200 exp. penal) y nuevamente el 13 de febrero de 2014 el Juzgado entregó citación para el procesado a la Fiscalía (fl. 198 exp. penal).

¹³⁸ Fl. 177 exp. penal.

Las actuaciones y omisiones del Ejército, tanto del Batallón 35 como de la Brigada 12, revelan la falta de perspectiva de derechos fundamentales con respecto a su posición de poder en una relación de especial sujeción, como la que tenían con el señor Sánchez. No sólo obstaculizaron las comunicaciones dirigidas al soldado cuando aún estaba en Larandia, sino que dejaron de colaborar efectivamente con la administración de justicia al no contestar múltiples requerimientos y al responder sin aportar información a la que podían acceder con relativa facilidad.

40. En cuanto al ejercicio de la defensa técnica, para esta Sala fue imposible determinar la estrategia del abogado debido a su fallecimiento en mayo de 2016, además la Defensoría del Pueblo informó que la estrategia de defensa del abogado Quintero Falla no fue reportada y no solicitó apoyo al grupo de investigación criminal de la Defensoría para, por ejemplo, demostrar que el procesado era adicto a la mariguana.

Con todo, las actuaciones del abogado parecen indicar que sí prefería haber hablado con su prohijado para que fuera escuchado en el proceso. En la audiencia preparatoria del 26 de mayo de 2014 (CD 4 anexo al fl. 295 cd. ppal.) el defensor indicó que no tenía elementos de prueba por descubrir, también afirmó que su estrategia de defensa y el elemento de prueba principal era la declaración del acusado. Tan importante era la presencia del señor Sánchez que el abogado manifestó en la audiencia instalación de juicio oral del 19 de agosto de 2014 (CD 5 anexo al fl. 295 cd. ppal.) que *“la defensa en cierta oportunidad se trasladó en el Batallón de Larandia a preguntar por dicho caballero y manifiestan que desde que se retiró no se sabe nada de él.”*

Ya en los alegatos de conclusión (CD 8 anexo al fl. 295 cd. ppal.) el defensor sí esgrimió razones relacionadas con la adicción de su defendido, efectivamente argumentó lo siguiente para solicitar la absolución: (i) la actividad del acusado y los tiempos prolongados de servicio en lugares apartados, (ii) el autoconsumo, (iii) la adicción a la sustancia, (iv) por las circunstancias del acusado se trató de una dosis de aprovisionamiento, (v) la conducta no ponía en peligro a la sociedad, (vi) no se lesionó el bien jurídico protegido y (vii) la conducta fue atípica.

De conformidad con lo expuesto, para esta Sala es claro que la presencia del señor Sánchez era fundamental para la estrategia de defensa del abogado ya que alegó la adicción de su representado para fundamentar una eventual atipicidad. Sin embargo, si esta era la estrategia defensiva, es extraño que no haya solicitado la intervención del grupo de investigación criminal de la Defensoría para ubicar al procesado y para solicitar el estudio científico que – según las entidades expertas en la materia consultadas por la Sala- es una herramienta fundamental para determinar si alguien es adicto. También resulta llamativo que no hubiera adelantado más gestiones desde el inicio del proceso ante el juez y ante la Fiscalía para que, en ejercicio de sus facultades, pudieran ubicar al señor Sánchez, labor que no era de gran complejidad si se tiene en cuenta que era un militar activo.

En suma, la actuación de la defensa de oficio en este caso, no parece haber sido negligente, pero por las circunstancias del caso habría podido ser mucho más eficiente. En efecto, el procesado se encontraba en una relación de especial sujeción con el Estado, evento en el que la jurisprudencia constitucional ha admitido un estándar cualificado en el ejercicio de la defensa pública, y además el señor Sánchez se enfrentaba a obstáculos estructurales derivados de esa relación y de sus circunstancias personales, como se verá más adelante. Todos estos elementos hacen que la labor del defensor en este caso pueda ser evaluada de forma más exigente y la Sala concluya que no cumplió con los criterios aplicables teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

41. Por otra parte, aunque no constan en el expediente las actuaciones de la Fiscalía, de lo remitido por el Juzgado se puede colegir que sólo hizo algunos esfuerzos para la búsqueda del señor Sánchez debido a la intervención del Juez, después de aproximadamente 2 años de la iniciación del proceso. Además, la única gestión que aparece es la remisión de un oficio al Batallón 35, a pesar de que para ese entonces ya el Juzgado había enviado más de 4 oficios y había sido enterado de que el soldado ya no se encontraba en las instalaciones de esa unidad. Con todo, debido a la ausencia de información, esta Sala no puede hacer un análisis contundente sobre la actuación de la Fiscalía, que en todo caso no fue parte en este proceso de tutela.

42. El trámite dado por el Juzgado parece haber sido diligente, pues llevo a cabo múltiples y variados esfuerzos por encontrar al señor Sánchez y hacerlo comparecer a las diligencias. En efecto, remitió oficios por correo e intentó establecer comunicación telefónica con el soldado. Además, en distintas ocasiones concedió el aplazamiento de las audiencias para poder ubicar al procesado. Sin embargo, la actividad del juez habría podido ser más enfática por varias razones: (i) no exigió de forma incisiva el cumplimiento de los deberes de la Fiscalía; (ii) no demandó el acatamiento de los deberes del Ejército en términos de colaboración con la administración de justicia, (iii) la naturaleza del delito y los medios de prueba para decidir sobre el caso imponían la necesidad de lograr la comparecencia del procesado, (iv) las circunstancias del soldado como ciudadano inmerso en una especial relación de sujeción frente al Estado hacían necesaria una exigencia alta a la defensa pública y, en este caso concreto, (v) las circunstancias personales del procesado resultaban decisivas para que el juez adoptara un rol robusto en el marco del proceso, en efecto, desde las primeras diligencias la autoridad judicial a cargo se percató de esta situación¹³⁹. Aunque es obvio que en los procesos penales sea usual la desorientación de los individuos involucrados, la consideración conjunta de todas las características del caso mostraban la especial vulnerabilidad del señor Sánchez, como se desarrollará a continuación.

¹³⁹ El 10 de febrero de 2010, en la audiencia de legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (CD 1 anexo al fl. 295 cd. Corte Constitucional) luego de que el juez le pregunta al accionante si acepta los cargos tras la formulación de imputación se percató de su desorientación y le dijo *“Porque a usted lo veo con esos ojos que mira para todos los lados como si no supiera lo que va a hacer”*

43. Todos estos elementos se suman al delito examinado en el proceso penal y a la situación particular del actor. El tipo penal es relevante si se considera junto con la estrategia del abogado y las posibilidades razonables de defensa. En efecto, de acuerdo con lo reseñado previamente, el apoderado pretendía demostrar la adicción de su prohijado para alegar la atipicidad de la conducta, en concordancia con la posición expuesta recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (ver nota 48 supra). De acuerdo con ello, ya que en este caso no había pruebas previas de la adicción, por ejemplo la permanencia en un centro de rehabilitación o el testimonio de un profesional en la materia que hubiera atendido al señor Sánchez, la opción más favorable era dictaminar la adicción en ese momento y, para ello, lógicamente era necesario practicar la prueba sobre el soldado de acuerdo con los criterios científicos establecidos. En todo caso, la comparecencia del procesado era necesaria incluso si se adoptaba la posibilidad de demostrar la adicción con pruebas previas a la comisión del delito.

Por otra parte, las condiciones personales del actor permiten caracterizarlo como un sujeto especialmente vulnerable a lo largo del trámite penal. En efecto, se trata de un soldado profesional con formación educativa mínima, que vivió varios años inmerso en una relación de especial sujeción estatal como miembro de un cuerpo castrense altamente jerarquizado y basado en un espíritu de cuerpo que le hizo confiar en los consejos de sus superiores, nunca se ocultó de la justicia ni quiso evadir las órdenes judiciales y alegó ser adicto a sustancias psicoactivas.

Su nivel de instrucción¹⁴⁰ pudo hacer difícil la comprensión de la situación en la que se encontraba, la gravedad de las circunstancias y la necesidad de pensar en una estrategia defensiva. Como ya fue reseñado, su estado de confusión fue destacado por el juez durante la formulación de la imputación. Su convicción errada sobre el proceso y con ella su vulnerabilidad se vio acentuada por el tipo de trabajo que desempeñaba y por el ambiente en el que desarrolló su vida profesional. En efecto, pareció confiar plenamente en sus superiores y en el respaldo de la institución militar sin haberse informado adecuadamente. Esta Sala destaca que el Señor Sánchez nunca intentó ocultarse de las autoridades, de hecho siguió prestando sus servicios al Ejército hasta el día de su captura, pero por estar en zonas de difícil acceso es razonable suponer que, como lo afirmó (Escrito de tutela, folios 2-34, cd. primera instancia) era difícil responder a comunicaciones telefónicas. Incluso la forma en que fue capturado muestra que, al parecer, fue poco analítico con respecto a las consecuencias del proceso, situación que incluso puede tener relación con su supuesta condición de adicto.

44. En suma, confluyeron los siguientes elementos que, tomados en conjunto, configuran una violación del derecho al debido proceso por no haber logrado la comparecencia del señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero ante la autoridad judicial y, eventualmente, obstruir su derecho de defensa:

¹⁴⁰ Fl. 194 exp. penal.

- (i) La conducta de diversas instancias que ejercen una especial sujeción sobre el ciudadano y que no cumplieron su deber de colaboración efectiva con la administración de justicia para lograr la comparecencia del procesado, en ese caso se trata del Ejército.
- (ii) La estrategia del defensor público no fue clara ni contundente desde el comienzo. Aunque parece adecuada no se preocupó por asegurar la consecución de una prueba fundamental, la prueba de la adicción a la mariguana de su defendido.
- (iii) Las actuaciones de la Fiscalía fueron débiles. Efectivamente no fueron enfáticas en la búsqueda del procesado y sólo se iniciaron ante la solicitud del juez.
- (iv) Los actos del Juzgado fueron reiterados pero poco razonables. De hecho fueron repetitivos (oficios a las mismas entidades y llamadas al mismo número telefónico), la autoridad no buscó otras estrategias para la ubicación del procesado y tampoco insistió en ellas con respecto a la Fiscalía.
- (v) El tipo de proceso hace necesaria, aunque no siempre indispensable, la presencia del encartado. En los trámites penales seguidos por el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de porte, puede demostrarse la atipicidad con diversas pruebas que revelen la adicción del sujeto, una posibilidad es el examen especializado al individuo de acuerdo con los estándares científicos en la materia.
- (vi) El procesado nunca se ocultó de la administración de justicia.
- (vii) El demandante se encontraba en situación de vulnerabilidad durante el proceso por su nivel de instrucción y su historia personal.
- (viii) La magnitud del daño causado por estas actuaciones es significativa. En este caso el perjuicio es grave: ha estado privado de la libertad por más de un año y perdió su empleo como soldado profesional, entre muchos otros resultados posibles y eventualmente imputables a autoridades del Estado.

45. Con base en estos elementos, y tomando en cuenta el contenido del derecho de defensa¹⁴¹ que comprende la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas e interponer los recursos de ley, es necesario que esta Sala asegure el pleno ejercicio de este derecho para el señor Sánchez. Por lo tanto la Corte anulará la decisión condenatoria y todas las actuaciones que se surtieron desde que su comparecencia fue imposible.

Por otra parte, se ordenará a la Defensoría del Pueblo ser especialmente vigilante de las necesidades de defensa del señor Sánchez en el proceso que habrá de retrotraerse, aunque obviamente él puede decidir ser representado por un defensor de confianza.

Adicionalmente, se remitirá copia de este expediente a las entidades competentes para que determinen si las actuaciones de los diversos

¹⁴¹ Ver la sentencia SU-014 de 2001.

funcionarios del Ejército durante el proceso penal seguido contra Bovin Rotsen Sánchez Baquero, ameritan la apertura de una investigación disciplinaria.

Finalmente, se prevendrá al Ejército Nacional para que, en el futuro se abstenga de configurar situaciones similares a la que fue objeto de esta sentencia, preste la debida colaboración a la administración de justicia y con ello asegure el respeto de los derechos fundamentales de su personal, tal como lo impone la Constitución.

Conclusión

46. En el marco del proceso penal puede configurarse una violación del derecho al debido proceso derivada de la falta de comparecencia de un procesado que no está en ausencia a pesar de que las decisiones emitidas en el trámite no incurran, por sí solas, en alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En esta hipótesis excepcional, la afectación del derecho al debido proceso es una consecuencia indirecta de la decisión judicial y, por ende, deben concurrir las siguientes circunstancias específicas:

- (i) Una conducta que inequívocamente incumple el deber de colaborar con la administración de justicia por parte de instancias que ejercen una especial sujeción sobre el procesado y que impide su comparecencia a las diligencias penales.
- (ii) La falta de claridad, contundencia y diligencia en la actividad del defensor público dirigida a ubicar al procesado, cuando de éste depende la obtención de una prueba fundamental para la defensa de acuerdo con la estrategia que libre y razonablemente escoja el defensor.
- (iii) Las actuaciones de la Fiscalía son poco enfáticas para ubicar al procesado, aunque de él dependa la obtención de una prueba fundamental para la defensa.
- (iv) Los actos del juez para ubicar y asegurar la comparecencia del procesado no son insistentes y razonables, es decir no acuden a diversas estrategias o a los poderes propios de su investidura.
- (v) El tipo de proceso hace necesaria, aunque no siempre indispensable, la presencia del encartado.
- (vi) El procesado nunca se oculta de la administración de justicia.
- (vii) El procesado se encuentra en situación de vulnerabilidad acentuada durante el proceso dadas sus condiciones personales.
- (viii) La magnitud del daño causado por estas actuaciones es significativa.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de mayo de 2016, dentro de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, **CONCEDER** la tutela para la protección del derecho al debido proceso de Bovin Rotsen Sánchez Baquero.

SEGUNDO: DECLARAR SIN NINGUN VALOR NI EFECTO, por resultar violatoria del derecho al debido proceso la sentencia proferida el 2 de febrero de 2015, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia.

TERCERO: Para efectos de restablecer los derechos violados por la decisión judicial analizada y protegidos por esta sentencia de tutela, se dispone **REMITIR** el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia para que, en un término de **quince (15) días hábiles**, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a rehacer el proceso **con estricto cumplimiento de los términos legales**, en pleno ejercicio de la autonomía judicial, siempre en el marco del respeto a los derechos fundamentales al debido proceso, tal como fue explicado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en cumplimiento de su deber constitucional, ofrezca apoyo inmediato y cualificado al señor Bovin Rotsen Sánchez Baquero para su defensa penal en el trámite que habrá de adelantarse ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

QUINTO: REMITIR copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para que, dentro del marco de sus competencias, examine si las actuaciones de los miembros del Ejército Nacional durante y con ocasión del proceso penal que dio lugar a la presente acción de tutela, ameritan la apertura de una investigación disciplinaria.

SEXTO: ADVERTIR al Ejército Nacional que se abstenga de configurar situaciones similares a la que fue objeto de esta sentencia, preste la debida colaboración a la administración de justicia y con ello asegure el respeto de los derechos fundamentales de su personal, tal como lo impone la Constitución.

SÉPTIMO: Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General