

¿LA VINCULACIÓN EN AUSENCIA AL  
PROCESO PENAL VULNERA GARANTÍAS  
FUNDAMENTALES DEL PROCESADO?

IS THE LINK IN THE CRIMINAL PROCEDURE  
NO GUARANTEES OF PROCESSING VIOLATES  
FUNDAMENTAL?

EST LE LIEN DANS LA PROCÉDURE PÉNALE  
AUCUNE GARANTIE D'TRAITEMENT VIOLE  
FONDAMENTALE?

---

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2014  
Fecha de aprobación: 14 de enero de 2015

**Julián Edgardo Tejedor-Estupiñán<sup>1</sup>**

---

1 Abogado de la Universidad de Boyacá. Actual Juez Primero Penal Municipal de Conocimiento, de Sogamoso, Boyacá. E-mail: julianedgardo78@hotmail.com.

## **Resumen**

En Colombia, frente a la imposibilidad del Estado para hacer comparecer personalmente al presunto infractor de la ley penal, a fin de vincularlo a la investigación y poderlo llevar a juicio, se ha optado por procesarlo en ausencia (en el caso de no poderlo ubicar), o en contumacia (en el evento en que la persona conozca que está siendo procesada y no quiera someterse al procedimiento). Esta situación ha evidenciado que el adelantamiento de un proceso penal en ausencia del acriminado, puede generar vulneración de derechos y garantías fundamentales que, contrario a combatir la impunidad, es fuente de errores judiciales, generando en la comunidad, desconfianza hacia la administración de justicia. Este documento fue elaborado por medio del método normativo, acudiendo a fuentes como: tratados de derecho internacional, leyes, códigos, jurisprudencia y doctrina, encontradas en libros, revistas científicas y en la web.

## **Palabras Claves**

Vinculación en ausencia, persona ausente, contumacia, garantías fundamentales, pacta sunt servanda.

## **Abstract**

In Colombia, against the inability of the state to appear personally to the alleged offender of the criminal law in order to link him to the investigation and be able to bring him to trial, it was decided to prosecute him in absence (in the case of not being able to locate him), or in contempt (in the event that the person knows is being processed and do not want to undergo the procedure). This has shown that the advancement of criminal proceedings in the absence of the alleged offender can generate violations of fundamental rights and guarantees that, contrary to combat impunity, is a source of judicial mistakes, generating community distrust of the administration of justice. This document was prepared by the normative approach, turning to sources such as international law treaties, laws, codes, case law and doctrine, found in books, journals, and in the web.

## **Keywords**

Bonding in absentia, absent person, contempt, fundamental guarantees.

## **Résumé**

En Colombie, contre l'incapacité de l'Etat à comparaître personnellement à l'auteur présumé de la loi pénale, afin de lier la recherche et être en mesure de traduire en justice, il a été décidé d'engager des poursuites en l'absence (dans le cas de ne pas être en mesure de localiser) ou le mépris (dans le cas où la personne sait qu'il est en cours de traitement et ne veulent pas se soumettre à la procédure). Cela a montré que l'avancement de la procédure pénale en l'absence de acriminado peut générer des violations des droits fondamentaux et des garanties que, contrairement à lutter contre l'impunité, est une source d'erreurs judiciaires, générant méfiance communauté de

l'administration de la justice. Ce document a été préparé par l'approche normative, se tournant vers des sources telles que les traités de droit international, des lois, des codes, de la jurisprudence et de la doctrine, trouvés dans des livres, des revues et sur le web.

## MOTS-CLÉS

Métallisation in absentia, personne absente, le mépris, les garanties fondamentales.

---

## INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la verdad,<sup>1</sup> es el fin último del proceso penal, pero no puede llegarse a ella, sin hacer partícipes a sus protagonistas (Londoño, 2012:374). Por ello, el adelantamiento de un proceso, sin tener en cuenta a su principal destinatario, cual es el procesado, no es más que un rezago del proceso inquisitivo (Moreno 1997: 28)<sup>2</sup> que, hoy por hoy, y bajo los principios rectores contenidos en el Régimen Penal Adjetivo, mediante los cuales se regulan éste tipo de situaciones, aunado al modelo de estado social de derecho implementado en Colombia a través de la Constitución Política de 1991<sup>3</sup>, obliga a que figuras jurídicas como las de la contumacia y/o la declaratoria en

---

1 "La finalidad del proceso penal no es evidenciar la norma sustantiva penal, sino garantizar la búsqueda de la verdad real o histórica. El fin del proceso penal no es la pena, ni establecer un culpable." En la misma obra, cita a Ramón Briones Espinoza, quien respecto del punto afirma que "no resulta rigurosamente cierto que el proceso tenga como única finalidad pesquisar un delito y ubicar al delincuente para sancionarlo. Tiene también la de proclamar la inocencia, que no fue desmentida por las pruebas que se buscaron, de aquel que fue injustamente imputado por el error. El Estado como tal también tiene interés en que esa imputación inmerecida se desvanezca".

2 El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*.

Frente al tema objeto de estudio, ese "proceso inquisitivo" permitía el adelantamiento de juicios secretos, inclusive para el procesado. Por ello, razón le asiste al autor antes citado cuando concluye que "ésta no era una verdadera clase de proceso, sino un sistema no procesal de aplicación del derecho penal" MORENO (1997, p. 187).

3 Constitución Política de Colombia, Artículo 1: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Para NAVAS (2005), bajo éste modelo, el Estado deja de ser abstencionista para convertirse en un Estado interviniente en la sociedad, para buscar la justicia social y conseguir esa pretendida igualdad, en donde los ciudadanos se encuentran legitimados para participar en la formación de la voluntad estatal y, a su vez, controlarla. Esa intervención estatal está dirigida, a su vez, a asumir esos derechos y libertades proclamados por el Estado Liberal, materializándolos e integrando unos nuevos derechos, cuales son los de carácter económico

ausencia del acriminado, deban ser eliminadas del ordenamiento jurídico, pues desde el punto de vista de la principialística procesal penal, ya no tienen cabida alguna en los procesos criminales actuales y menos aún, en un modelo adversarial como el que hoy por hoy ha venido tomando auge a nivel mundial, en materia de procesamiento criminal y que, en nuestro medio, se implementó con la Ley 906 de 2004.

Así, entonces, se observa cómo en la práctica judicial, dichas figuras no son más que la única forma que el Ente Acusador (para el caso Colombiano, la Fiscalía General de la Nación), ha mantenido en la normatividad procesal penal, para reconocer, tácitamente, que le es imposible hacer comparecer a su adversario natural (presunto infractor de la ley penal), para enrostrarle los cargos por los cuales lo viene investigando, convirtiendo el proceso penal, en un mecanismo meramente eficientista, a través del cual, lo único que se busca, es llegar a la verdad sin tener en cuenta que se va a condenar a una persona sin permitirle que, de manera alguna, ejerza los más básicos derechos que tanto la normatividad interna, como la internacional, le reconocen a un individuo de la especie humana, respecto de este tipo de procedimientos en materia criminal.

En el desarrollo del presente documento, previo a dar a conocer aquellas normas que han desarrollado las instituciones procesales motivo de estudio, resulta obligatorio realizar una aproximación conceptual respecto de cada una de las figuras analizadas, para luego realizar un breve comentario en torno de la posición asumida por la Corte Constitucional, en punto del análisis de constitucionalidad de las figuras jurídicas estudiadas en este artículo, y así, realizar algunos comentarios en materia de derecho comparado, frente a las posibilidades existentes en algunos países, cuando no es posible hacer comparecer personalmente al juicio al encausado, para culminar con un sucinto análisis de algunos de los tantos derechos y/o garantías fundamentales que se ven conculcados a quienes tienen que soportar el yugo de una investigación y un enjuiciamiento criminal.

## **I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL**

Se define la palabra ausente, así: “Dicho de una persona: Que está separada de otra persona o de un lugar, y especialmente de la población en que reside”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001).

A su turno, Cabanellas define los términos ausencia, como: “no presencia en un lugar. Alejamiento del mismo. En Derecho, la ausencia es la situación de quien se encuentra

---

y social. Sus características principales son: 1. El Estado social asume el elemento jurídico como límite de su actuar, el cual será, única y exclusivamente conforme a derecho. 2. Ostenta facultades intervencionistas en lo social y económico, propendiendo por la consecución de la real y efectiva igualdad y justicia social. 3. Permite la participación activa del ciudadano en la vida del Estado 4. Reconoce los derechos proclamados por el Estado liberal y propende por su materialización.

fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante”, y, ausente, como: “Quien no se encuentra en el lugar de referencia. Quien no está presente donde debe”. CABANELLAS (2000).

En el caso colombiano, el artículo 127 de la Ley 906 de 2004, establece el procedimiento a seguir para vincular en ausencia al procesado, en los siguientes términos:

“Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplido lo anterior, el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.

El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado”.

Bajo ese criterio, en materia procesal penal, se puede denominar ausente, al imputado<sup>4</sup> que ignora por completo que se adelanta un proceso penal en su contra y que

---

4 Término utilizado por la normatividad procesal penal colombiana para referirse a la persona a quien se le ha formulado imputación, es decir, a quien se le comunica acerca de que en su contra se sigue una investigación penal y quien, desde ese momento, adquiere la condición de parte dentro del proceso penal. Los artículos 126 a 131 y 286 a 294 de la Ley 906 de 2004, se refieren a la condición de imputado y a algunas de las situaciones que se generan con la formulación de imputación, así como a otros aspectos referentes a ese llamado “acto de comunicación” mediante el cual la Fiscalía da a conocer a una persona su condición de imputada, es decir, de que está siendo objeto de una investigación penal en su contra, activándose, de esta manera, a favor de ésta, un cúmulo de derechos y garantías contenidos tanto en la legislación interna como internacional. MARTINEZ (2006), lo define como “la persona a quien se vincula en la audiencia de imputación por considerarse autor o participe en el hecho punible, debidamente individualizado e identificado y que a partir de ese momento adquiere una serie de derechos y obligaciones, como los demás participantes”.

Definido igualmente, como “la persona que efectiva y necesariamente se introduce como sujeto principal y privado en el proceso, por dirigirse en su contra la pretensión penal; eventualmente también puede dirigirse en su contra la pretensión civil. Ejerce el derecho de defensa que la Constitución le acuerda, haciendo valer la pretensión de rechazo de la imputación (excepción)”. CLARIA (1998, p. 264).

Para JAUCHEN (2007, p. 13-14), el imputado es un “sujeto esencial, puesto que su presencia es indispensable para trabar la relación procesal válida. En tal sentido en el Derecho argentino está vedado el juicio en rebeldía,

por ese desconocimiento no comparece a las diferentes actuaciones procesales a las cuales es convocado.

En cuanto a la contumacia, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo contumaz, en los siguientes términos: Dicho de una persona: rebelde; declarada en rebeldía (Real Academia de la Lengua Española, 2001). Y, respecto de la contumacia, dice: rebeldía; falta de comparecencia en un juicio.

“Contumacia: Resistencia pasiva, rebeldía y desobediencia al llamamiento hecho al actor o reo para que comparezca o responda dentro del término de la citación. Hoy se emplea más comúnmente la palabra rebeldía (v). CABANELLAS (2000).

Contumaz: Obstinado, terco, porfiado en el error. I En Derecho Procesal, rebelde; el demandado que no se persona en autos o no contesta la demanda; el acusado que no comparece para contestar los cargos. (V. rebelde)”. CABANELLAS (2000).

El artículo 291 de la Ley 906 de 2004, establece, respecto de la figura de la contumacia:

“Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta (sic) se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación”.

De acuerdo con lo anterior, se entiende la declaratoria en contumacia, como aquella figura jurídica mediante la cual se puede vincular a una persona a la actuación penal, por medio de la formulación de la imputación, ante su defensor, cuando el procesado, conociendo que se adelanta el proceso en su contra, al ser convocado a las diferentes actuaciones a las que debe concurrir, de manera voluntaria e injustificada decide no comparecer a ellas.

De las aproximaciones conceptuales realizadas en precedencia, respecto de las figuras jurídicas analizadas, resalta su principal diferenciación: mientras que en la declaratoria de persona ausente el investigado desconoce, por completo, que está siendo objeto de un proceso penal, en la contumacia, la persona sabe que la están investigando, pero desatiende consciente y voluntariamente cualquier llamado que las autoridades le hagan con ocasión del proceso que se está adelantando en su contra, asumiendo una actitud rebelde frente al proceso.

---

siendo la presencia del imputado necesaria para su realización, suspendiéndose en caso de ausencia”.

Habiéndose definido los dos conceptos materia de estudio, resulta necesario adentrarnos en el desarrollo normativo que dichas figuras han tenido en nuestro país, para así comprender el alcance de las mismas.

## **II. LA VINCULACIÓN EN AUSENCIA EN COLOMBIA. EVOLUCIÓN NORMATIVA**

Para iniciar el análisis de los temas propuestos, se torna indispensable realizar un repaso de la normatividad procesal penal que en Colombia ha regido, respecto de la vinculación en ausencia del procesado, ora por la declaratoria de persona ausente, ora por la declaratoria en contumacia, para así determinar cuáles son los alcances que han tenido las figuras jurídicas objeto de estudio, dentro de los diferentes modelos de enjuiciamiento criminal adoptados en nuestro país, a través de las diferentes codificaciones en las cuáles han sido contemplados.

Este artículo, recoge un breve recorrido por los diferentes Códigos de Procedimiento Penal Colombiano que han sido promulgados a través de la historia, empezando por la Ley 57 de 1887 y concluyendo con las referencias normativas contenidas en la Ley 906, siendo ésta el Código de Procedimiento Penal vigente en Colombia, a la fecha de realización de este documento.

### **III LEY 57 DE 1887<sup>5</sup>**

El Libro Tercero de la Ley 57 de 1887, se encargaba de regular los aspectos concernientes al procedimiento penal. En su Título Primero, establecía los lineamientos bajo los cuáles se adelantaban las “diligencias para investigar los delitos y descubrir y asegurar a los delincuentes”.

---

<sup>5</sup> Ley 57 de 1887. Esta Ley era reconocida como el Código Judicial. Fue promulgada el 15 de abril de 1887 y en ella se recopilaron diferentes codificaciones, tanto adjetivas, como sustantivas, relacionadas con derecho civil, comercial, penal y procesal.

Aun cuando dicha norma no habla de ninguna de las dos figuras jurídicas analizadas en el presente trabajo, luego de una lectura de los artículos 225<sup>6</sup>, 264<sup>7</sup> y 287<sup>8</sup>, se pueden concluir las siguientes situaciones, como relevantes para el presente trabajo:

1. Para la época en que estuvo vigente la Ley 57 de 1887, el trámite sumarial era absolutamente secreto, inclusive para el mismo procesado, quien para ese entonces no podía ejercer su derecho a la defensa en ese estadio procesal.

---

6 Artículo (sic) 225: "La instrucción del sumario es de carácter reservado: en ella no intervendrá sino el funcionario de instrucción, el Juez de la causa y sus Secretarios y los Agentes del Ministerio público. El denunciante puede ampliar su denuncia y dar los informes que estime conveniente, quedando a esto reducido su derecho. Ningún otro empleado público tiene derecho a leer el sumario, ni a solicitar la práctica de ninguna diligencia, ni a pedir copia de las diligencias practicadas, salvo el caso de que se proceda contra alguno de los funcionarios que intervengan en el sumario, a fin de averiguar la responsabilidad en que, en la primera instrucción, puedan haber incurrido aquellos".

7 Artículo (sic) 264: "Produce nulidad en los juicios criminales:

1o. La incompetencia del Juez, si la jurisdicción fuere improrrogable. No se reputa incompetente el que ha sido designado de conformidad con los artículos 230 a 231; 2o. La ilegitimidad del acusado, cuando el negocio sea de aquellos en que no puede procederse de oficio; pero esta causal no podrá alegarse no declararse después de haber principiado la celebración del juicio; 3o. No haberse notificado al reo el auto de enjuiciamiento; pero esta causa de nulidad desaparece, si habido comparecido el reo en el juicio, no la reclama, dentro del día siguiente al en que se le haga la primera notificación; 4o. No haberse notificado a las partes el auto en que se abre la causa a prueba; pero el proceso no se anula si la parte no notificada hace uso del derecho de producir pruebas, ni tampoco si citada para recibir las de la contraria, no solicita, dentro del día siguiente que se retrotraiga el juicio al estado de hacersele la notificación omitida y comenzar a correr dicho término. Solo dicha parte, no notificada, puede pedir la anulación del proceso por esta causal; 5o. No haberse notificado a las mismas partes el auto en que se señala día para la celebración del juicio; pero no se declarará la nulidad, si la parte no notificada concurre a la práctica de la diligencia. Solo a petición de esa misma parte podrá anularse el juicio por esta causal; 6o. No haberse celebrado el juicio el día y hora señalados, siempre que la diligencia se haya practicado sin la asistencia de la parte que alega la nulidad; 7o. Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable, o del ofendido.

8 Establecía: Artículo 287. Si el Fiscal y el defensor no concurren al acto de la celebración del juicio, incurrirán en una multa de diez a cincuenta pesos, que les impondrá el Juez de la causa; pero no por eso dejará de practicarse aquella.

El reo, si no estuviere preso, y el acusador particular, puede concurrir si quieren. Si el reo estuviere preso, será conducido a dicho acto, a menos expresamente renuncie su asistencia, y eso se hará constar en la diligencia de notificación, o por medio de un escrito. Si concurriere al acto, estará en el sin prisiones, si así lo solicitare. No obstante, lo dispuesto en el anterior inciso, el reo que se encuentre en el lugar del juicio puede ser obligado por el Juez, de oficio o a solicitud de parte, o de los miembros del Jurado, a presentarse en el acto de la celebración del juicio, o en cualquiera otro acto en que, en concepto del mismo Juez convenga su presencia para la recta administración de justicia.

2. El procesado era convocado, tan solo hasta cuando era llevado a juicio, ya que todas las diligencias de instrucción del sumario, eran llevadas a cabo sin que fuere necesaria su comparecencia, o su vinculación, la cual se podría entender, a partir de la notificación del auto de enjuiciamiento.
3. El juicio no podía llevarse a cabo sin que el encartado no hubiese sido notificado acerca del auto de enjuiciamiento, siendo ésta una causal de nulidad del mismo, la cual era subsanable si el reo se hacía presente en el juicio y no la alegaba. En todo caso, no era necesaria la presencia suya en dicha actuación, sino, más bien, facultativa.

Es decir, podría considerarse que para el sistema modelado bajo el imperio de la Ley 57 de 1887, no era muy importante la defensa material, y la técnica, al parecer, era eminentemente formal, pero, en todo caso, nada se decía respecto de si la persona no era debidamente notificada acerca del auto de enjuiciamiento; situación que, como veremos, fue superada con el advenimiento de la vinculación en ausencia del procesado, a través de la figura denominada “reo ausente”, la cual fuera incluida en la Ley 94 de 1938.

#### **IV Ley 94 de 1938**

Desde la Ley 94 de 1938<sup>9</sup>, la legislación colombiana contemplaba la posibilidad de adelantar, tanto la fase sumarial, como los mismos juicios, en ausencia del procesado. Se deben distinguir dos momentos fundamentales en el procedimiento penal regentado por dicha norma: la fase sumarial y la fase de la causa. La primera de ellas, equivaldría a la indagación-investigación de la Ley 906 y, la segunda, al juicio, aun cuando se debe tener en cuenta, que la etapa de juicio contemplada en el actual Código de Procedimiento Penal, empieza con la formulación de acusación y, en términos de la Ley 94 de 1938, el juicio comenzaba con la ejecutoria del auto de proceder que, guardadas las proporciones, equivalía a la conocida resolución de acusación contemplada en la Ley 600.

En la primera de las etapas, la del sumario, el artículo 365 de la Ley en comentario<sup>10</sup>, disponía que si la persona no era encontrada, se podía prescindir, inclusive, de su indagatoria. De ello se desprende que la defensa material, para ese entonces, no revestía la más mínima importancia para el legislador y en consecuencia para las autoridades judiciales de la época, quienes eventualmente, podían adelantar sumarios sin que fuese necesaria, en algunos casos, siquiera la presencia del defensor, como se desprende

---

<sup>9</sup> Esta Ley es conocida por ser el primer Código de Procedimiento Penal Colombiano.

<sup>10</sup> Ley 94 de 1938. Art. 365: “La indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de practicadas las mismas diligencias a que hace referencia el artículo 433, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de éste.

del contenido del artículo 357 de la misma Ley<sup>11</sup> y, menos aún, la comparecencia del procesado, en desmedro absoluto de sus garantías judiciales, o por lo menos, de las mínimas que le eran reconocidas para aquél momento.

El artículo 433 de dicha norma<sup>12</sup>, facultaba al Juez de Instrucción Criminal<sup>13</sup> para vincular en ausencia al procesado, con el mero propósito de notificarle el auto de proceder<sup>14</sup> y poder iniciar así el juicio sin la presencia de su destinatario principal, como lo es el sujeto pasivo de la acción penal.

Es decir, para la época en que estuvo vigente el primer Código de Procedimiento Penal colombiano, el procesado no era siquiera necesario para el adelantamiento de una causa criminal porque, para ese momento, lo único que importaba era conocer la verdad de lo que había sucedido, y esa verdad, podía ser conocida a través de las demás pruebas que se practicaren dentro del sumario.

---

11 Ley 94 de 1938. Art. 357: "A ningún procesado se le recibirá indagatoria sin que esté presente su apoderado, salvo en los casos siguientes:

1. Cuando haya urgencia de practicarla, con el fin de verificar luego un careo entre el procesado y otra persona que esté en peligro de muerte; 2. Cuando haya indicios a punto de desaparecer y sobre los cuales deba interrogarse al procesado y a otra persona que esté en peligro de muerte; 3. Cuando el procesado haya sido cogido in flagranti delicto y sea necesario, para los fines de la justicia, la instrucción sumaria en el sitio en que se hubiere sorprendido al procesado, y, 4. Cuando el mismo procesado estuviere en peligro de muerte y sea necesario interrogarlo para el descubrimiento de la verdad que se investiga".

12 Ley 94 de 1938. Art. 433: "Dictado el auto de proceder, el juez ordenará citar al procesado por medio de los empleados de su dependencia o de la Policía, si fuere necesario, para que se le notifique personalmente.

Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se emplazará por edicto que permanecerá fijado, durante veinte días en la secretaría del juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste se seguirá el juicio hasta su terminación.

Si el procesado estuviere excarcelado con fianza, se dará cumplimiento a las disposiciones sobre el particular y a lo dispuesto en el inciso anterior".

13 Los Jueces de Instrucción Criminal eran los funcionarios judiciales encargados de impulsar los procesos penales y de llevar a juicio a los presuntos responsables del delito. Son, esencialmente, los antecesores de los actuales Fiscales.

14 Dicha actuación sería la equivalente, guardadas las proporciones, a la actual audiencia de formulación de acusación, siendo su principal diferencia que aquél acto era eminentemente escritural, ello, en atención a que el sistema procesal que regía para aquél entonces era de corte inquisitivo. En todo caso, se hace el presente comentario para que se tenga un referente frente a esta figura, para así contextualizarla dentro del presente artículo, ya que no todo el mundo puede tener conocimiento de dicha normatividad y, menos aún, nuestros jóvenes colegas, quienes se han formado solo bajo el imperio de la Ley 906 y, con suerte, han llegado a conocer solo pinceladas de la Ley 600, los cuales son los Códigos de Procedimiento Penal más recientes y sobre los cuáles se han formado los abogados a partir de la entrada en vigencia de cada una de las normas antes referidas.

Aún cuando pareciere que para la etapa del juicio sí era necesaria la presencia del procesado, como se desprende del contenido del artículo 465<sup>15</sup> de la Ley en comento, ello no es una forzosa conclusión, ya que, según las voces del art. 466<sup>16</sup>, se exceptuaba el caso en que la persona no hubiese sido encontrada.

Como vemos, para el tiempo en que estuvo vigente la Ley 94 de 1938, era viable adelantar, tanto la fase sumarial, o de instrucción del proceso, como la del juicio propiamente dicho, sin que el procesado se enterase que estaba sujeto a una investigación criminal, porque además, no era necesaria su vinculación al proceso, dado que lo importante, para ese entonces, era descubrir la verdad, sin tener en cuenta a uno de sus artífices.

### **V Decreto 1345 de 1970**

El artículo 109 del Decreto 1345 de 1970<sup>17</sup> introduce el término de procesado, como aquél sobre quien recae la acción penal y, a su turno, el artículo 371, incorpora, de manera novedosa, la vinculación en ausencia del procesado mediante indagatoria, luego de un procedimiento incipiente<sup>18</sup>, a través del cual se buscaba, más que garantizar el derecho de defensa, formalizar la vinculación del sindicado al trámite de la instrucción y así continuar con el diligenciamiento hasta agotar la fase del juicio.

Éste es el primer avance en la legislación nacional, tendiente a reconocer una nueva garantía judicial al procesado, la de comparecer a la causa, ya que como ocurría en la Ley 94 de 1938, la presencia de éste no era exigida en la fase sumarial, sino hasta la etapa del juicio, pero sólo si había sido posible notificarle personalmente el “auto de proceder”, ya que, de lo contrario, podría adelantarse esta fase en su ausencia.

Con la modificación introducida al procedimiento penal mediante la entrada en vigencia del Decreto 1345 de 1970, fue muy poco lo que cambió respecto de dicha forma de vinculación, salvo el término del edicto que debía fijarse para que, si de alguna manera el sujeto investigado se enteraba del requerimiento judicial, compareciera, so pena de ser declarado “reo ausente”, tal y como se desprende del contenido del art.

---

15 Ley 94 de 1938. Artículo 465: “La audiencia se celebrará públicamente con la asistencia del Agente del Ministerio Público, del procesado y su defensor, y de la parte civil o su apoderado si quisieren concurrir.”

16 El artículo 466 rezaba que “La no presencia de las parte o de sus apoderados no impedirá la celebración del juicio, pero la asistencia del enjuiciado es obligatoria aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación. Exceptúase el caso contemplado en el artículo 433”.

17 Decreto 1345 de 1970. Artículo 109: “El sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado.”

18 Tal procedimiento era el siguiente, según el tenor del art. 371 de la ley en mención: “Cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante diez días en la secretaría del juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, y se le nombrará apoderado de oficio para que lo represente durante las diligencias.”

477<sup>19</sup>, en donde se adelantaba la misma forma de notificación del auto de proceder, si no se podía realizar de manera personal, se fijaba el edicto y luego se declaraba reo ausente al procesado, para poder iniciar la etapa de juicio.

Como se puede observar, la única diferencia entre estas dos normas, es que en la anterior legislación, no era necesaria la comparecencia del procesado en la fase sumarial, y en ésta, se podía prescindir de su presencia si no era posible ubicarlo para vincularlo mediante la declaración indagatoria.

## **VI Decreto 409 de 1971:**

Siguiendo la línea del Decreto 1345 de 1970, esta reforma al procedimiento penal colombiano incluía, igualmente, la posibilidad del Juez Instructor, de emplazar mediante edicto, a la persona que no había sido hallada, a fin de escucharla en indagatoria, para que luego de diez días, si no comparecía, se le declarara ausente y se le nombrara defensor<sup>20</sup>, sin que fuere necesaria la indagatoria para continuar con la fase sumarial o para calificar su mérito<sup>21</sup> y menos aún, demostrar si se había propendido por encontrar, ubicar, o al menos citar al por indagar, a fin de materializar su derecho a ser oído en pro de su defensa.

Así mismo, existía la posibilidad, como en el anterior Código de Procedimiento Penal, de vincular en ausencia para notificar el auto de proceder y así poder continuar con

---

19 Decreto 1345 de 1970. Artículo 477: "Notificación. Dictado auto de proceder, el juez ordenará citar al procesado para que se le notifique personalmente, y si fuere el caso, se hará saber a las autoridades de policía para su captura. Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si transcurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación. El sindicado contra quien estuviere vigente auto de detención, y que no estuviere capturado, no podrá designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio, sino por escrito que presente personalmente ante el funcionario que adelante el proceso o conozca de él. Si no presentare personalmente el poder, seguirá representado por el apoderado o el defensor de oficio que se le hubiere nombrado".

20 Decreto 409 de 1971. Artículo 382: "Emplazamiento para indagatoria. Cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante diez días en la secretaría del juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, y se le nombra defensor".

21 Decreto 409 de 1971. Artículo 401: "Continuación del proceso sin indagatoria. La indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de practicadas las diligencias a que se refiere el artículo 382, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar su mérito.

el adelantamiento de la etapa de juicio<sup>22</sup>, denotándose que para nada era importante contar con la presencia del procesado en el proceso que se adelantaba en su contra.

Así las cosas, podemos observar que esta reforma no cambió el tema de la vinculación en ausencia, la cual se mantuvo casi en las mismas condiciones que en el extinto Decreto 1345 de 1970.

### **VII Decreto 181 de 1981**

El artículo 273<sup>23</sup> del Decreto 181 de 1981, disponía que si de la investigación adelantada se desprendía que una persona podía estar involucrada en la comisión de una conducta punible, se ordenaba que se le escuchara en declaración juramentada, quedando así vinculada como procesado. Si estaba identificado y no era posible encontrarlo o si no comparecía voluntariamente, se le declaraba en rebeldía, se le designaba defensor de oficio y se continuaba el trámite procesal.

De ello se denota que no existía claridad para la época respecto de la rebeldía y de la ausencia del procesado, confundiendo los términos en uno solo y vinculándose indistintamente a quien era contumaz o a quien no conocía de la existencia de un proceso en su contra y no era encontrado para hacerlo comparecer al proceso.

Por su parte, los Artículos 306<sup>24</sup> y 307<sup>25</sup>, establecían la posibilidad de declarar en rebeldía

---

22 Decreto 409 de 1971. Artículo 484: "Notificación. Dictado auto de proceder, el juez ordenará citar al procesado para que se le notifique personalmente, y si fuere el caso, se hará saber a las autoridades de policía para su captura. Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si transcurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación".

23 Decreto 181 de 1981. Artículo 273. "Iniciación del Proceso. En los casos de flagrancia o cuasi flagrancia o cuando del medio de conocimiento o de las diligencias practicadas, puede inferir que una persona determinada es autora o cómplice de un hecho punible, el funcionario de investigación ordenará iniciar el proceso investigativo y dispondrá que se les oiga en declaración bajo juramento como procesado y solicitará, si fuere el caso el embargo y secuestro preventivos de acuerdo con el artículo 389 de este Código.

Si el presunto infractor estuviere identificado y no fuere posible hallarlo, o si citado no compareciere, se le declarará en rebeldía, se le nombrará defensor de oficio y se continuará el proceso.

Lo dispuesto en el inciso anterior no impide la actividad probatoria".

24 Decreto 181 de 1981. Artículo 306: "Declaratoria de Contumacia del procesado. Si el procesado estuviere debidamente identificado, transcurridos cinco días contados a partir de la fecha de expedición de la orden de captura, no hubiere sido aprehendido o no hubiere comparecido voluntariamente, se le declarará, en rebeldía, se le nombrará defensor de oficio y se proseguirá la investigación hasta su culminación".

25 Decreto 181 de 1981. Artículo 307: "Citación para interrogatorio. Cuando no fuere procedente la captura, el funcionario de investigación citará a la persona para que comparezca a rendir declaración como procesado. Si citado no compareciere, con base en el informe respectivo inmediatamente lo declarará en rebeldía, le nombrará

a los procesados, aun cuando se hubiese o no librado orden de captura en su contra y sin importar si estos conocían o no de la investigación que se les adelantaba, ya que lo importante era vincularlos y designarles defensor de oficio para poder continuar con la investigación, siendo mas bien subsidiario el derecho que tenían de ser escuchados dentro del expediente, pues según el artículo 308<sup>26</sup> de dicho estatuto, éste podría ser usado luego de haber sido declarados rebeldes.

### **VIII Decreto 050 de 1987**

A partir de este nuevo Código de Procedimiento Penal, se acuña el término de sujetos procesales<sup>27</sup>, para denotar aquellas personas que intervenían en el proceso penal o que eran propias a éste.

Así como en el Decreto 1345 de 1970, en este nuevo Código de Procedimiento Penal, se incluye la definición de procesado, como aquél sobre quien recae la acción penal y ostenta esa calidad, luego de ser vinculado al sumario a través de la indagatoria o de la declaratoria de ausente<sup>28</sup>.

Entonces, ¿cómo era la forma de vinculación en ausencia, en la época en que estuvo vigente este nuevo decreto? Para la etapa de instrucción, era viable decretar la vinculación a través de la declaratoria de persona ausente, a fin de vincular al proceso investigativo al sujeto pasivo de la acción penal. Si no era posible lograr su comparecencia, ello se hacía luego de emplazar por un término de cinco días, a quien debía ser escuchado en indagatoria; luego, se le declaraba ausente y se le designaba defensor de oficio.

Un nuevo intento de obtener la comparecencia personal del procesado se observa en esta legislación. Se habla ahora de la declaración en ausencia, de aquél en contra de quien se había ordenado la captura. Este fue un paso importante en nuestra cultura jurídica, porque ya no solo bastaba con citar a la persona a indagatoria y emplazarla, sino que en un nuevo esfuerzo para obtener su concurrencia al proceso, tal vez porque

---

defensor de oficio y proseguirá la investigación hasta su culminación”.

26 Decreto 181 de 1981. Artículo 308: “Derecho del procesado a ser oído en declaración. En cualquier momento el procesado que haya sido declarado en rebeldía podrá solicitar al funcionario le reciba declaración como procesado. En todo caso, quien tenga noticia de la existencia de un proceso en el que obren imputaciones en su contra, puede solicitar al funcionario respectivo le reciba declaración como procesado. De la solicitud deberá quedar constancia en el expediente”.

27 El tratadista Argentino CLARIA (1998, p. 261), define a los sujetos del proceso penal como “las personas públicas o privadas que intervienen necesaria o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción o defensa, puestos en acto ante la presencia de un concreto objeto procesal penal”.

28 Decreto 050 de 1987. Artículo 125: “Sujeto pasivo de la acción penal. El sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado. Dicha calidad se adquiere a partir de la indagatoria o de la declaración de ausente para la misma.

el legislador se percató de la importancia de esta situación, se ordena la restricción de la libertad de la persona, con miras a vincularla personalmente al proceso que se le adelantaba<sup>29</sup>, ya que de la vinculación al sumario dependían otras situaciones como, la resolución de la situación jurídica del encartado y solo fue hasta estas tres últimas reformas que se empezó a entender que sin vincular al procesado no se podía imponer medida de aseguramiento en su contra<sup>30</sup>.

Hasta ahora hemos hablado de regímenes procesales penales existentes en vigencia de la Constitución de 1886. Ahora, veremos cuáles han sido los principales Códigos de Procedimiento Penal, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual implementó el modelo de estado social de derecho<sup>31</sup> y, dentro de sus fines, estableció entre otros, materializar los derechos y garantías contenidas en la misma Constitución<sup>32</sup>, así como, la aplicación prevalente de los tratados de derecho internacional, ratificados por el estado colombiano, siempre y cuando tengan que ver con derechos fundamentales<sup>33</sup>.

---

29 Decreto 050 de 1987. Artículo 378: “Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco (5) días en un lugar visible del juzgado. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin obtener respuesta, se procederá conforme al inciso anterior”.

30 Decreto 050 de 1987. Artículo 411: “Vinculación previa a la resolución de la situación jurídica. No podrá resolverse situación jurídica sin que previamente, se haya recibido indagatoria al imputado, o declarado persona ausente”.

31 Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

32 Ob. Cit. Artículo 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

33 Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en

Como una de las más importantes reformas introducidas mediante la Carta Política de 1991, encontramos las disposiciones contenidas en el Título VI, Capítulo VIII, artículos 249 y siguientes. A través de dicha normatividad se introdujo una nueva institución en la Rama Judicial del Poder Público: la Fiscalía General de la Nación.

En esta reforma constitucional, encontramos los albores de la tendencia acusatoria en el procesamiento criminal colombiano, aunque dentro de un proceso penal con marcada influencia inquisitiva, en la fase sumarial, y oral en la etapa de juicio, ello, con el propósito de modernizar la administración de justicia y brindar mayores garantías al sujeto pasivo del proceso penal, que es, en últimas, en pro de quien se ha instituido esta rama adjetiva del derecho.

Aun cuando cada una de las tres codificaciones procesales penales que han tenido vigencia a partir de 1991, han sido objeto de gran cantidad de reformas, debido, entre otros aspectos, a la ausencia de una política criminal seria, a continuación abordaremos las más relevantes, de manera sucinta.

### **IX Decreto 2700 de 1991**

Atribuye la condición de sujeto procesal, a aquél que ha sido vinculado a la instrucción, ora mediante indagatoria u ora mediante la declaratoria de persona ausente, denominándolo sindicado<sup>34</sup>, a quien le otorga los mismos derechos que al defensor, salvo en lo concerniente a la sustentación del recurso de casación<sup>35</sup>.

En cuanto tiene que ver con la declaratoria de persona ausente, no es mayor el avance en tal aspecto, toda vez que se habla, aún, de la fijación de un edicto emplazatorio en el Despacho, para enterar, de esa manera, al procesado, quien si no comparecía luego de agotado el término correspondiente, que para este caso era de cinco días, se le declaraba ausente y se le designaba defensor de oficio, o si se había librado orden de captura, luego de diez días, sin que se hiciera efectiva, se procedería de la misma manera, es decir, a declarar ausente al por indagar y a designarle defensa de oficio<sup>36</sup>.

---

la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

34 Decreto 2700 de 1991. Artículo 136: “Calidad del sujeto procesal. Se denomina imputado a quien se atribuya participación en el hecho punible. Este adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

35 Decreto 2700 de 1991. Artículo 137: “Facultades del sindicado. Para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación. Cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas.

36 Decreto 2700 de 1991. Artículo 356: “Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco días en un lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

De lo anterior, se sigue evidenciando, aun cuando hubo un cambio constitucional y se modificó el modelo de estado, acogiéndose el de estado social de derecho, que las políticas de eficientismo judicial no habían sido modificadas, ya que se denota que para la época no era importante, en lo absoluto, escuchar al procesado, sino que era suficiente con cumplir con un formalismo para poder adelantar el proceso hasta su culminación, ya que no se indicaba, concretamente, la forma en que se debía proceder para continuar el trámite procesal en ausencia del encartado.

La manera de vincular en ausencia, aún era bastante escueta. Restaba, como se dijo, con emplazar al por indagar, y si no comparecía en el término indicado, ipso facto, el procesado era declarado ausente por el mismo ente acusador.

Pero nada más podía esperarse en un sistema como aquél que se proyectó mediante dicho Decreto, en el cual predominaron características propias del modelo inquisitivo, tales como la escrituralidad y la permanencia de la prueba, entre otras, y en el que, como hecho novedoso, muchas funciones judiciales habían sido discernidas a la recién nacida Fiscalía General de la Nación<sup>37</sup>; institución que, para ese entonces, recogió a la gran mayoría de funcionarios y empleados judiciales que laboraban en los ahora extintos Juzgados de Instrucción Criminal.

### **X Ley 600 de 2000**

Al igual que su antecesor, es decir, el Decreto 2700 de 1991, otorgaba la condición de sujeto procesal al sindicado que había sido vinculado mediante indagatoria o mediante declaratoria de persona ausente<sup>38</sup>, con lo cual se evidencia que no hubo avance alguno al respecto, siguiéndose de esta manera la tradición jurídica imperante en nuestro país desde tiempo atrás.

---

En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada.

Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta, se procederá conforme a lo previsto en este artículo”.

37 Dicha Institución fue introducida a través de la Constitución Política de Colombia de 1991, habiendo sido adscrita a la Rama Judicial, en virtud de lo dispuesto en la norma de normas, Título VIII, Capítulo VI, artículos 249 y siguientes.

38 Ley 600 de 2000. Artículo 126: “Calidad del sujeto procesal. Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528 Se denomina imputado a quien se atribuya autoría o participación en la conducta punible. Este adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente”.

El artículo 344 de este Código de Procedimiento Penal<sup>39</sup> disponía la manera en que se debía vincular mediante la declaratoria de persona ausente a quien no era posible citar para ser escuchado en indagatoria. Así, dicha norma establecía que la vinculación en ausencia procedía luego de diez días de haberse librado orden de captura, o de conducción, en contra del procesado que debía rendir indagatoria, si aquellas no se habían hecho efectivas.

### **XI Ley 906 de 2004**

Para que pudiese implementarse el sistema penal oral acusatorio, fue necesario hacer una reforma constitucional,<sup>40</sup> a fin de acomodar a la realidad colombiana la nueva estructura procesal penal que ha sido implementada mediante la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Dicha normatividad introdujo novedosos principios, no del todo desconocidos, gracias a la tendencia acusatoria del modelo previsto en su antecesora, la Ley 600 de 2000, pero que, en todo caso, cambiaron por completo el paradigma del juzgamiento criminal en Colombia.

El cambio más importante, se produjo con la separación de la gran mayoría de las funciones judiciales que ostentaba la Fiscalía General de la Nación y su traslado a un nuevo y muy importante funcionario, encargado de velar por los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso penal, al cual se le denominó “Juez de Control de Garantías”, ante quien se debe realizar la audiencia de formulación de imputación, que es aquella actuación a través de la cual el procesado adquiere la condición de imputado y a favor suyo se activan un cúmulo de derechos, garantías y prerrogativas; vinculación que, conforme lo vimos al inicio de este documento, puede

---

39 Ley 600 de 2000. Artículo 344: “Declaratoria de persona ausente. Si ordenada la captura o la conducción, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión o la conducción sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno.

De la misma manera se vinculará al imputado que no haya cumplido la citación para indagatoria dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha fijada para el efecto, cuando el delito por el que se proceda no sea de aquellos para lo que es obligatoria la resolución de situación jurídica.

En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada”.

40 Ley 906 de 2004, la cual fue implementada a través del Acto Legislativo 003 de 2002, el cual modificó los artículos 116 y 150 de la Carta Política y ordenó la expedición de toda la normatividad necesaria para la implementación del sistema acusatorio.

hacerse de manera personal, o a través de la declaratoria de persona ausente, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 127, o, declarándolo contumaz o rebelde, conforme a las previsiones del también ya citado artículo 291.

## **XII POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE A LA VINCULACIÓN EN AUSENCIA**

Mediante la Sentencia C-488 de 1996<sup>41</sup>, la Corte Constitucional resolvió demanda de inconstitucionalidad presentada sobre algunos apartes de los artículos 136, 313, 356, 384, 385 y 387 del Decreto 2700 de 1991, los cuales se relacionaban con la declaratoria de persona ausente. Entendible este pronunciamiento, desde el punto de vista de la dinámica procesal que se manejaba para ese entonces, dado que, dicho régimen de procesamiento criminal tenía una marcada tendencia inquisitiva.

La cuestión fundamental partió de dos motivos, a saber: allí se diferenció del procesado que se ocultaba, de quien la Corte predicó el hecho de asumir como cierta la posibilidad, para este caso, de renunciar al derecho a la defensa, para delegarla en su abogado, bajo el entendido que podría presentarse en cualquier momento, pudiendo solicitar la invalidación de lo actuado, solamente si se observaba vulneración a la defensa técnica.

En cuanto al segundo evento, es decir, en el caso que la persona no se oculte, sino que no se entere que está siendo procesada, por la incompetencia del Estado en hacerlo comparecer, la solución es muy similar, permitiendo que el procesado pueda solicitar la nulidad en cualquier momento, así como la factibilidad de accionar, en sede de tutela, cuando exista vulneración de sus derechos fundamentales.

---

41 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-488/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Dicho pronunciamiento, en algunos de sus apartes, dispuso: "En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado."

En Sentencia C-248 de 2004<sup>42</sup>, la misma Corporación realizó control de constitucionalidad del Art. 344 de la Ley 600, declarando su exequibilidad, y manifestó que era válido acudir a esta “ficción jurídica” para garantizar la prestación del servicio público de administración de justicia, supuestamente para garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de la víctima, aun cuando se restrinja el derecho a la defensa, sobre todo en tratándose del derecho a la defensa técnica, el cual, en todo caso, debe ser amparado, a través del reconocimiento de la presunción de inocencia y de la designación de un abogado de oficio.

Es decir, la Corte Constitucional entendió que al sacrificar los derechos fundamentales del procesado, se satisfarían los derechos de los demás sujetos procesales y, en esencial, de la Sociedad para acceder a un servicio público fundamental, como lo es la administración de justicia. Un ejercicio de ponderación de derechos bastante complicado, pero que, en últimas, terminó con el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal.

---

42 Corte Constitucional, Sentencia C-248/04, M.P. Rodrigo Gil Escobar. El pronunciamiento, frente al tema en concreto, es del siguiente tenor: “A juicio de esta Corporación, es válido acudir a la declaratoria de persona ausente como acto de vinculación del sindicado al proceso penal, con la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de administrar justicia (C.P. arts. 228 y 229), ya sea porque dicho sindicado ha sido emplazado o se ha ordenado su captura y el mismo se ha negado a comparecer, o eventualmente, cuando se trata de la ausencia real del procesado.”

“La relación jurídica procesal en tratándose de la declaratoria de persona ausente, no se sujeta a la presencia física del imputado, sino que se adelanta a través de una ficción jurídica que permite el cumplimiento de la función pública de administrar justicia de manera permanente y eficaz, en aras de garantizar, entre otros, los derechos a la verdad y a la justicia”.

“Aun cuando se reconoce que la declaratoria de persona ausente implica una disminución en la intensidad del ejercicio del derecho de defensa, en especial, en el caso de la defensa material, es indudable su validez constitucional por la necesidad de asegurar el logro de tres finalidades básicas para la correcta administración de justicia.”

En primer lugar, porque permite la continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado. En segundo lugar, porque permite el cumplimiento del principio de celeridad procesal al impedir que el juicio criminal se sujete a la espera indefinida del sindicado, pese a la existencia de un hecho punible y a la individualización de un posible responsable que exigen la pronta continuidad del proceso penal, en aras de preservar la justicia y la verdad y, eventualmente, de reparar el derecho de las víctimas. Por último, porque el derecho a la defensa del sindicado se garantiza mediante su vinculación al proceso y, por ende, a través del nombramiento de un defensor de oficio que adelante todas las estrategias de defensa que se consideren necesarias para desvirtuar la acusación criminal que se endilgue en su contra, obviamente, bajo el reconocimiento de la presunción de inocencia como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho”.

“Es pertinente destacar que en los procesos en ausencia debe garantizarse con mayor rigor el derecho de defensa, es decir, el juicio que adelante la autoridad competente para acreditar el cumplimiento de los requisitos que legitimen su procedencia, debe realizarse de manera estricta, pues es deber de dicha autoridad evitar el desconocimiento del principio de contienda que subyace en todo proceso acusatorio.”

Ahora, mediante Sentencia C-591/05<sup>43</sup>, a través de la cual se realizó control de constitucionalidad a las figuras de la declaratoria en ausencia y la contumacia, contenidas en la Ley 906 (arts. 127 y 291), la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, bajo el presupuesto de que se cumpla con ciertos parámetros, tales como agotar todos los medios tendientes a informar a la persona, que debe estar plenamente identificada e individualizada, sobre la existencia del proceso, además de evidenciar la renuencia, todo ello, bajo el estricto control judicial formal, real y material, de la actividad desplegada por la Fiscalía, para que así, si no se logra la comparecencia del procesado, a éste se le revista de todas las garantías atinentes a su condición, lo cual resulta contradictorio, dado que, como veremos adelante, es imposible que una persona que no conoce que está siendo procesada, pueda ejercer algunas garantías judiciales que le atañen.

Igual que en anterior oportunidad, se pretenden garantizar derechos fundamentales, irrenunciables por demás, a que la persona esté presente en su juicio, a que, previo a éste, conozca los cargos por los cuales ha sido investigado y es llevado a juicio, a ser oído, a interactuar con la parte acusadora. Todo ello, bajo la falacia de que si el Es-

---

43 Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Allí se dijo: “En materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia.”

“En el derecho comparado el derecho a estar presente en el juicio oral se ha entendido en términos absolutos. Así, en el sistema acusatorio americano, en el caso *Illinois vs. Allen*, la Corte Suprema Federal resolvió que el derecho de un acusado a estar presente en el juicio no es impedimento para que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal ordenó que se retire al acusado de la sala y continúe el juicio en su ausencia. De igual manera en el caso de *Maryland vs. Bussman*, se reconoció el derecho del acusado a renunciar libremente a su derecho a encontrarse presente durante el juicio oral.”

“La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera (sic) obligatoria la fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia”.

tado propende por ubicarlo pero le es imposible, garantizando su defensa técnica, se suplirán las exigencias propias de la defensa y cobrarán fuerza sus derechos, al designar un Defensor Público. Además de ello, no se ha tomado en consideración que en los casos analizados (Illinois vs. Allen y Maryland vs Bussman), se parte de la base de que el “Defended”, puede renunciar a su derecho a estar presente en el juicio, pero de ello no se puede concluir que previo al juicio, no tenga el derecho de enterarse que está siendo investigado, a conocer la acusación en su contra y, concretamente, a defenderse.

Esa situación hace referencia única y exclusivamente al deseo de no estar presente mientras se adelanta la audiencia de juicio o que, bajo ciertas circunstancias, *verbi gratia*, el comportamiento inadecuado asumido por el procesado, no sea factible que éste sea retirado de la sala para continuar con el desarrollo de la actuación o que, debidamente informado, desee renunciar a su derecho a estar presente en el juicio.

### **XIII DERECHO COMPARADO**

Veamos cómo la declaratoria de persona ausente y la contumacia, han desaparecido de las legislaciones procesales penales en otras latitudes, para, de esta manera, dar cumplimiento al estándar internacional y así cumplir los compromisos adquiridos a través de la inclusión de pactos y tratados de derecho internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Estatuto de Roma, entre otros, con el propósito de dar alcance al denominado principio *pacta sunt servanda*<sup>44</sup>. MONROY (1998).

Se destacan en este trabajo los casos argentino, chileno y español, en atención a que, en los dos primeros eventos, por ser países latinoamericanos, es de suma importancia realizar dicha comparación, dado que en los mismos, aunque guardadas las proporciones, se viven realidades procesales muy similares, tanto así que el modelo Chileno sirvió como fundamento, en muy buena parte, para la implementación del esquema adversarial en Colombia. En cuanto al caso español, por ser España, la madre patria, la que legó el sistema continental europeo a través de la colonización, es importante estudiar su modelo procesal penal, dado que allí, luego de ser la generalidad, pasa a ser la excepción, la posibilidad de adelantar juicios *in absentia*, pero solo, en determinados casos, tal y como veremos mas adelante.

Por estar el presente trabajo, encaminado a demostrar que los sistemas procesales pueden prescindir de esta figura de los juicios en ausencia, no se analizaran casos en

---

44 “Este principio lo han reconocido y afirmado tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales. El fundamento jurídico reside en la paz, seguridad y convivencia entre los Estados. La norma de que los Estados deben cumplir los tratados, se encuentra establecida en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, en el art. 17 de la Carta de la OEA, en el preámbulo de la Carta de la ONU y en el Pacto de la Unidad Africana”. MONROY (1998, p. 129).

donde aun persista la posibilidad de esta situación, dado que ello no contribuiría en el tema de estudio pues en aquellos países en donde se encuentre dicha opción, al igual que en el caso colombiano, se estarían incumpliendo los compromisos internacionales adquiridos y la realidad de esas latitudes, será muy similar a la de nuestro país, en este sentido.

Aun así, llama la atención el caso cubano, en donde si bien existe la figura de la rebeldía, no tiene los alcances que la misma posee en nuestro país y menos en los modelos argentino o chileno, dado que allí existe como forma de vinculación al proceso, mas no como una figura de la cual pueda echarse mano para adelantar el juicio sin la presencia del procesado, tal y como se desprende de la lectura del artículo 447<sup>45</sup> de la Ley de Procedimiento Penal de Cuba, en donde se dispone el archivo de la actuación hasta tanto no se logre la comparecencia del acusado.

Así mismo, llama la atención el caso de El Salvador, en donde, al igual que en Cuba, existía la posibilidad de vinculación en ausencia tal y como se desprende del Artículo 93<sup>46</sup> del antiguo Código Procesal Penal de este país centroamericano. Empero, mediante la nueva legislación se permite adelantar juicios en ausencia del procesado, siempre y cuando la persona no se haga presente a las diferentes audiencias a las que debe comparecer, habiendo sido citado en debida forma o se fugue del lugar en que está privado de la libertad, caso en el cual es declarado rebelde, con las consabidas consecuencias que ello acarrea, conforme se regula en el artículo 88<sup>47</sup> del nuevo Código Procesal Penal. Es decir, se produjo un retroceso en materia de juicios en ausencia, dado que anteriormente no se podían adelantar y hoy por hoy es viable el encausamiento de ausentes.

---

45 "Artículo 447. Cuando la declaración de rebeldía del acusado tenga lugar hallándose pendiente el juicio oral, éste se suspenderá en cuanto al acusado en rebeldía y se archivarán las actuaciones. Cuando el acusado declarado en rebeldía se presente o sea habido, se abrirá nuevamente el proceso para continuarlo respecto a él, de ser posible, en el estado en que se encontraba cuando se dispuso la suspensión." (Ley de Procedimiento Penal de Cuba, Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977).

46 "Artículo 93 EFECTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO. La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si es declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

Declarada la rebeldía, se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado. (Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo No. 904, de fecha 4 de diciembre de 1996).

47 "Art. 88.- La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción; agotada la misma se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado." (Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto 733, de fecha 22 de octubre de 2008).

## **XIV CASO ARGENTINO**

La legislación Argentina, dentro de su ordenamiento procesal penal, ha proscrito estas formas de vinculación supletorias y ha optado por la vinculación personal, como lo explica el tratadista BINDER (2003) en su libro *Introducción al Derecho Procesal Penal*, en donde expone cómo en ese país, la ausencia del imputado genera la suspensión de la convocatoria al juicio, siendo su presencia fundamental, porque sobre él recae el derecho a la defensa, además de ser considerado como un sujeto principal o esencial<sup>48</sup>, sin el cual no se puede decidir de fondo dentro del proceso.

En el estatuto procesal penal argentino, si bien existe la figura de la rebeldía, la cual consiste en que si el imputado no comparece a las citaciones o se fuga del lugar en que se encuentra detenido, o simplemente se ausenta, se le declarará rebelde y se librará orden de detención en su contra<sup>49</sup>, todo ello, en aras de garantizar su comparecencia

---

48 Esta distinción de sujetos principales o esenciales, ha sido definida por el reconocido procesalista penal argentino Jorge Clariá Olmedo, en los siguientes términos: "Son principales o esenciales todos los sujetos que actúan en vinculación directa con la pretensión penal, aunque también lo hagan con respecto a la pretensión civil (casos del querellante y del imputado)" CLARIÁ (1998). Cuando la cuestión civil ha sido introducida al proceso, el tribunal competente debe ejercer la jurisdicción respecto de ambas pretensiones: la penal y la civil. Si la instancia civil se dirige contra el imputado, éste opondrá sus pretensiones defensivas también respecto de la cuestión civil. Algunos códigos imponen al Ministerio Fiscal ejercer en el proceso penal la acción civil en casos taxativos.

La ausencia de cualquiera de estos sujetos esenciales afecta la existencia válida del proceso por defecto en los presupuestos procesales: sin la intervención de un tribunal, de un acusador y de un imputado no se podrá dictar válidamente resolución sobre el fondo en lo principal.

Sobre esta imprescindibilidad de efectiva intervención podría hacerse una excepción con el imputado durante los primeros momentos de la investigación; es decir mientras éste tiende a identificarlo y a fijar provisionalmente el hecho. La acción puede promoverse legalmente en la ignorancia del autor del hecho, y la jurisdicción puede comenzar a ejercitarse in incertam persona precisamente para obtener su identidad e introducirla al proceso. Algunos auxiliares deben intervenir necesariamente, como el defensor del imputado y el secretario, pero con su ausencia sólo se afectan los actos en particular y no el proceso". CLARIÁ (1998, p. 262-263).

49 "Art. 288. Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia.

Art. 289. Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el tribunal declarará la rebeldía por auto y expedirá orden de detención, si antes no se hubiere dictado.

Art. 290. La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar. La acción civil podrá tramitarse en la sede respectiva. Cuando el rebelde comparezca, por propia voluntad o por fuerza, la causa continuará según su estado.

Art. 291. La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la excarcelación y obligará al imputado al pago

personal a la actuación y, fundamentalmente, al juicio, en todo caso éste, no se puede adelantar sin su presencia, pues si no se logra la comparecencia personal del procesado, la actuación se suspende.

Ello significa que durante la investigación, se permite el adelantamiento de la misma, en rebeldía del procesado, pero, el juicio se suspende hasta tanto no se logre la presencia del encausado. Todo ello, por la importancia que para la legislación argentina reviste el hecho de que la persona sepa que está siendo investigada para que ejerza, de manera formal y material, todos los derechos y garantías que la normatividad procesal penal argentina le ha reconocido.

### **XV CASO CHILENO**

Mediante la Ley 19696 del diecinueve de septiembre de 2000, se promulgó el Código de Procedimiento Penal Chileno, normatividad a través de la cual se implementó el sistema acusatorio, oral y público en dicho país, con el propósito de reemplazar, como es lógico, el ya muy trasegado sistema inquisitivo, que regía desde 1906. HORVITZ y LOPEZ (2002).

En tratándose del tema de estudio, la legislación penal chilena no contempla, en esta nueva codificación, la posibilidad de adelantar juicios en ausencia. Para tal propósito, se elevó, en esta nueva *Obra Penal Adjetiva*, a la categoría de derecho del imputado, la de “No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía<sup>50</sup>, tales como las de surtir las notificaciones de algunas decisiones que se tomen, de manera personal, o las de pagar las costas causadas con su rebeldía, entre otras (Código Procesal Penal de Chile, Ley 19.619 de 2000).

Así, una persona procesada, podrá ser declarada rebelde, solamente cuando se haya decretado su detención y no haya sido posible hacerla efectiva, o cuando no haya sido posible obtener la extradición de quien resida en el extranjero<sup>51</sup> y conforme al

---

de las costas causadas por el incidente.

Art. 292. Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió hasta ese momento a la citación judicial debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior. (Código Procesal Penal Argentino, Ley 23.984 de 1991)

50 Código de Procedimiento Penal Chileno. Artículo 93.

51 El Artículo 99 del estatuto Procesal Penal Chileno, establece como causales de rebeldía del imputado, las siguientes:

- a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o
- b) Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición.

procedimiento indicado en dicha obra<sup>52</sup>, produciéndose con tal declaratoria diversos efectos<sup>53</sup>, pero, en todo caso, en este país no se contempla la posibilidad de realizar el juicio sin presencia del acriminado, ya que para ello, se ha previsto el sobreseimiento temporal, que deberá ser decretado si no se logra la comparecencia del imputado<sup>54</sup>.

## **XVI CASO ESPAÑOL**

La legislación española<sup>55</sup>, no contempla la posibilidad de adelantar un juicio sin la presencia del acriminado, salvo algunas excepciones, como veremos a continuación; ello, en garantía del derecho de defensa material y con miras a actualizar el principio de igualdad de armas y el carácter adversarial de un sistema con corte acusatorio como el implementado en el año 2000 en el mencionado país.

En todo caso, se ha abierto la posibilidad de adelantar juicios sin la presencia del acusado, en tratándose de delitos en los que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de la libertad, o de seis años cuando se trate de penas diversas a aquella, o, en casos en que el acusado se comporte de una manera inconveniente. En todo caso, la persona debe ser citada en debida forma, ya que existe la obligación de que el investigado dé un domicilio para ser convocado al juicio, es decir, se permite el adelantamiento del juicio en situación de rebeldía.

---

52 Código de Procedimiento Penal Chileno. Art. 100: "La declaración de rebeldía del imputado será pronunciada por el tribunal ante el que debiere comparecer".

53 Dichos efectos se encuentran contemplados en el Artículo 101 del Régimen Procesal Penal Chileno, de la siguiente manera: "Declarada la rebeldía, las resoluciones que se dictaren en el procedimiento se tendrán por notificadas personalmente al rebelde en la misma fecha en que se pronunciaren.

La investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo obrado. Si la declaración de rebeldía se produjere durante la etapa de juicio oral, el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido.

El sobreseimiento afectará sólo al rebelde y el procedimiento continuará con respecto a los imputados presentes. El imputado que fuere habido pagará las costas causadas con su rebeldía, a menos que justificare debidamente su ausencia".

54 Código de Procedimiento Penal Chileno. Art. 252: "El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: (...).

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y (...).

El tribunal de juicio oral en lo penal dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código.

55 Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, arts. 834 y ss.

Aun cuando en el caso español, existe la posibilidad de adelantar juicios sin la presencia del encausado, de manera excepcional, en casos de delitos menores y de flagrancia, éste carácter excepcional “exige un riguroso respeto a los presupuestos legales, que incluso deben ser interpuestos restrictivamente para no afectar los derechos fundamentales del justiciable”, siendo esos presupuestos (Jaen, 2006): (i) que el acusado haya sido citado en debida forma, (ii) que no se haya justificado su incomparecencia, (iii) la celebración del juicio en ausencia debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal o la parte acusadora, (iv) que la pena más grave no exceda de dos años de prisión o que, si es de distinta naturaleza, no exceda de seis años, (v) que siempre esté presente e intervenga la defensa técnica, y (vi) que el órgano judicial debe apreciar que existan elementos suficientes para el enjuiciamiento, pese a la ausencia del acusado, dándole a conocer, cuando comparezca, el derecho a interponer el recurso de anulación contemplado en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De lo planteado respecto del caso español, podemos concluir que en efecto, en la madre patria se han proscrito los juicios en ausencia, pero ha persistido la figura de la rebeldía, pues ha de notarse que las disposiciones que permiten que se adelante el juicio, según las consideraciones antes referidas, parten del supuesto que la persona se encuentre debidamente citada, que sepa que está siendo investigada y que no quiera comparecer al juicio.

## **XVII REFLEXIONES**

El hecho de adelantar un proceso penal a espaldas del procesado, puede generar gran cantidad de aberraciones procesales y puede derivar en la transgresión de diversas garantías fundamentales, que han sido instituidas para evitar excesos al momento de administrar justicia e impedir, así, posibles errores judiciales.

Recordemos cómo JOSEPH K. (1997), fue sometido a un proceso penal a espaldas suyas y terminó siendo condenado a muerte, sin siquiera saber ¿cuáles fueron los cargos por los que estaba siendo procesado?, ¿quién era el funcionario judicial que debía adelantar, tanto la investigación, como su juzgamiento?, o ¿qué tipo de garantías o recursos le asistían como sujeto pasivo de una causa criminal?.

Esta situación se escapa de la ficción para trasladarse a la realidad. Resulta muy común que una persona que tenga un homónimo o haya sido suplantada en su identidad, termine siendo condenada por la inoperancia de la Fiscalía (o la entidad encargada de adelantar la investigación y acusar al presunto infractor de la ley penal) para identificar e individualizar plenamente al indiciado, o por no haber agotado todos los mecanismos con que cuenta para evitar el error judicial, así como la comparecencia personal del procesado al proceso, de manera voluntaria o por medio de una orden de captura, lo cual genera que solo hasta cuando la persona es aprehendida para ejecutar la sentencia, se sepa que no ha participado en la comisión del delito investigado y por el cual fue condenado.

Aun cuando la vinculación personal al proceso, es la única forma válida de hacer comparecer a las actuaciones penales al procesado, y, la vinculación en ausencia (sea por declaratoria de persona ausente o por medio de la contumacia), es un mecanismo meramente subsidiario para tal fin, ésta, en la vida práctica, se ha convertido en la forma principal de surtir los diferentes trámites de enjuiciamiento criminal, inclusive, desde la etapa de la investigación, infundiendo un falso sentido de celeridad a la actuación penal, en detrimento de los derechos y garantías fundamentales.

De esta manera, vemos que, ni el legislador colombiano, ni los operadores judiciales, han tenido en cuenta tratados internacionales que regulan la materia, concluyendo que el procesado cuenta con el derecho a estar presente dentro del trámite procesal, en sus diferentes etapas<sup>56</sup>.

Al desconocer dichas disposiciones, las cuales forman parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en el art. 3 de la Ley 906 de 2004<sup>57</sup>, se observa cómo se está desconociendo el denominado principio acusatorio MORENO (1997)<sup>58</sup>, que atañe al modelo de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestro país, mediante el Acto Legislativo 003 de 2004, el cual modificó el artículo 250 Constitucional, motivo por el cual se hace necesario darles ese carácter prevalente que les ha sido discernido dentro del ordenamiento interno, ya que, al no reconocer al procesado las garantías allí contenidas, éstas serían nugatorias y se convertirían en letra muerta, pues de no permitir que éste concorra personalmente (de manera voluntaria o coercitiva), tanto a la investigación, como al juicio, no podrá ser oído y menos aún, podrá defenderse materialmente de los cargos cuya responsabilidad se le pretende atribuir.

A pesar que dichas garantías se encuentran positivizadas, lo cierto es que éstas resultan inaplicables, lo cual nos ubica en lo que atinadamente FERRAJOLI (2009, p. 98)<sup>59</sup>, ha

---

56 Ver: Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de Diciembre de 1948, arts. 10 y 11; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de Diciembre de 1966, art. 14 núm. 1 y 3.

57 Dicho artículo del actual Código de Procedimiento Penal Colombiano, establece que “En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad”.

58 Las notas significativas de este denominado principio acusatorio, son:

1. La distinción entre juez y parte acusadora, de modo que aquél no puede acusar, esto es, no puede abrirse el juicio oral si no hay acusación sostenida por persona distinta del tribunal.
2. Las fases de instrucción y de juicio oral, en las que se divide el proceso penal, han de encomendarse a dos órganos jurisdiccionales distintos, por imponerle así la imparcialidad exigible al segundo de esos órganos.
3. La parte acusadora formula una verdadera pretensión penal que vincula la actividad decisora (sic) del juez en todos los elementos que integran la pretensión punitiva. MORENO (1997, p. 189)

59 “Modelos de proceso penal autoritario. El sistema S1 «sin prueba y defensa (en sentido estricto)», que llamaré

denominado “modelo de proceso penal autoritario”, dentro del cual podemos decir, se encuentra matriculada la Ley 906, precisamente, por incluir dentro de sus postulados, figuras como las analizadas.

De acuerdo con lo anterior, la defensa material es la única posibilidad que da lugar a un cabal ejercicio de la defensa técnica, mas no es ésta la que reafirma aquella, como mal lo ha entendido la Corte Constitucional Colombiana al garantizar de manera eminentemente formal este derecho fundamental, que, por demás, está contenido en el art. 29 de la Constitución Política, el cual se encuentra desarrollado en el art. 8 de la Ley 906 y que contiene prerrogativas como las que se han plasmado en los arts. 321 (principio de oportunidad), 325 (suspensión del procedimiento a prueba, 348 (preacuerdos y negociaciones), 518 (mecanismos de justicia restaurativa) 522 (conciliación preprocesal) y 523 (mediación) de la mencionada Codificación, las que, necesariamente deberán tener en cuenta la participación directa del sujeto pasivo de la acción penal y de las cuáles no podrá hacer uso una persona que no ha comparecido personalmente al proceso, bien de manera voluntaria o bien de forma coercitiva, precisamente, por no haber sido debidamente ubicado; figuras que, en todo caso, redundan en beneficio de sus intereses como inculpado, ya que a través de ellas se puede dar por terminado el proceso.

Así entonces, tenemos que estas formas de vinculación subsidiarias y excepcionales, que hoy por hoy se han convertido en principales y generalizadas, se transforman en una sanción drástica para el procesado; todo ello, por la falta de eficiencia del ente acusador, en lograr la comparecencia, en las diferentes etapas procesales, del sujeto pasivo del procedimiento penal.

---

también sistema de mera legalidad, deriva de la sustracción de SG de los principios de la carga de la prueba y del derecho a la defensa expresados por los axiomas A9 y A10. Para comprender su naturaleza es útil distinguir, al igual que entre legalidad estricta y legalidad lata, entre verificación probatoria y refutación defensiva en sentido estricto (o fuerte) y en sentido lato (o débil). Prueba y defensa lo son en sentido estricto sólo si, gracias a la estricta legalidad o taxatividad de la previsión legal de las hipótesis de delito. el sistema permite como en SG. la decidibilidad de la verdad procesal de las conclusiones jurídicas apoyadas por ellas. En caso contrario, si acusación y defensa son, como en S1, sólo argumentables pero no también verificables y refutables, estas mismas garantías están presentes sólo en sentido lato. Es el caso, frecuentísimo en el ordenamiento italiano, de las figuras legales de delito cuyos elementos constitutivos están formulados en términos hasta tal punto, valorativos y polisémicos que su interpretación no permite hablar ni siquiera en sentido aproximativo de verificación jurídica, consistiendo en opciones y en juicios de valor. Es claro que la falta de taxatividad de las previsiones legales y de decidibilidad de la verdad procesal comporta una contaminación subjetivista de los presupuestos de hecho de la pena y, en consecuencia, un debilitamiento de todas las demás garantías, tanto penales como procesales. Es así como la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de SG decaen, en S1, a mera legalidad y a mera jurisdiccionalidad”. FERRAJOLI (2009, p. 98).

En efecto, la presencia del procesado, en las diferentes etapas procesales, es fundamental, y así lo han entendido varios de los sistemas de enjuiciamiento criminal, los cuales han eliminado la vinculación en ausencia de sus regímenes procedimentales penales, porque al adoptar un sistema adversarial, de partes, han entendido que el defensor, por sí mismo, no puede discrepar de las pretensiones de la Fiscalía y solo puede asumir una actitud pasiva y formalista frente a la actividad desarrollada por el ente acusador, por ello, ni en Alemania ni en los Estados Unidos de América cabe la posibilidad de adelantar juicios en ausencia<sup>60</sup> y si la Ley 906 se ha embebido de algunas instituciones del procesamiento penal norteamericano, entonces cómo es que se transplantan algunas figuras de esas latitudes, de manera incompleta y se instituyen otras que perjudican notoriamente los intereses del procesado, quien por demás, en la mayoría de las veces, no va a someterse voluntariamente al proceso penal y por eso es el mismo Estado quien debe garantizar su concurrencia ante la judicatura, con miras a determinar su responsabilidad y vencerlo en juicio, para así desvirtuar su presunción de inocencia.

Por ello, no resulta comprensible que en una legislación como la nuestra, la cual reboza de garantías procesales, no pueda lograrse la comparecencia del procesado para enrostrarle personalmente los cargos, cuando en nuestro medio existe la posibilidad de obtenerse su presencia, aún por medios coercitivos, como, por ejemplo, a través de la orden de captura.

¿Será que, en pleno siglo XXI, en aras de materializar la justicia, a través de aspectos formales, como sucede en la práctica judicial colombiana, se ha optado por permitir que, mediante el adelantamiento de actuaciones a espaldas del procesado, se transgredan derechos que le han sido reconocidos, inclusive, por instrumentos internacionales?

¿Es posible que, tan solo hasta cuando una persona sea condenada, tenga conocimiento de que ha sido derrotada en un juicio, en el que, además, nunca participó y dentro del cual, poco o nada, pudo hacer por su defensa?

Estos interrogantes se resuelven si tenemos en cuenta que el objetivo primordial del proceso penal, no es conseguir la condena del encausado, menos aún lo es simplemente adelantar una causa penal, simplemente por adelantarla. También lo es, permitirle a esa persona que debe soportar el *ius puniendi*, que pueda comparecer ante los jueces que hayan de procesarlo, para que, de esta manera, ejerza de manera proactiva su derecho a la defensa y pueda, si es su deseo, renunciar a aquellas garantías que la ley le otorga, eso sí, siempre y cuando lo haga de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por su defensa<sup>61</sup>, a fin de solucionar su caso a través de su propia participación y con el propósito de obtener ciertos beneficios, ya que la práctica nos ha enseñado que una persona vinculada como ausente o contumaz, es un

60 Fiscalía General de la Nación (2007). Págs. 29 y ss.

61 Ley 906 de 2004. Artículo 8.

potencial condenado que no tuvo la oportunidad, sea por su renuencia o reticencia, o porque simplemente el Estado fue incapaz de lograr su ubicación, de poder ejercer ese contradictorio de manera eficaz y menos aún, de conformar la contraparte, que no es simplemente de una persona sino que está conformada por dos sujetos, a saber: defensor y procesado, quienes deben mantener contacto en aras de garantizar tanto la defensa técnica como la material, ya que aquélla es consecuencia de ésta.

### **XVIII PRINCIPALES DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES VULNERADAS AL PROCESADO EN AUSENCIA**

Para efectos de no cometer imprecisiones frente al tema de si nos encontramos frente a un derecho o a una garantía, ya que son términos diferentes y como quiera que el objeto del presente trabajo no es el de delimitar estos conceptos, vamos a tratar, indistintamente, cada uno de ellos, dándoles, si se quiere, un tratamiento equivalente<sup>62</sup>.

Algunas de esas garantías y/o derechos, se pueden ver vulnerados o transgredidos, en el evento de que no se haga comparecer a la persona, directamente, al proceso o a la causa que cursa en su contra, toda vez que, sería imposible que alguien que no conoce que está siendo objeto de persecución penal por parte del Estado, pueda hacer valer estas prerrogativas que, aun cuando reconocidas, solamente serían utilizadas de manera adecuada, si el individuo sabe que está siendo investigado y que va a ser llevado a juicio y máxime, cuando estas garantías procesales, en materia penal, tienen la connotación de ser derechos fundamentales, que deben ser reconocidos y respetados a todos los seres humanos, y por tener raigambre constitucional, motivo por el cual tienen la connotación de ser irrenunciables, imprescriptibles, y de aplicación inmediata, conforme lo dispone el art. 85 de la Constitución Política de Colombia y, además, que no pueden ser suspendidos ni en estados de excepción, como lo contempla el art. 214-2 de la norma superior y, por último, conforme a las voces del art. 93 de la misma obra, éstos deben ser interpretados conforme a los tratados de derecho internacional relativos a derechos humanos, que se encuentren ratificados por Colombia.

Así las cosas y sin más preámbulos, algunos de esos derechos y garantías que se ven vulnerados por la declaratoria de persona ausente y por la contumacia, son los siguientes:

---

62 Para aclarar el tema, es recomendable hacer una lectura del capítulo segundo del libro de Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, titulado *Derechos Fundamentales*, y, concretamente, al número 6 de dicho Capítulo: *Derechos fundamentales y garantías*, en donde el autor hace una distinción de dichos términos. FERRAJOLI (2010, p. 59).

Así mismo, se puede ver que quien hace una aproximación a dichos conceptos, dentro de un contexto constitucional del proceso penal y la incidencia que ellos tienen dentro del marco de la normatividad internacional. GUERRERO (2007, p. 29)

## **XIX Derecho a la defensa**

Se encuentra reconocido por el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dentro de nuestra legislación interna se encuentra contemplado, entre otros, en el artículo 29 de la Constitución Política, en donde se refiere que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (principio de legalidad del delito) y “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (debido proceso), además, dicho artículo dispone que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento” (derecho a la defensa técnica, material, y derecho de postulación).

Por su parte, el art. 8 de la Ley 906, desarrollando la preceptiva constitucional, introduce en el procedimiento penal colombiano un sinnúmero de garantías que se encuentran consagradas para todo aquél que adquiera la calidad de imputado, o desde cuando se entera que está siendo objeto de persecución penal e, inclusive, desde el mismo momento en que es capturado.

Frente a este derecho fundamental, Jaime Bernal Cuellar y Hernando Montealegre Lynett, han coincidido en manifestar que “La participación del imputado en el proceso penal está definida por los elementos que integran el ejercicio del derecho de defensa. Con este derecho se pone de presente la tensión entre la realización de los fines de la justicia y el respeto por las garantías de los asociados, pues no en pocas ocasiones se alude a la necesidad de restringir la defensa, a fin de lograr la justicia”. Bernal & Montealegre (2004, p. 335).

Así mismo, nos ilustran acerca del reconocimiento que la misma Corte Constitucional ha realizado respecto de esta garantía fundamental, por integrar el núcleo esencial del derecho al debido proceso, que conlleva a la consideración de ciertos elementos (temporales, sustantivos y funcionales, que determinan un sinnúmero de garantías de “acceso a la información, de apreciación de los elementos de juicio, de oportunidades para hacerse oír y hacerse presente en el proceso, de contradecir y proponer elementos de juicio, etc.” Bernal & Montealegre (2004, p. 336).

Razón le asiste a Alfonso Daza, cuando manifiesta, respecto del derecho de defensa que “nos encontramos, entonces, frente a un derecho personal, predicable de toda persona, sin distinción alguna, que sea imputada o sindicada de haber infringido la ley penal y además, ante una garantía que se exige o se reclama de parte del Estado por medio de sus autoridades a favor de todas las personas procesadas”. DAZA (2010, p. 92).

Las más conocidas vertientes de este derecho son: (i) el derecho a intervenir en el proceso, que conlleva a que el imputado participe de manera activa “en todas sus etapas y actos procesales, desde el más prematuro inicio, esto es, cuando por cualquier medio se anoticie de que ha sido sindicado como responsable de un delito o al ser detenido (...), y hasta su total terminación, o sea, cuando haya cesado el cumplimiento de la pena o medida de seguridad”. JAUCHEN (2007, p. 162), siendo importante para “controlar el desarrollo regular del procedimiento; de ofrecer pruebas; de controlar la producción de las pruebas de cargo; de ser oído expresando en su descargo todas las explicaciones pertinentes que considere necesarias; de alegar personalmente o por medio de su abogado, o ambos, efectuando todas las fundamentaciones críticas de hecho y de Derecho contra los argumentos acusatorios y sobre el valor de las pruebas; de recurrir la sentencia condenatoria o la que le imponga una medida de seguridad”. JAUCHEN (2007, p. 163); (ii) el derecho a la defensa material<sup>63</sup>, “que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades.

Consiste en sus propias expresiones defensivas, volcadas en las explicaciones que vierta cuando declare en las sucesivas etapas del proceso; cuando se confronte con la víctima, un testigo o coimputado en un careo; cuando ejerza la facultad de interrogar personalmente a un testigo; cuando introduzca alguna objeción o explicación durante el curso de alguna diligencia procesal a la cual esté facultado a asistir; cuando tome la palabra como último acto del debate oral, etcétera.” (Jauchen, 2007, pág. 154); y (iii) el derecho a la defensa técnica<sup>64</sup>, “que es la ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico en la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de Derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad.” JAUCHEN (2007, p. 154-155).

---

63 “La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado”. HORVITZ & LOPEZ (2002, p. 227).

64 “La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal. Aunque igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal puede resultar imposible, la ley prevé una serie de mecanismos para mejorar la posición del imputado y garantizar una cierta igualdad de armas. El más importante de ellos es la defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada” HORVITZ & LOPEZ (2002, p. 228). “La parrilla me pertenece”.

## **XX Derecho a ser oído**

Hace parte del derecho a la defensa, ya que se encuentra contemplado, aunque de manera tímida, en el artículo 8 de la Ley 906, en donde se limita a ser escuchado por su defensor y a tener comunicación privada con él, contraviniendo, de esta manera, los postulados contenidos en los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); normas que, en todo caso y conforme a los artículos 93 de la Constitución Política de Colombia y 3 de la Ley 906, son de aplicación prevalente frente a la normatividad interna, ya que “el debido proceso requiere fundamentalmente que aquél a quien se inculpa por sospechársele participe del delito sea escuchado, a fin de que personalmente, de modo indelegable, conteste la imputación brindando todas las explicaciones del caso”. JAUCHEN (2007, p. 238).

Y “lleva necesariamente a que el sistema procesal se estructure en forma tal que posibilite el contradictorio. Y para ello será indispensable la previa información al imputado del hecho que se le inculpa, pues para ser oído debe comunicársele en forma clara y precisa, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el material fáctico que se le atribuye. Nadie puede responder o explicarse acerca de lo que ignora; tampoco podrá hacerlo adecuadamente si dicha información es equívoca, vaga o genérica”. JAUCHEN (2007, p. 238-239), motivo por el cual se puede decir que “hace a la dignidad humana y al estado de inocencia”. JAUCHEN (2007, p. 240) y que son, igualmente, derechos reconocidos tanto por la Constitución Política (art. 29), como por la Ley procesal penal colombiana (artículos 1 y 7) y que eventualmente resultarían desconocidos al no permitir al procesado que ejerza su defensa material y comparezca personalmente ante las autoridades, en los momentos que la normatividad ha previsto.

## **XXI Derecho a ser informado de manera previa y detallada sobre la acusación en su contra**

Se deriva del derecho de defensa, encontrándose contenido en el mismo artículo 29 de la Constitución Política y 8 de la Ley 906, así como en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de donde se desprende que “esta garantía es de las más importantes para configurar la posición constitucional del acusado en el proceso penal”. Ya que “configura tres garantías básicas para el acusado, esto es, el derecho para el acusado de conocer previamente la acusación (con la obligación correlativa para el Estado de comunicarla, a efectos de concretar las manifestaciones del derecho de defensa); en segundo lugar, se establece la garantía de que no se podrá condenar por hechos punibles distintos a los establecidos en la acusación, ni a sujeto distinto del acusado; y por

último, la acusación también aparece cobijada por la prohibición de la *reformatio in pejus*". Guerrero (2007, p. 209).

Se consiente, además, que "la información de la acusación es un acto obligatorio para el ejercicio de la defensa. Su concreción de acuerdo con la doctrina, implica las siguientes características: 1) debe recaer sobre los hechos en que se fundamenta; 2) debe extenderse a sus fundamentos jurídicos; 3) debe soportarse en material probatorio debidamente colectado y allegado al proceso, y 4) debe informarse cualquier mutación que sufra en el desarrollo del juicio oral sin generar indefensión". Guerrero (2007, p. 210).

Es decir, ese derecho a ser informado de manera previa y detallada sobre la acusación, contempla, en sentido práctico, que el Estado garantice al procesado (indiciado, imputado o acusado), la comunicación debida, en cada etapa procesal, acerca del adelantamiento de la investigación en su contra, se informe, además, de manera clara y detallada, acerca de los cargos cuya responsabilidad se le atribuye, junto con las condiciones de tiempo, modo y lugar que los fundamentan, así como de la adecuación típica y de las consecuencias jurídicas correspondientes a aquellos, junto con el cúmulo de medios de conocimiento con que cuenta para desvirtuar su presunción de inocencia, para que, de esta manera, el procesado tenga la posibilidad de ejercer el contradictorio en debida forma, pueda rebatir la acusación, sea directamente o en consuno de su abogado; comunicación que puede darse, de acuerdo al momento procesal correspondiente, así: (i) desde el mismo momento de la captura; (ii) desde cuando la persona tenga conocimiento que es objeto de persecución penal; (iii) al momento en que ha de formularse imputación, y (iv) cuando se formula la acusación en su contra.

## **XXII Derecho a estar presente en el juicio oral**

Este postulado, así como los referidos anteriormente, devienen del derecho a la defensa, que como antes lo vimos, hace parte integral del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. Igualmente se encuentra reconocido internacionalmente en los tratados y convenios que hemos referido dentro de este documento, así como en el texto del artículo 63 del Estatuto de Roma<sup>65</sup> que aun cuando trata de la implementación de la Corte Penal Internacional y el procesamiento de criminales de lesa humanidad, contribuyó al desarrollo de la Ley 906, no entendiéndose por qué si

---

65 Artículo 63. Presencia del acusado en el juicio

1. El acusado estará presente durante el juicio.
2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

estaba excluida la posibilidad del enjuiciamiento en ausencia, se haya permitido en nuestro procedimiento penal, la aplicación de dicha figura.

Para Manuel Jaen Valleno, luego de hacer un análisis respecto de algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, refiere que “El derecho del acusado a estar presente en la vista oral es esencial!”. Y que “no es posible condenar in absentia, sin la posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos por delitos muy graves”. JAEN (2006, p. 139).

Siendo la audiencia de juicio oral, la más importante dentro del modelo de enjuiciamiento criminal colombiano, lógico es que la presencia del procesado sea necesaria en dicha etapa procesal, toda vez que es allí en donde podrá materializar su derecho a la defensa y donde podrá ejercitar el contradictorio, así como interrogar a los testigos de descargo y contrainterrogar a los testigos de cargo; derechos contemplados en el art. 8 de la Ley 906 y a las cuáles no puede renunciar si no es de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y siempre bajo el asesoramiento de su defensor.

## **CONCLUSIONES**

Luego del breve análisis legal, jurisprudencial, doctrinario y de derecho comparado realizado dentro del presente trabajo de investigación, se puede concluir que los derechos y garantías fundamentales reconocidas a los procesados a través de instrumentos internacionales, concretamente aquellas referidas en los artículos 63 del Estatuto de Roma, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relacionados con la prohibición de adelantar juicios en ausencia, están siendo desconocidos, o, por lo menos, restringidos, atentando contra la dignidad humana de los procesados, dado que se les está cosificando, tratando como objetos procesales, mas no como personas sujetos de derechos.

Así lo reconoce la misma Corte Constitucional Colombiana, quien, para minimizar los efectos nocivos de este tipo de instituciones procesales, le ha otorgado el carácter excepcional a dichas figuras, bajo los parámetros establecidos en sus pronunciamientos y por ello se puede manifestar que se ha cumplido con la promesa enunciada en el objetivo principal.

El no permitirle a la persona que concurra al proceso, conlleva a que se conculquen diversas garantías fundamentales, entre otras, el derecho a la defensa, tanto técnica como material, por la imposibilidad de controvertir los cargos formulados por la Fiscalía, así como por no poderse allanar a los mismos o acogerse a un preacuerdo o a negociar con el ente acusador a fin de obtener la aplicación del principio de oportunidad, con el ánimo de buscar soluciones a su caso, dentro de los parámetros de la justicia restaurativa.

Se puede afirmar que, de perdurar un mecanismo como el del enjuiciamiento en ausencia, seguirán presentándose situaciones que conlleven al desconocimiento tanto de la legislación interna, como de los tratados de derecho internacional suscritos por Colombia y que han sido incorporados a la Constitución Política, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad y todo ello, en desmedro de las garantías fundamentales del encausado, principalmente, a la de no adelantar juicios en ausencia, siendo ésta la tendencia internacional.

En el caso colombiano, de continuarse con la tendencia a vincular en ausencia al imputado, se continuarán desconociendo sus derechos fundamentales a ser oído y a defenderse de manera directa, así como a tener conocimiento acerca de los cargos por los cuales está siendo investigado, y a ejercer de manera directa o a través de su abogado, el derecho de contradicción, lo cual genera, en la práctica judicial, el proferimiento de sentencias ilegítimas que eventualmente podrían comprometer la responsabilidad patrimonial del estado, al existir flagrantes vulneraciones sobre los derechos del imputado, motivo por el cual, podría ser condenada la nación a resarcir los perjuicios ocasionados.

Realizado el análisis normativo a la legislación interna que desarrolla el tema de estudio, se puede establecer que en verdad corresponde a la cultura jurídica colombiana, la utilización de figuras como las analizadas y que, aun cuando el modelo de enjuiciamiento criminal adoptado bajo el acto legislativo 003 de 2002, modificó el esquema procesal de corte inquisitivo, a uno con tendencia acusatoria y por ende adversarial, nada se hizo por dejar atrás figuras como las analizadas.

Al no permitir al procesado que participe de manera activa en la solución de su caso, se le niega la posibilidad de aceptar cargos, demostrar arrepentimiento y obtener las rebajas de pena contempladas en casos de allanamientos unilaterales o preacordados con la Fiscalía.

Si la persona no es convocada ni a la investigación ni al juicio, como es permitido en el caso colombiano, los derechos y/o garantías de las cuales se ha hecho referencia en precedencia, no serían más que postulados sublimes respaldados legal, constitucional y supraconstitucionalmente, que no tendrían, en la praxis judicial, aplicación alguna y, de contera, ello conllevaría al desconocimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano, al suscribir los diferentes instrumentos internacionales que contemplan este tipo de garantías.

Como podemos observar, aun cuando en el Código de Procedimiento Penal colombiano, en el artículo 1º, se establece que a los intervinientes en el proceso penal se les tratará con dignidad, nada dista más de la realidad, como cuando se permite que a las personas que están sometidas a una investigación criminal, se les enjuicie in absentia,

ya que no resulta compatible con un trato digno el procesar a alguien que no sabe que está siendo objeto de un proceso penal.

Luego de traer a colación la normatividad que durante la historia procesal colombiana ha regido la materia, se puede concluir que la posibilidad de adelantar juicios e investigaciones en ausencia, se ha convertido en un verdadero paradigma que ha causado mella en el esquema de enjuiciamiento criminal y por ello, aun hoy, persisten figuras como la declaratoria de persona ausente.

Aun cuando Colombia ha incorporado a su legislación interna diversidad de tratados que contemplan la imposibilidad de adelantar juicios in absentia, se insiste en esa posibilidad, tal vez por temor a represar infinidad de procesos, por la imposibilidad del Ente Acusador de hacer comparecer a los encausados y porque, en tratándose de delitos menores, la ley no contempla la posibilidad de privar de la libertad a las personas investigadas, para imputarles cargos.

Si la Legislación colombiana no regula la materia, para dar cabal cumplimiento a los compromisos adquiridos desde el punto de vista del derecho internacional incorporado a la normatividad interna, es posible que el país sea condenado por organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y deba indemnizar a quienes, eventualmente, sean sometidos a juicios criminales sin conocer acerca de ellos.

Los juicios en ausencia imposibilitan el ejercicio de los derechos del procesado a hallarse presente en el proceso, así como el derecho de defenderse personalmente, a escoger al defensor de su elección, a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, tal y como lo contempla el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el mismo Código de Procedimiento Penal colombiano en su artículo 8.

Eventualmente, contrario a lo que se piensa, se vulnerarían derechos de las víctimas, ya que, el fin primordial del proceso penal es, precisamente, el de llegar a la verdad y a ella no se puede llegar si no se conoce la versión del procesado, ya que éste no ha comparecido al proceso.

Para compatibilizar el adelantamiento de investigaciones y juicios sin la presencia del procesado, con las garantías y derechos reconocidos internacionalmente, se deben introducir, en la normatividad interna, como en el caso español, posibilidades reales de dar a conocer a la persona que está siendo investigada, informarle acerca de los cargos por los cuales es procesado, darle a conocer esos derechos que tiene y la posibilidad de renunciar a algunos de ellos, pero no de manera formal, como sucede en la actualidad, y, además, limitando el carácter excepcional de la vinculación in absentia, a delitos de menor entidad, como por ejemplo, los denominados delitos querellables, contenidos en el art. 74 de la Ley 906, incluyendo, a su vez, la posibilidad de solicitar

la anulación del juicio, cuando el condenado aparezca, pero, sólo en los casos que la persona haya sido declarada rebelde, es decir, la contumacia podría tener lugar dentro de nuestro ordenamiento interno, y solo en el momento de iniciar la audiencia de juicio pero, en todo caso, la figura de la declaratoria de persona ausente sí debe ser erradicada, ya que de ninguna manera puede armonizarse ni compatibilizarse con la legislación internacional.

Desde el punto de vista del derecho comparado, podemos observar cómo las legislaciones analizadas, con el ánimo de respetar tanto el derecho interno, como los diferentes tratados de derecho internacional, que sobre el tema de derechos humanos, han incorporado, ajustaron sus regímenes procesales, para cumplir con esos compromisos adquiridos, en aras de respetar el denominado principio *pacta sunt servanda*, para así armonizar su normatividad y cumplir esos pactos internacionales, los cuales, aparentemente en el caso colombiano, no son vinculantes, pero sí, reconocidos y elevados a la categoría de normas rectoras y de carácter prevalente, como lo dispone el artículo 3 de la Ley 906.

Una propuesta que podría realizarse para evitar los juicios en ausencia, dado que en Colombia existe la posibilidad tanto de adelantar la instrucción como el juicio, sería llegar a una postura ecléctica, en la cual, además de implementar la captura para todos los delitos a fin de comunicar los cargos en la audiencia de formulación de imputación, exista, también, la posibilidad de librar esta misma orden restrictiva de la libertad, para la audiencia de juicio, dado que en la actualidad no se cuenta con medios eficaces para hacer comparecer a las personas ni a la investigación, ni al juicio, salvo en los casos de delitos en los que procede la medida de aseguramiento.

Además, no existe en Colombia la posibilidad, como en Argentina y en Chile, de suspender la causa hasta tanto se logre la comparecencia del enjuiciado, dado que, por ese criterio eficientista que pulula en la Administración de Justicia y, concretamente, en la Fiscalía, luego de logrado el objetivo, es decir, luego de obtenida la contumacia o la declaratoria de persona ausente, no se continúa indagando acerca del paradero de la persona y por esta causa se presentan los errores judiciales de condenas de homónimos y vulneraciones de derechos de los procesados, quienes terminan siendo condenados y, aun cuando hayan cometido el delito, jamás pudieron dar su versión de los hechos, lo cual riñe con el derecho de la víctima a conocer la verdad.

#### REFERENCIAS

- Bernal J et, Montealegre H. (2004) El proceso Penal: Fundamentos constitucional del nuevo sistema acusatorio.. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- Binder, A. (2003) Introducción al derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc. Segunda Edición.. Bogotá

Cabanellas, G. (2000) Diccionario Jurídico Elemental.. 14ª Edición. Editorial Heliasta.. Buenos Aires

Claria, J. (1998) Derecho Procesal Penal.. Tomo I Rubilzal-Cunzoni Editores.. Buenos Aires

Código De Procedimiento Penal. (Decreto 2700 De 1991). Colombia. Diario Oficial Núm 40190: Noviembre 30 De 1991.

Código De Procedimiento Penal. (Decreto 409 De 1971). Colombia. Diario Oficial Núm. 33302: Marzo 27 De 1991.

Código De Procedimiento Penal. (Decreto 181 De 1981). Colombia. Diario Oficial 35697: Enero 29 De 1981.

Código De Procedimiento Penal. (Decreto 50 De 1987). Colombia. Diario Oficial Núm. 37754: Enero 13 De 1987.

Código De Procedimiento Penal. (Ley 600 De 2000). Colombia. Diario Oficial 44097: Junio 24 De 2000.

Código De Procedimiento Penal. (Ley 906 De 2004). Colombia. Diario Oficial Num 35658: Agosto 31 De 2004.

Código De Procedimiento Penal. (Ley 94 De 1938). Colombia. Diario Oficial Núm. 23801: 13 De Junio De 1938.

Código De Procedimiento Penal. (Decreto 1345 De 1970). Colombia. Diario Oficial Núm. 33319: 4 De Agosto De 1970.

Código Procesal Penal. (Ley 23.984 De 1991). Argentina. Boletín Oficial: Septiembre 9 De 1991.

Código Procesal Penal. (Ley 19.619 De 2000). Chile. Boletín Oficial: 29 De Septiembre De 2000.

Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No. 904, De Fecha 4 De Diciembre De 1996. El Salvador.

Código Procesal Penal. Decreto 733, De Fecha 22 De Octubre De 2008. El Salvador.

Constitución Política De Colombia, 1991.

Declaración Universal De Derechos Humanos. 10 De Diciembre De 1948.

Daza A.( 2010) Principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano.. Editorial Ibañez.. Bogotá

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Madrid. 22<sup>a</sup> Edición Editorial Espasa. 2001.

ESTATUTO DE ROMA. 17 de julio de 1998

Ferrajoli, L. (2009) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. 9<sup>a</sup> Edición Editorial Trotta..

Ferrajoli, L (2010) Derechos y Garantías. La ley del más débil... 7<sup>a</sup> Edición Editorial Trotta.. Madrid

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2007) Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Bogotá..

Guerrero O. (2007) Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal.. Ediciones Nueva Jurídica.. Bogotá

Horvitz M et López J (2002). Derecho Procesal Penal Chileno.. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

Jaen M .(2006) Colección de Autores Extranjeros. Derecho Penal, Derechos fundamentales del Derecho Penal. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2006.

Jauchen, E..( 2007) Derechos del Imputado.. Rubinzal-Culzuni Editores. Buenos Aires.

Kafka, F. (1997). El Proceso. Medellín: Cometa de Papel.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL. 1882, 14 de Septiembre. Boletín Oficial del Estado: BOE-A-1882-6036 núm. 260 de 17 de septiembre de 1882. España.

LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977. Cuba

Londoño H. (2012). Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal.. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá.

Monroy M. (1998) Derecho Internacional Público.. Editorial Temis. Bogotá.

Moreno J. (1997) Principios del derecho penal, una explicación basada en la razón.. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Navas A.(2005) Derecho Constitucional: Estado Constitucional.. Editorial Dykinson. Madrid.

Rave, G. (2006) Procedimiento Penal Colombiano.: Temis. Bogotá.