

ANÁLISIS DE LA CONVENCIONALIDAD DEL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA EN MATERIA PENAL *

José Manuel Díaz Soto **

Natalia Paz Contreras ***

María Camila Ramírez Marín ***

Juan Sebastián Moreno Tinjacá ***

Felipe Cabarcas ***

Héctor Felipe Gallardo Muñoz ***

* Artículo de investigación elaborado en coautoría por José Manuel Díaz Soto, Natalia Paz Contreras, María Camila Ramírez Marín, Juan Sebastián Moreno Tinjacá, Felipe Cabarcas y Héctor Felipe Gallardo Muñoz. Con la colaboración de Diego Alejandro Borbón Rodríguez, estudiante de la misma facultad. El presente artículo es producto del semillero del Departamento de Derecho Penal y Criminología “2016-2017 Justicia Transicional y Derecho Penal. Estudio de los Acuerdos de La Habana”. Coordinador: Camilo Iván Machado Rodríguez.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Docente investigador del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: josem.diaz@uexternado.edu.co.

*** Natalia Paz Contreras, María Camila Ramírez Marín, Juan Sebastián Moreno Tinjacá, Felipe Cabarcas y Héctor Felipe Gallardo Muñoz: estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Fecha de recepción: 30 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2022. Para citar el artículo: JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO *et al.* “Análisis de la convencionalidad del juzgamiento en ausencia en materia penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 113, julio-diciembre de 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 97-145. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n113.04>.

Resumen: El presente artículo pretende analizar la convencionalidad de una institución procesal cuya legitimidad y validez se da por descontada, pero que, en realidad, riñe con nociones básicas de justicia asociadas al debido proceso. Con tal propósito, los autores estudian el desarrollo de la figura del juzgamiento en ausencia en la jurisprudencia de los principales tribunales internacionales en materia de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales y mixtos, para concluir que esta figura, tal como está consagrado en Colombia, riñe con el derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se valoran los argumentos sostenidos por la Corte Constitucional para afirmar la constitucionalidad para de la figura de la declaratoria de persona ausente y se demuestra que estos no resisten no un análisis serio desde el DIDH.

Palabras claves: juzgamiento en ausencia; control de convencionalidad; derecho internacional de los derechos humanos; derecho penal internacional.

THE INTERNATIONAL ILEGALITY OF THE TRIAL IN ABSENTIA AT THE COLOMBIAN CRIMINAL LAW

Abstract: This article analyses the international legality of the trial in absentia in the Colombian criminal procedure. Although the Colombian Constitutional Court hat affirms that this figure is accord to the Colombian Constitution, the authors of this article can affirm that the Colombian trial in absentia is against the due process of law as it is established in the international law of human rights.

Keywords: trial in absentia; international law of human rights; international criminal law.

INTRODUCCIÓN

La adopción de la Constitución Política de 1991 supuso una transformación radical en la forma en que se conciben y aplican las instituciones procesales. Esto obedeció, principalmente, a la consagración de garantías básicas del derecho procesal penal bajo la forma de derechos fundamentales de aplicación directa e inmediata, lo cual condujo a que la interpretación en clave constitucional de los institutos procesales sea hoy la regla general. Tanto es esto así, que ningún operador judicial en el ámbito penal podría ejercer adecuadamente su labor de no conocer los métodos de aplicación de las normas constitucionales de estructura abierta; como lo es, por ejemplo, el llamado “test de proporcionalidad”. De igual modo, la consagración en la Constitución Política de la estructura básica del proceso penal redujo sustancialmente la libertad de configuración del legislador en materia procesal penal y demandó de los operadores judiciales en lo penal un especial conocimiento de la carta política. Los efectos de la constitucionalización del proceso penal en lo atinente a la efectividad de las garantías de los procesados son innegables; en especial, el fundamento

constitucional del proceso penal ha evitado, o cuando menos así lo ha pretendido, el desarrollo de instituciones procesales de tendencia claramente inquisitiva que suelen responder a concepciones meramente eficientistas.

Este fenómeno, la constitucionalización del proceso penal, ha sido ampliamente estudiado por la doctrina y ha moldeado los actuales programas de estudio del proceso penal; basta leer cualquier manual contemporáneo para advertir que el derecho constitucional y el derecho procesal penal representan materias imposibles de escindir¹.

Sin embargo, a la par con este proceso de constitucionalización, que ha sido aceptado con entusiasmo por la comunidad jurídica y académica, se desarrolla una nueva transformación del proceso penal frente a la que los operadores judiciales han mostrado cierta reticencia, a saber: el cuestionamiento de la legitimidad y validez de nuestras instituciones procesales, incluso de rango constitucional, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, proceso estrechamente vinculado a la noción de *control de convencionalidad*.

Tradicionalmente, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido concebido como fuente de inspiración de las normas constitucionales, que se considera desarrollan con mayor amplitud las garantías de quien es sujeto de un proceso penal. La aceptación extendida de esta idea condujo a que la generalidad de los operadores judiciales, que suelen conocer y aplicar las normas constitucionales conforme a criterios técnicos de interpretación, rara vez hagan mención de los tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos, mucho menos de otras fuentes del derecho internacional; ello pese a la incorporación directa de buena parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos por vía del bloque de constitucionalidad.

Es más, son escasísimas las experiencias en que jueces nacionales han cuestionado la validez de normas legales atendiendo a lo señalado en los tratados internacionales, por el contrario, lo usual es que las disposiciones internacionales, pese a su claridad, sean desechadas cuando riñen con normas nacionales cuya validez ha sido refrendada por la Corte Constitucional o por alguna otra alta corporación judicial².

1 A modo de ejemplo: Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. El proceso penal, 6.^a ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

2 A modo de ejemplo, podrían citarse las decisiones de la Sala de Casación Penal, en las que la corporación se ha negado a reconocer el derecho convencional a la impugnación de los fallos condenatorios proferidos por vez primera en desarrollo del trámite de la segunda instancia. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Sentencia del 25 de enero de 2017, rad.: 49390. M. P.: Francisco Acuña Vizcaya. *Ibid.* Sentencia del 6 de abril de 2017, rad.: 49966. M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia del 8 de marzo de 2017, rad.: 49826. M. P.: José Luis Barceló Camacho, entre muchas otras.

Precisamente, la presente investigación tiene por propósito exponer la tensión existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y una institución procesal cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente declarada por nuestra Corte Constitucional, a saber: la figura del juzgamiento en ausencia o declaratoria de persona ausente.

En nuestro criterio, existen suficientes argumentos para considerar que el juzgamiento en ausencia está, por regla general, proscrito por el derecho internacional de los derechos humanos, admitiéndose únicamente en casos excepcionales y bajo supuestos que escapan por mucho a la reglamentación de la figura de la declaratoria de persona ausente en el código de procedimiento penal colombiano. En otras palabras, afirmamos que la normatividad procesal nacional en esta materia resulta inconvencional y, por ende, inaplicable, a pesar de las decisiones de la Corte Constitucional que han declarado su exequibilidad.

A efectos de sustentar adecuadamente esta tesis, en el presente artículo se abordarán las siguientes temáticas: (1) el concepto de convencionalidad y los deberes que impone a las autoridades públicas; (2) el derecho a estar presente en juicio como una garantía reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho penal internacional; (3) el juzgamiento en ausencia en el derecho procesal penal nacional; y, finalmente, (4) las conclusiones acerca de la correspondencia de la legislación colombiana con el marco normativo internacional que sirve de referente del juicio de convencionalidad.

1. EL CONCEPTO DE CONVENCIONALIDAD Y LOS DEBERES QUE IMPONE A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

El concepto de convencionalidad supone la renuncia a concepciones estrictamente dualistas acerca de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos locales, conforme a las cuales el ámbito de aplicación del derecho internacional se limita a las relaciones entre los estados. De acuerdo a tales concepciones, la aplicabilidad del derecho internacional por las autoridades nacionales está supeditada a su expresa incorporación en el derecho interno, y la jerarquía normativa del ordenamiento internacional será la misma de la fuente formal del derecho que lo recoge, de modo que un tratado internacional incorporado al ordenamiento nacional mediante una ley ordinaria estaría supeditado en sus efectos a las normas constitucionales.

Por el contrario, la convencionalidad lleva aparejada la idea de unidad de sistema jurídico y primacía de las normas internacionales de protección de derechos humanos. En últimas, se trata del reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos como referente de validez y no sólo de legitimidad, de todos los actos de las autoridades públicas nacionales. Así lo concibe, entre otros, Santofimio, quien tras analizar buena parte de la jurisprudencia interamericana que se ha ocupado de la noción de convencionalidad, concluye:

[...] puede sostenerse que el concepto de convencionalidad se soporta sobre la base de las ideas de sistema jurídico único, integración normativa, consolidación de un ordenamiento jurídico único en lo público y en lo privado, ruptura del concepto dualista de ordenamientos jurídicos, efecto directo de las obligaciones convencionales y carácter vinculante de sus principios, normas y reglas, todo en función del ser humano³.

El concepto de convencionalidad está estrechamente relacionado con la noción de control de convencionalidad, esto es, con el deber que asiste a todas las autoridades públicas de velar por la efectividad del ordenamiento convencional que, como se explicará más adelante, no se limita al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). En especial, a partir de la sentencia del Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha sostenido, de forma reiterada⁵, la existencia de un control difuso de convencionalidad, conforme al cual no sólo compete a la Corte IDH valorar la correspondencia entre los actos de los estados partes y el ordenamiento convencional, sino que tal labor también corresponde a los jueces nacionales y, en general, a todas las autoridades públicas.

La convencionalidad, como lo apunta Santofimio, “no sólo supone la existencia de un orden jurídico supranacional, sino, además, el deber de aplicar una determinada técnica hermenéutica a la hora de interpretar el ordenamiento local”⁶, deber que el autor citado identifica con el concepto de dimensión subjetiva de la convencionalidad. Más exactamente, esta acepción de la convencionalidad impone el deber de acudir a la ponderación como método de adopción de las decisiones que involucren

-
- 3 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos, ideas rectoras. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 604.
 - 4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.
 - 5 Cfr. (1) Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158, párr. 128. (2) Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162, párr. 173. (3) Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, párr. 79. (4) Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C, n.º 186, párr. 180. (5) Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C n.º 209, párr. 339. (6) Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C n.º 213, párr. 208, nota 307.
 - 6 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, El concepto de convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos, ideas rectoras. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 268.

los derechos reconocidos en el orden convencional, lo cual supone la proscripción de interpretaciones del ordenamiento local que desvirtúen, o limiten irracional o desproporcionadamente, los derechos subjetivos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

En su dimensión objetiva, la convencionalidad representa un ordenamiento jurídico supranacional vinculante para los estados, ya sea en virtud del consentimiento estatal o ante la existencia de normas imperativas de derecho internacional público. Tal ordenamiento está conformado por un conjunto de derechos y garantías que los estados tienen la obligación de respetar y promover. Adicionalmente, la convencionalidad supone el deber de materializar los derechos reconocidos en la CADH conforme a la interpretación dada por la Corte IDH, en su condición de intérprete autorizada de la convención⁷.

Frente a este último entendimiento del concepto de convencionalidad, esto es, el deber de interpretar los derechos convencionales conforme al contenido y alcance que les ha dado la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en ejercicio de sus funciones consultivas como contenciosas, conviene traer a colación la opinión doctrinal de Romero Pérez, quien, tras estudiar en detalle los argumentos a favor y en contra de reconocer vinculatoriedad a las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana, indica:

De nuestro estudio concluimos que debe reconocerse que las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana tienen un carácter vinculante para los estados americanos, al menos para los que han ratificado la Convención Americana, independientemente de que estos estados hayan o no participado en el proceso consultivo o contencioso del cual se derivaron estas resoluciones, o de que se reforme, o se suscriba, un protocolo adicional a la Convención Americana que así lo señale expresamente.

Desde nuestro punto de vista, son más contundentes los argumentos pueden estructurarse y desarrollarse para defender la vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana, apreciación que se funda no sólo en la cantidad de razonamientos que acompañan esta postura, sino en que el propósito de hacer efectivos los derechos humanos así lo exige⁸.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, p. 124; caso Radilla Pacheco, sentencia de 2009, p. 338; caso Gelman, sentencia del 2011, pp. 193 y 239; caso Masacre de Santo Domingo, sentencia del 2012, p. 142; caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas, sentencia del 2014, p. 497; caso Rochac Hernández, sentencia del 2014, p. 213. *Ibíd.*, p. 273.

8 Romero Pérez, Xiomara Lorena. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 128. En contra de la referida vinculatoriedad, véase Ezequiel Malarino. Notas sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos

En la referida dimensión objetiva, la convencionalidad, como antes se esbozó, no sólo está integrada por el texto de la CADH y por la interpretación que de ella ha hecho la Corte IDH, también comprende los restantes convenios internacionales que conforman el sistema interamericano de protección de derechos humanos, los principales tratados e instrumentos que hacen parte del sistema universal de protección de los derechos humanos, las normas del derecho internacional humanitario (sean estas convencionales o consuetudinarias) y, como es lógico, las normas de *ius cogens*⁹.

La vinculatoriedad del orden jurídico convencional se traduce, en primer lugar, en el reconocimiento del efecto directo de las normas que lo integran en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin necesidad de incorporación expresa o desarrollo en la legislación local¹⁰. Además, al tratarse de un orden jurídico supranacional y vinculante para el Estado en su conjunto, surge para éstos el deber de adecuar la normatividad interna, en todos los niveles, a las normas convencionales¹¹; obligación internacional que vincula incluso al constituyente primario, de ahí que las normas constitucionales y la interpretación que de ellas hagan los tribunales constitucionales puedan ser objeto de control de convencionalidad¹². Finalmente, y como es lógico, el carácter vinculante del orden convencional conlleva el deber de respeto, conforme al cual ningún Estado puede vulnerar, a través de acciones u omisiones de sus agentes, los derechos y garantías convencionales, pues de hacerlo compromete su responsabilidad internacional.

interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. En: Derechos Humanos y Derecho Penal. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 75-96.

- 9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo, sentencia del 28 de noviembre de 2012, p. 277; Granier-RCTV, sentencia del 22 de junio de 2015, pp. 335-337; Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero de 2001, p. 81; Caso Gelman, sentencia del 24 de febrero de 2011, pp. 193 y 239; Caso Personas dominicanas y haitiana expulsadas, sentencia del 28 de agosto de 2014, p. 497; Rochac Hernández y otros, sentencia del 14 de octubre de 2014, pp. 213 y 244; caso Masacre El Mazote y lugares aledaños, p. 148; Masacre de Santo Domingo, sentencia del 30 de noviembre de 2012, p. 270.
- 10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, p. 124.
- 11 La Corte IDH ha adelantado el control de convencionalidad de normas constitucionales en varias ocasiones. El alcance de estos fallos ha consistido en la declaración de la responsabilidad internacional de los Estados demandados y, como consecuencia, la orden de modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, para lograr su conformidad con las disposiciones del IDH. Un precedente importante respecto a este tipo de condenas es el fallo del caso “La Última Tentación de Cristo”, así como, también, las siguientes sentencias: Corte Interamericana de Derechos Humanos Boyce vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Caesar vs. Trinidad y Tobago, sentencia del 11 de marzo de 2005, y el Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005.
- 12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Gelman, sentencia del 24 de febrero de 2011, pp. 238-239; caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, pp. 310, 311, 317, 318, 320, 321, 322, 338 y 340; caso Fernández Ortega vs. Mexico, sentencia del 25 de mayo de 2011, pp. 118, 119, 177, 179 y 237; caso Rosendo Cantú vs. Mexico, sentencia del 31 de agosto de 2010, pp. 161, 163, 219 y 220; Opinión consultiva oc-14/94, 1994, 36 y 50.

En lo que hace a la posible contradicción entre los sistemas normativos nacionales y el orden convencional, la Corte IDH ha precisado que si bien es cierto que los jueces nacionales se hallan sometidos al imperio de la ley, no lo es menos que, como representantes del poder público, también tienen la obligación de dar cumplimiento a los compromisos internacionales del Estado del que hacen parte, de modo que deben optar por aquellas interpretaciones de la ley nacional que materialicen los derechos y garantías convencionales o, ante una abierta contradicción entre el orden convencional y la ley nacional, deben privilegiar la aplicación de las normas internacionales¹³; así lo concluye la Corte IDH a partir de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual el ordenamiento local no puede invocarse como justificante para el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado. En tal sentido, se lee en la citada sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁴.

Más allá del deber de control de convencionalidad que corresponde a los jueces nacionales, y, en general, a las autoridades públicas de los estados partes, para los propósitos de la presente investigación conviene destacar que la principal obligación de los estados en materia de garantía de los derechos convencionales es adecuar su ordenamiento jurídico interno a la normatividad internacional, deber que, permítasenos insistir, se predica del orden jurídico nacional en su integridad. Es decir, la obligación de correspondencia de las normas nacionales y el orden convencional se predica de la Constitución Política y se extiende hasta lo más bajo la pirámide normativa nacional; así lo ha considerado la Corte a partir de la interpretación de lo pactado en los artículos 1.1 y 2 de la CADH¹⁵.

13 A condición, como es lógico, que la norma convencional sea más favorable para el titular de derecho que la norma nacional.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, p. 124.

Es más, la Corte IDH ha sostenido que ni siquiera las normas constitucionales provenientes del constituyente primario escapan a la obligación de correspondencia con el orden convencional, de modo que las mismas también pueden ser objeto de control de convencionalidad por las autoridades nacionales y, en última instancia, por la propia Corte IDH. Como se observa, para la Corte IDH el poder constituyente originario no es absoluto, pues su ejercicio necesariamente debe enmarcarse en el ámbito convencional. En tal sentido, la Corte IDH indicó, con meridiana claridad, en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193) [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial¹⁶.

Finalmente, pero no menos importante, la Corte IDH ha indicado que el deber de ejercer un control de convencionalidad también corresponde a los tribunales constitucionales y demás organismos jurisdiccionales en la cúspide de los sistemas judiciales nacionales, de modo que al ejercer su labor de control de constitucionalidad los tribunales constitucionales deben también valorar el orden convencional. Es más, la Corte IDH expresamente ha indicado que las decisiones de los tribunales constitucionales pueden devenir inconvencionales, de modo que el Estado debe procurar los medios para evitar que se continúen surtiendo los efectos de las sentencias que adoptan interpretaciones o respaldan leyes contrarias al orden convencional. Al respecto, señala Santofimio en relación con la sentencia del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*:

La Corte ordenó al Estado, *inter alia*, adoptar las medidas necesarias para evitar que continúe surtiendo efecto lo resuelto en la sentencia TC/0168/13 y lo

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011.

16 *Ibidem*, par. 239.

pertinente a la Ley 169-14; igualmente dispuso adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma (constitucional, legal, reglamentaria o administrativa), práctica, decisión o interpretación que establezca que la estancia irregular de padres extranjeros motiva la negación de la ciudadanía dominicana a quienes nacen en territorio de la República Dominicana e igualmente ordenó al Estado tomar las medidas constitucionales, legislativas, administrativas o de cualquier otra índole para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento accesible, sencillo y pueda ser llevado a cabo tan pronto ocurre el nacimiento, sin distinción de su ascendencia, origen o situación migratoria parental¹⁷.

Si bien el concepto de convencionalidad y los alcances del control de convencionalidad merecen consideraciones mucho más amplias que las hasta ahora esbozadas, estimamos que la jurisprudencia interamericana y la doctrina consultada permiten llegar a las siguientes conclusiones preliminares que servirán de fundamento teórico para el resto de nuestro análisis, a saber:

1. El orden jurídico convencional no se limita al texto de la CADH, de modo que el análisis de convencionalidad que se desarrollará en la presente investigación, debe abarcar la confrontación del ordenamiento colombiano con las normas del derecho internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado colombiano. En especial, los institutos procesales examinados habrán de considerarse inconvencionales si contravienen la CADH o cualquier otro tratado en materia de derechos humanos vinculante para Colombia.
2. Pese a que debe reconocerse que el ordenamiento constitucional colombiano es amplio en materia de garantías procesales, el concepto de control de convencionalidad lleva aparejada la posibilidad de cuestionar la validez de las normas constitucionales contrarias al orden convencional. En consecuencia, la consagración de los institutos procesales analizados en el orden constitucional, o su correspondencia con dicho orden, es un argumento intrascendente a la hora de analizar su convencionalidad.
3. Finalmente, la jurisprudencia interamericana ha indicado que las decisiones de los tribunales constitucionales también pueden ser objeto de control de convencionalidad, de modo que lo que estas corporaciones decidan en relación con la constitucionalidad de una determinada institución jurídica es intrascendente, o cuando menos no determinante, a la hora de analizar su convencionalidad.

A partir de estas premisas, en adelante se valorará la convencionalidad de las normas jurídicas que consagran el juzgamiento en ausencia en el procedimiento penal colombiano.

17 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, El concepto de convencionalidad..., *op. cit.*, p. 341.

2. EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO COMO GARANTÍA RECONOCIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de adentrarnos en la regulación del derecho a estar presente en juicio en el derecho internacional de los derechos humanos, conviene enfatizar que esta investigación tiene por objeto el procedimiento conocido en el derecho colombiano como juzgamiento en ausencia, y no la figura consagrada en el estatuto procesal penal como contumacia. En otras palabras, lo que se pretende analizar es si resulta conforme al derecho internacional de los derechos humanos que una persona sea procesada y declarada penalmente responsable, con efectos de cosa juzgada, en un proceso penal del que no tuvo conocimiento. Como puede anticiparse, la posibilidad de adelantar una actuación penal en ausencia del procesado que, habiendo sido informado de su desarrollo, voluntariamente no se presenta a juicio, no será valorada en esta oportunidad. Esta aclaración es pertinente, pues en derecho internacional de los derechos humanos se suele emplear la expresión *trial in absentia* o juicio en ausencia para designar las dos figuras que antes referimos, esto es, la declaratoria de persona ausente y la contumacia, de modo que debe tenerse especial cuidado al analizar el texto de los instrumentos internacionales y los pronunciamientos de los tribunales internacionales. Como en su momento se explicará, algunas referencias normativas que parecerían avalar la admisibilidad del juzgamiento en ausencia conforme al derecho internacional de los derechos humanos, se refieren al instituto de la contumacia y no a los supuestos que en Colombia son recogidos bajo la figura de la declaratoria de persona ausente.

Hecha la anterior precisión, lo primero que debe destacarse es que a partir de una interpretación literal de los tratados más relevantes en términos de garantía de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano y reconocidos expresamente por la Corte Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad¹⁸, se concluye que el derecho a estar presente en juicio constituye una garantía absoluta¹⁹ e independiente del derecho a contar con un abogado defensor.

En efecto, el artículo 14(3)(d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a

hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija,

18 La CADH, aprobada con la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado con la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

19 Con salvedad de los casos que se asimilan al instituto de la contumacia.

a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo²⁰.

Ahora bien, podría pensarse que la conjunción “o” precisa que la garantía convencional se ve satisfecha con la presencia del acusado en juicio o con la asistencia de un defensor; lo cual hablaría a favor de la convencionalidad de los juicios en ausencia tal y como están hoy regulado en el Código de Procedimiento Penal colombiano. Más allá de que esta hermenéutica resulta contraria al principio *pro homine*, lo cierto es que la confusión anotada sólo surge del texto del Pacto en español, pues la versión oficial en idioma inglés permite advertir con absoluta claridad que el derecho a estar presente en juicio es una garantía autónoma que no se confunde a la de contar con un defensor. En tal sentido, se lee en la misma norma en idioma inglés:

(d) To be tried in his presence, *and* to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it²¹.

La traducción literal de la primera oración del citado literal sería: “[...] a ser juzgado en su presencia, y a defenderse por sí mismo en persona o a mediante un asesor legal de su propia elección”. Como puede advertirse, el derecho a estar presente en juicio no está condicionado a la presencia de un defensor, por el contrario, tal garantía está expresada en términos absolutos. El Pacto permite al procesado defenderse personalmente o valerse de un abogado de su elección, pero en ningún caso faculta que el proceso se adelante en ausencia del acusado, en especial cuando éste no ha tenido conocimiento de la actuación en su contra²².

20 Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

21 Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, versión en inglés disponible en <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

22 Conviene indicar que el artículo 53 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé expresamente que “1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas”. Ante esta situación, surge la obligación de comparar todos los textos ante la evidente existencia de una contradicción entre los textos en inglés y español, tal como lo prevé el artículo 33, apartado 1, de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. En todo caso, en vista que el Pacto es un tratado multilateral de derechos humanos, consideramos válido que la disparidad de los textos se supere acudiendo al principio *pro homine*, es decir, privilegiando aquella interpretación que mejor garantiza el derecho de los ciudadanos inculcados por la comisión de un delito, la cual, sin duda, es la que privilegia el derecho a estar presente en juicio. Para una mejor comprensión de los efectos del plurilingüismo en la determinación de las normas convencionales, véase Ezequiel Malarino. El plurilingüismo como factor de indeterminación de la norma penal en el Estatuto de Roma. En: *Derechos Humanos y Derecho Penal*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 241-283.

Conviene señalar que la interpretación literal tiene una relevancia mayúscula a la hora de establecer el alcance de las obligaciones derivadas de un tratado internacional. Al respecto, recuérdese que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”²³. Dado que el Pacto hace referencia al derecho a “ser juzgado en su presencia” o “hallarse presente en juicio”, resulta evidente que la garantía convencional demanda la efectiva concurrencia del procesado, sin que sea dado interpretar, apartándose del sentido corriente de las mencionadas expresiones, que la presencia del acusado se suple con la de su defensor.

Esta interpretación se muestra coincidente con los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, organismo internacional que, si bien no es el intérprete autorizado del Pacto, es el llamado a valorar las comunicaciones elevadas por los ciudadanos de los estados que han ratificado el protocolo facultativo del Pacto; de ahí la importancia de sus informes y observaciones generales²⁴.

En lo que hace a la garantía a estar presente en juicio, en su Observación General 32²⁵, referente al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que reemplazó la Observación General 13, el Comité de Derechos Humanos señaló, expresamente, que los juicios en ausencia sólo son admisibles, conforme a los mandatos del Pacto, si han estado precedidos de la efectiva comunicación al procesado del inicio del juicio en su contra. En otras palabras, el Pacto proscribía, en criterio del Comité, el desarrollo de juicios cuyo inicio no ha sido efectivamente informado al procesado, admitiéndose únicamente la institución de la contumacia o renuncia expresa al derecho a estar presente durante el enjuiciamiento. En tal sentido, se lee en la referida Observación General:

36. El apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 contiene tres garantías bien definidas. En primer lugar, la disposición establece que los acusados tienen derecho a estar presentes durante su juicio. Los procesos *in absentia* de los acusados pueden estar permitidos en algunas circunstancias en interés de la debida administración de la justicia, por ejemplo, cuando los acusados, no obstante haber sido informados del proceso con suficiente antelación, renuncian

23 Organización de Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Teaty Series, 1980, p. 45. Disponible en <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-358/05 de abril 8 de 2005, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

25 Comité de Derechos Humanos. Observaciones generales aprobadas, n.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, pár. 36. Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN32.

a ejercer su derecho a estar presentes. En consecuencia, esos juicios son *solamente* compatibles con el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 si se han adoptado las medidas necesarias para convocar a los acusados con antelación suficiente y *se les ha informado de antemano* de la fecha y el lugar de su juicio, solicitándoles su asistencia [énfasis agregados]²⁶.

La citada observación general resulta especialmente relevante para los propósitos de la presente investigación, pues permite advertir que el derecho a estar presente en el juicio es una garantía autónoma y, más importante, que únicamente puede exceptuarse en aquellos casos en que efectivamente “se le ha informado” al acusado sobre el lugar y fecha de su juicio, de modo que las dificultades para hallar el procesado no justifican el desarrollo de un juicio en ausencia.

Lo considerado por el Comité no obedece únicamente a una interpretación literal del artículo 14(3)(d). En la citada Observación General, el Comité pone de presente la importancia de la presencia del acusado como director de su propia defensa, al destacar que los acusados tienen derecho a instruir a sus defensores acerca del modo en que debe conducirse la estrategia defensiva. En consecuencia, para el Comité el derecho a defenderse por sí mismo no se ve excluido por la garantía de defensa técnica, por el contrario, se trata de derechos complementarios. En tal sentido, señaló el Comité de Derechos Humanos:

37. En segundo lugar, el derecho de todos los acusados de un delito penal a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho, conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional, y a prestar testimonio en su propio nombre²⁷.

Lo señalado por el Comité en la citada Observación General se compadece con los informes rendidos por dicho organismo internacional en desarrollo del mecanismo de denuncia individual previsto en el Protocolo Facultativo del Pacto. En efecto, el Comité ha dictaminado que los juicios en ausencia únicamente son admisibles, a la luz del derecho consagrado en el artículo 14(3)(d) del Pacto, en aquellos casos en que se ha informado oportuna y efectivamente al procesado acerca de la hora y lugar en que se desarrollará el juicio. En otras palabras, si estar presente en desarrollo del juicio es un derecho del procesado, su asistencia sólo puede exceptuarse en aquellos casos en que éste, voluntaria y expresamente, ha renunciado a tal derecho, es decir,

26 *Idem.*

27 *Idem.*

únicamente en los supuestos de contumacia; con independencia de los esfuerzos que se hayan adelantado para dar con el paradero del procesado ausente.

Así lo dictaminó el Comité en su informe del asunto *Maleki vs. Italia*, oportunidad en la que conoció de un caso en el que las autoridades judiciales italianas juzgaron en ausencia a un ciudadano iraní que se desempeñaba como conductor de un tracto camión con el que transportaba mercancías de su país a Italia y quien nunca residió en territorio italiano, razón por la cual no fue efectivamente notificado del juicio adelantado en su contra por delitos asociados al tráfico de estupefacientes. El Comité consideró que, con independencia de las dificultades para lograr la efectiva notificación del procesado, la convencionalidad de un juicio en ausencia está condicionada a la efectiva comunicación al acusado de la fecha y lugar de su juicio, pues sólo en tales circunstancias puede considerarse que éste ha renunciado a su derecho a estar presente durante el procedimiento. Al respecto, se lee en el referido dictamen:

9.3. El Comité previamente ha considerado que los juicios *in absentia* sólo son compatibles con el artículo 14 cuando el acusado ha sido notificado oportunamente e informado de la comunicación adelantada en su contra –Comunicación 16/79, Caso Mbegne v. Zaire–. Con miras a cumplir con las exigencias de un juicio justo, los estados partes, cuando decidan juzgar a una persona en ausencia, deben probar que estos principios han sido respetados.

9.4. El Estado parte no ha negado que el Sr. Maleki fue juzgado *in absentia*. Sin embargo, no ha probado que el autor haya sido notificado oportunamente o que él hubiese estado informado de la actuación adelantada en su contra. Únicamente afirma –el Estado parte– que “asume” que el autor fue informado por su abogado del proceso adelantado en su contra en Italia. Esto es claramente insuficiente para cumplir con la carga probatoria del Estado parte que pretenda justificar el juzgamiento de un acusado en ausencia. Se planteó ante la Corte que conoció del proceso que el inculpado había sido efectivamente informado antes de proceder a adelantar el juzgamiento en ausencia. Ante la ausencia de evidencia de que la Corte haya procedido de tal modo, el Comité es de la opinión que el derecho del autor a ser juzgado en su presencia ha sido vulnerado²⁸.

28 Ali Maleki v. Italy, Comunicación n.º 699/1996, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/699/1996 (1999), párr. 9.3; 9.4. Traducción libre los autores. El texto original en idioma inglés reza: “[...] 9.4. The State party has not denied that Mr. Maleki was tried in absentia. However, it has failed to show that the author was summoned in a timely manner and that he was informed of the proceedings against him. It merely states that it ‘assumes’ that the author was informed by his counsel of the proceedings against him in Italy. This is clearly insufficient to lift the burden placed on the State party if it is to justify trying an accused in absentia. It was incumbent on the court that tried the case to verify that the author had been informed of the pending case before proceeding to hold the trial in absentia. Failing evidence that the court did so, the Committee is of the opinion that the author’s right to be tried in his presence was violated. [...] 9.3. The Committee has held in the past that a trial in absentia is compatible with

Como puede advertirse de la simple lectura del aparte transcrito, para el Comité resulta insuficiente que el Estado presuma que el acusado tiene conocimiento del proceso penal adelantado en su contra, debiendo acreditar, para proceder válidamente a adelantar un juicio en ausencia, que el procesado ha sido efectivamente notificado o que por otra vía tuvo conocimiento del desarrollo de la actuación.

Otro aspecto que debe resaltarse del citado dictamen es que para el Comité la violación del derecho a estar presente en juicio sólo puede remediarse garantizando al condenado en ausencia la posibilidad de acceder a un nuevo juicio, esto es, la oportunidad procesal de debatir ampliamente y de fondo el fallo condenatorio proferido en la actuación que no contó con su presencia, en tal sentido indicó la referida instancia internacional:

9.5. Frente a estas consideraciones [9.3 y 9.4], el Comité desea adicionar que la violación del derecho del autor a ser juzgado en su presencia podría haber sido remediada si se le hubiera garantizado la posibilidad de un nuevo juicio en su presencia cuando fue aprendido en Italia²⁹.

Finalmente, en lo que hace a la trascendencia del pronunciamiento al que se viene haciendo referencia, conviene destacar que en el citado dictamen el Comité precisa el alcance de su propio precedente, en particular, de lo dictaminado en el caso *Mbenge v. Zaire*; decisión que en ocasiones ha sido citada para afirmar la presunta convencionalidad de los juicios en ausencia. Recuérdese, el dictamen del Comité en el referido caso contiene una *obiter dicta* en el sentido que el artículo 14 del Pacto no supone que los juicios en ausencia sean inadmisibles con independencia de la razón por la que el procesado se encuentra ausente³⁰, lo cual ha sido entendido como la aceptación de los juicios en ausencia en aquellos casos en que resulta sumamente dificultoso dar con el paradero del procesado. Sin embargo, en el dictamen del asunto

article 14, only when the accused was summoned in a timely manner and informed of the proceedings against him Communication n.º 16/79 (*Mbenge v. Zaire*). In order for the State party to comply with the requirements of a fair trial when trying a person in absentia it must show that these principles were respected”.

29 *Ibid.*, párrafo 9.5. Traducción libre los autores. El texto original en idioma inglés reza: “[...] 9.5 In this regard the Committee wishes to add that the violation of the author’s right to be tried in his presence could have been remedied if he had been entitled to a retrial in his presence when he was apprehended in Italy. The State party described its law regarding the right of an accused who has been tried in absentia to apply for a retrial. It failed, however, to respond to the letter from an Italian lawyer, submitted by the author, according to which in the circumstances of the present case the author was not entitled to a retrial. The legal opinion presented in that letter must therefore be given due weight. The existence, in principle, of provisions regarding the right to a retrial, cannot be considered to have provided the author with a potential remedy in the face of unrefuted evidence that these provisions do not apply to the author’s case”.

30 Human Rights Comitee (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), caso Daniel Monguya Mbenge v. Zaire, Communication n.º 16/1977, párrafo 14.1.

Maleki vs. Italia el Comité afirma que Mbegne v. Zaire sirve de sustento a la tesis que el juzgamiento en ausencia sólo es admisible cuando ha estado precedido de la efectiva comunicación al procesado de la fecha y hora en que se desarrollará el juicio³¹.

De lo expuesto, parece válido afirmar que a partir de una interpretación literal del artículo 14(3)(d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se concluye que el derecho a estar presente en juicio es una garantía autónoma del debido proceso, que no puede suplirse con la mera presencia del defensor, y cuya renuncia demanda que previamente se haya notificado de forma efectiva al procesado de la actuación adelantada en su contra. Así lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos, organismo internacional llamado a velar por el cumplimiento del Pacto, tanto en sus Observaciones Generales como en los dictámenes adoptados frente a casos individuales.

Las consideraciones esbozadas frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son también predicables de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque debe reconocerse que el texto de la Convención, tanto en sus versiones oficiales en inglés como en español, se presta para una interpretación exegética, conforme a la cual el derecho a estar presente en juicio es alternativo frente al derecho a contar con representación judicial letrada. En efecto, el artículo 8.2.d. prevé el derecho de toda persona inculpada de un delito de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, redacción que, en esencia, corresponde a la versión en inglés de la Convención, conforme a la cual la persona contra la que se sigue una causa penal tiene derecho a “defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel” (*ibid.*).

Pese al tenor literal de la Convención, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que el derecho a estar presente en juicio se relaciona de forma inescindible con el ejercicio del derecho de defensa a través de un apoderado judicial, de modo que el procesado debe ser considerado como el principal artífice de su propia defensa, con independencia que cuente con asistencia profesional. En otras palabras, “el inculpa-do es sujeto y actor fundamental del proceso seguido en su contra, y no su objeto”³². En tal sentido, la Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, dispone que “es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros

31 Human Rights Comitee (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), caso Ali Maleki vs. Italia, Communication n.º 699/1996, párr. 93.

32 Binder, Alberto, Cape Ed., Namoradze Zaza. “Defensa Penal Efectiva en América Latina”, junio de 2015, p. 70, párrafo 2.

justiciables”³³. Lo señalado por la Corte IDH está correlacionado con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención, conforme al cual toda persona tiene derecho “a ser oída” en la sustanciación de cualquier causa penal seguida contra ella. No se requiere mayor elucubración jurídica para advertir que el derecho a estar presente en juicio es fundamento material del derecho “a ser oído”, así como condición *sine qua non* para el ejercicio de otras garantías asociadas al derecho a la defensa penal efectiva³⁴, como la señalada en el artículo 8.2.f, esto es, el derecho del propio acusado a “examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa”³⁵.

Pese a que la Corte IDH, a diferencia del Comité de Derechos Humanos, no ha adoptado un pronunciamiento expreso en contra del juzgamiento en ausencia, ni ha condicionado su convencionalidad a que se brinde al condenado en ausencia la posibilidad de debatir de fondo el fallo proferido en su contra una vez lo conozca, la regente de la jurisprudencia interamericana sí ha señalado que la dimensión material del derecho de defensa supone que el procesado ejerza control sobre su defensa, de modo que la asistencia de un abogado es insuficiente para satisfacer esta garantía convencional.

Al respecto, en diversos pronunciamientos la Corte IDH ha precisado que el acusado tiene derecho a que se le informe el contenido de los cargos presentados en su contra, derecho que debe materializarse desde las más primigenias etapas de la actuación penal. El deber de informar directamente al procesado de las razones, fácticas y jurídicas, que motivan el desarrollo de una causa penal en su contra, reafirma la necesidad de contar con su presencia como condición material de las garantías asociadas a la noción de juicio justo que se encuentran consagradas en la CADH.

A modo de ejemplo, permítasenos traer a colación lo indicado por la Corte IDH en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, al afirmar que

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99, Serie A n.º 16, párrs. 117 y 119.

34 Binder Alberto, Cape Ed., Namoradze Zaza. “Defensa Penal Efectiva en América Latina”, junio de 2015, p. 86, párrafo 1. “En primer lugar, el imputado, al igual que los otros sujetos del proceso, tiene el derecho a ser oído por la jurisdicción (CADH 8.1 y PIDCP, art. 14.1) y, así mismo, se ha reconocido que su derecho de revisión sobre la decisión de condena debe ser integral (CADH, art. 8.2 h y PIDCP, 14.5). Por otra parte, en ningún momento puede ser sometido a detenciones o privaciones de libertad ‘arbitrarias’. De este conjunto de derecho expresamente surge, entonces que toda decisión que afecte derechos del imputado debe ser motivada en razones suficientes y ello forma parte del conjunto de derechos vinculados a la defensa. Carece de sentido tener el derecho a ser oído, es decir, a alegar sobre el valor de la prueba, sobre el sentido del derecho o hacer peticiones sobre medidas y que, como contrapartida, no exista el deber de responder a esos alegatos o peticiones. Por otra parte, tampoco tiene sentido que exista el derecho a una revisión integral y ello no signifique la obligación de fundar en razones revisables la decisión que será sometida a revisión”.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999, párrs. 153-154, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, 24 de septiembre de 2009, párr. 84.

La transición entre –investigado– y –acusado– y en ocasiones incluso –condenado– puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso– se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa³⁶.

Nótese que la Corte IDH identifica al procesado, y no a su defensor, como destinatario del deber estatal de informar oportuna y adecuadamente el contenido y sustento de los cargos presentados en su contra. Lo anterior, se evidencia con mayor claridad en la sentencia del Caso Castillo Petruzi y otros vs. Perú, en la que la Corte IDH declaró que en vista de que los acusados no habían tenido un conocimiento “oportuno y completo” de los cargos, la actuación de sus defensores fue insuficiente para garantizar las garantías reconocidas en el artículo 8 de la CADH. Al respecto, se lee en la mencionada sentencia:

141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada³⁷.

Esta posición fue reafirmada y ampliada por la Corte IDH en la sentencia del Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Se precisa que la CADH reconoce dos dimensiones del derecho de defensa: (1) la material, que supone el ejercicio de la defensa directamente por el inculcado, siendo su principal manifestación la posibilidad de rendir declaración libre sobre los hechos que son objeto de imputación; y (2) la técnica, que, si bien es ejercida por un profesional del derecho, se concreta en la asesoría al inculcado sobre el contenido y alcance de sus derechos y en la valoración crítica de la prueba³⁸. En otras palabras, para la Corte IDH la defensa técnica está al servicio de la defensa material, de modo que la mera presencia de un defensor, con independencia de sus capacidades y diligencia, es insuficiente para sostener que el

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre de 2009, párr. 46.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzi y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 141.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 5 de octubre de 2015.

derecho convencional de defensa se encuentre efectivamente garantizado. Sobre el particular, se lee en la resolución judicial a la que se viene haciendo mención:

153. El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas. La Convención Americana rodea de garantías específicas al ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8.3), como de la defensa técnica, en los términos que se desarrollarán a continuación³⁹.

Cabe destacar que en el caso mencionado obró como perito el reputado procesalista argentino Alberto Binder, quien conceptuó que la garantía convencional del derecho de defensa supone que el procesado cuente con mecanismos efectivos que le permitan cuestionar la labor de su defensor. De igual modo, el profesor Binder indicó que la defensa técnica demanda que el apoderado judicial únicamente atienda los intereses de su representado. Estas exigencias son necesarias con el propósito de resguardar la “relación de confianza” que se exige entre el procesado y quien lo representa. Conclusiones que, a no dudar, refuerzan la tesis en el sentido que la defensa técnica no puede entenderse con independencia del ejercicio de la defensa material. Al respecto, se lee en la sentencia antes citada:

158. En el mismo sentido, el perito Binder sostuvo que el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana. En esta línea, resaltó que “la relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública por lo que deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda

39 *Ibidem*, párr. 153.

pedir que se evalúe el nivel de su defensa y ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la ‘justicia’”⁴⁰.

En conclusión, el artículo 8.2.d. de la CADH no consagra la defensa técnica como una garantía convencional llamada a sustituir a la defensa material, por el contrario, la labor principal del defensor es asesorar al inculcado en el ejercicio personal de su defensa material, es decir, permítasenos reiterar, la defensa técnica está al servicio de la defensa material. Si esto es así, resulta evidente que el derecho del acusado a estar presente en juicio es presupuesto para el ejercicio de la defensa material y, por ende, condición sine qua non para el ejercicio del derecho de defensa en los términos del artículo 8 de la CADH.

Este entendimiento de la jurisprudencia interamericana y, en general, del alcance de las garantías mínimas consagradas en el artículo 8 de la Convención, es compartido por un reputado sector de la doctrina, que identifica a la defensa material como el núcleo esencial del derecho de defensa:

El sentido principal de la dimensión personal de la defensa consiste en que, en todo momento, el imputado debe ser protagonista de su defensa, aun cuando ella se realiza a través de un abogado y bajo su consejo. El derecho a defenderse personalmente significa que él es siempre un sujeto del proceso y nunca un objeto de las actuaciones judiciales. También debe significar que el defendido, en todo caso, debe mantener un adecuado control sobre el ejercicio de la defensa a través de profesionales. Esto es de particular importancia como mecanismo de control y de orientación sobre los sistemas de defensa pública, ya que en numerosas ocasiones ellos se burocratizan y los imputados pierden todo contacto real con su caso; no se debe olvidar que se trata de defensa de intereses concretos y el titular y conocedor de esos intereses es la propia persona que sufre el riesgo de la condena penal⁴¹.

Finalmente, en lo que hace al desarrollo del derecho a estar presente en juicio por la Corte IDH, conviene destacar que la Corte no ha señalado que el deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones a derechos humanos, exija la consagración de la figura del juzgamiento en ausencia, es más, no ha cuestionado la prohibición de este instituto ni siquiera cuando ha sido alegada por algunos estados como justificante para no ejecutar esta obligación internacional. Así, por ejemplo, en la sentencia del Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, el Estado paraguayo alegó, como motivo justificante para no haber desarrollado el enjuiciamiento de los responsables de hechos constitutivos de tortura y otras graves violaciones a los

40 *Ibidem*, párr. 158.

41 Binder Alberto, Cape Ed., Namoradze Zaza, *op. cit.*, p. 70, párrafo 2.

derechos humanos, que los inculpados se hallaban fuera del país y que el estatuto procedimental penal paraguayo prohibía el juzgamiento en ausencia. Pese a tratarse de la violación de normas *ius cogens*, la Corte no dictaminó que la prohibición del juzgamiento en ausencia fuera inconvencional, limitándose a indicar que el Estado debía procurar, con mayor diligencia, la extradición de los presuntos responsables para adelantar su enjuiciamiento. Sobre el particular, se lee en el fallo mencionado:

128. Según fue señalado anteriormente (*supra* párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.

129. Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales erga omnes contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.

130. La plena realización de la justicia en este tipo de casos se imponía para el Paraguay como un deber inexcusable de haber solicitado, con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados. Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Paraguay debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido⁴².

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrs. 128-131.

De lo transcrito bien puede concluirse que para la Corte IDH el juzgamiento en ausencia no es, cuando menos, una institución que resulte de plano contraria al deber de los estados partes de investigar, enjuiciar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Si bien la Corte no lo explicita, es de suponer que tal postura obedece, como antes se indicó, a la inescindible relación que la propia Corte IDH ha decantado entre el ejercicio de la defensa material, que supone la presencia del inculpado en juicio, y la efectiva materialización de las garantías judiciales mínimas consagradas en el artículo 8 de la CADH.

Tras analizar, someramente, la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el objeto de esta investigación, conviene hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que ha abordado los institutos de la contumacia o rebeldía y el juzgamiento en ausencia. Si bien el TEDH no ejerce jurisdicción sobre el Estado colombiano, deben reconocerse que sus pronunciamientos tienen gran incidencia en la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que sus decisiones constituyen un buen referente para anticipar cuál será la posición de la Corte IDH en la materia.

A diferencia de la jurisprudencia interamericana, la jurisprudencia del TEDH sí ha abarcado, en extenso, la tensión entre, por una parte, el derecho del acusado a comparecer al proceso y, por otra, el interés de los estados partes de enjuiciar y sancionar efectivamente a los autores de conductas punibles. Los pronunciamientos del TEDH han girado en torno a los siguientes dos supuestos fácticos:

1. El inculpado no tuvo conocimiento efectivo de la actuación penal adelantada en su contra, y tampoco se le brindó la oportunidad de solicitar ante una autoridad jurisdiccional el reexamen integral del caso una vez fue capturado o se le informó efectivamente de la condena.

Esta situación, conforme a la jurisprudencia sentada por el TEDH, constituye una violación del artículo 6, parágrafo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Así lo declaró el TEDH en las sentencias de los casos Goddi, Colozza, F. C. B., T. y Sejdovic contra Italia⁴³.

En las señaladas resoluciones judiciales, el TEDH decantó las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con el derecho a estar presente en juicio y la admisibilidad del juzgamiento en ausencia:

a. Los estados partes están obligados a emplear la debida diligencia a fin de notificar al inculpado del desarrollo de una actuación penal en su contra⁴⁴.

43 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso Goddi vs. Italia del 9 de abril de 1984, serie A, n.º 76, p. 10, apdo. 26; Caso Colozza vs. Italia del 12 de febrero de 1985, serie A, n.º 89, pp. 11 y 12, apdos. 32 y 33.

44 Caso F.C.B. vs. Italia, p. 21, apdo. 33.

b. El CEDH demanda que el inculpado sea informado de la actuación adelantada en su contra mediante un procedimiento oficial, de modo que el conocimiento informal que éste pueda tener sobre la existencia de un proceso penal en su contra, es insuficiente para considerarlo en rebeldía o contumacia. Al respecto, se lee en la sentencia del caso T vs. Italia:

28. Siguiendo el criterio de la Comisión, el Tribunal constata que el señor T. estaba al corriente de la apertura de un procedimiento penal contra él. Pero dar cuenta a otra persona del curso del procedimiento constituye un acto jurídico de tal importancia que ha de respetar una serie de condiciones estrictas, de fondo y de forma, destinadas a salvaguardar el ejercicio efectivo de los derechos del acusado; como se deduce, por lo demás, de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 3a) (art. 6-3-a) del Convenio. Un conocimiento impreciso y no oficial no resulta suficiente⁴⁵.

c. La presencia del inculpado en el proceso penal reviste una importancia capital, pues se trata de una condición indispensable para el ejercicio del derecho a ser oído y, de ser procedente, confrontar su declaración con las pruebas de cargo.

d. Si bien los juicios en ausencia no son, en sí mismos, contrarios a lo dispuesto en el artículo 6 del CEDH, su convencionalidad está condicionada a que se brinde a la persona juzgada en ausencia un recurso judicial efectivo para cuestionar el fundamento de la condena, tanto formal como materialmente; recurso que debe permitir al condenado la presentación de pruebas nuevas que desvirtúen el fundamento de la condena proferida en su contra. Por ser relevante para los propósitos de la presente investigación, permítasenos una cita en extenso de lo considerado por el TEDH en la sentencia del Caso Sejdivic vs. Italia:

81. Pese a que no se menciona de forma expresa en el párrafo 1 del [artículo] 6, el objeto y propósito del artículo, considerado como un todo, muestran que una persona contra la que se ha presentado una acusación en materia penal, está legitimada para tomar parte en el procedimiento. Más aún, los sub-párrafos (c), (d) y (e) del párrafo 3 garantizan a toda persona acusada por un delito “el derecho a defenderse por sí mismo”, “a interrogar o hacer interrogar a los testigos” y a “ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”, y es difícil concebir cómo estos derechos pueden ser ejercidos por el inculpado si no está presente en desarrollo del proceso [...].

82. Pese a que los procedimientos que se adelantan en ausencia del inculpado no son, en sí mismos considerados, incompatibles con el artículo 6 del Convenio,

45 T. v. Italy. Serie A, n.º 245-C, 12 de octubre de 1992.

una denegación de justicia indudablemente surge cuando a la persona condenada en ausencia se le niega la posibilidad de obtener que una Corte, después de ser escuchado, adelante un reexamen de los méritos de la acusación, tanto en su fundamento jurídico como probatorio, siempre que no se haya establecido que el acusado renunció a su derecho a comparecer al proceso y defenderse por sí mismo [...].

83. El Convenio otorga a los estados partes un amplio margen de discrecionalidad en lo que hace a los medios tendientes a asegurar que sus sistemas legales cumplan con las exigencias del artículo 6. La tarea del Tribunal [TEDH] es establecer si los resultados exigidos por la Convención se han alcanzado. [es decir] Si el instrumento procesal contemplado en el derecho local y su implementación resultan efectivos cuando una persona acusada por un delito no ha renunciado a su derecho a defenderse por sí mismo ni ha pretendido escapar del juicio.

84. El Tribunal [TEDH] también ha considerado que el deber de garantizar el derecho a estar presente en desarrollo del proceso, ya sea durante el procedimiento original o en el reexamen de la causa, se considera una exigencia esencial del artículo 6 [...]. En consecuencia, la negativa a reabrir los procedimientos adelantados en ausencia del procesado, sin ninguna prueba de que el acusado renunció a su derecho a estar presente durante el juicio, ha sido considerada como una “flagrante denegación de justicia” que conduce a que el procedimiento sea valorado como “manifiestamente contrario a lo dispuesto en el artículo 6 o a los principios que este consagra”⁴⁶.

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala. Caso Sejdovic vs. Italia. Sentencia del 1.º de marzo de 2006. Aplicación n.º 56581/00, párrs. 81-84. Traducción libre de los autores. El original en idioma inglés reza:

“81. Although this is not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person ‘charged with a criminal offence’ is entitled to take part in the hearing. Moreover, sub-paragraphs *c*, *d* and *e* of paragraph 3 guarantee to ‘everyone charged with a criminal offence’ the right ‘to defend himself in person’, ‘to examine or have examined witnesses’ and ‘to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court’, and it is difficult to see how he could exercise these rights without being present (see Colozza, cited above, § 27; T. v. Italy, cited above, § 26; F.C.B. v. Italy, cited above, § 33; and Belziuk v. Poland, 25 March 1998, § 37, Reports 1998-II).

82. Although proceedings that take place in the accused’s absence are not of themselves incompatible with Article 6 of the Convention, a denial of justice nevertheless undoubtedly occurs where a person convicted in absentia is unable subsequently to obtain from a court which has heard him a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact, where it has not been established that he has waived his right to appear and to defend himself (see Colozza, cited above, § 29; Einhorn v. France (dec.), n.º 71555/01, § 33, ECHR 2001-XI; Krombach v. France, n.º 29731/96, § 85, ECHR 2001-II; and Somogyi v. Italy, n.º 67972/01, § 66, ECHR 2004-IV) or that he intended to escape trial (see Medenica, cited above, § 55).

83. The Convention leaves Contracting States wide discretion as regards the choice of the means calculated to ensure that their legal systems are in compliance with the requirements of Article 6. The

2. El segundo supuesto fáctico que ha motivado pronunciamientos del TEDH sobre el derecho a estar presente en juicio, consiste en que el inculpado tuvo conocimiento, a través del procedimiento oficial, de la actuación adelantada en su contra, pero decidió voluntariamente no comparecer al proceso y, en su lugar, designar un apoderado judicial que ejerza su defensa. Frente a una situación como la anotada, el TEDH ha decantado las siguientes reglas:

a. No puede limitarse el ejercicio del derecho de defensa so pretexto de la rebeldía o contumacia del procesado, de modo que resultan contrarias al CEDH aquellas disposiciones de los estados partes que limitan la posibilidad de quien ha renunciado a su derecho a comparecer al juicio de ejercer su defensa mediante un apoderado judicial, o que condicionan la procedencia de los recursos, ordinarios o extraordinarios, a la comparecencia física del inculpado. Al respecto, se lee en la sentencia del caso *Poitrimol vs. Francia*:

35. La comparecencia del acusado reviste una trascendencia capital no sólo en razón a su derecho a ser escuchado, sino también en razón de la necesidad de controlar la exactitud de sus afirmaciones confrontándolas con las de la víctima, cuyos intereses también han de quedar salvaguardados, así como la de los testigos. Desde luego, el legislador debe poder combatir las abstenciones injustificadas. En este supuesto, sin embargo, no hay que determinar si, en principio, cabe sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un defensor, ya que, en todo caso, la supresión de tal derecho se revela como desproporcionada atendidas las circunstancias que concurren en la causa: la sanción priva al señor *Poitrimol*, a quién no se le admitió su pretensión de recurrir la sentencia dictada por el tribunal de apelación, de la facultad de cuestionar en segunda instancia el fundamento de hecho y de Derecho de la acusación.

[...]

38. Este tribunal considera que la inadmisión del recurso de casación, por razones ligadas a la fuga del recurrente, se revela igualmente como una sanción

Court's task is to determine whether the result called for by the Convention has been achieved. In particular, the procedural means offered by domestic law and practice must be shown to be effective where a person charged with a criminal offence has neither waived his right to appear and to defend himself nor sought to escape trial (see *Somogyi*, cited above, § 67).

84. The Court has further held that the duty to guarantee the right of a criminal defendant to be present in the courtroom –either during the original proceedings or in a retrial– ranks as one of the essential requirements of article 6 (see *Stoichkov v. Bulgaria*, n.º 9808/02, § 56, 7724 March 2005). Accordingly, the refusal to reopen proceedings conducted in the accused's absence, without any indication that the accused has waived his or her right to be present during the trial, has been found to be a 'flagrant denial of justice' rendering the proceedings 'manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein'" (*ibid.*, §§ 54-58).

desproporcionada, teniendo en cuenta la posición primordial que los derechos de la defensa y el principio de preeminencia del Derecho ocupan en una sociedad democrática⁴⁷.

b. Incluso en aquellos casos en que el procesado se encuentra en situación de rebeldía o contumacia y, por ende, es válido el desarrollo de su juicio en ausencia, debe otorgársele el derecho de solicitar un reexamen del proceso “en su totalidad y en su presencia” cuando finalmente concurra a la actuación o se pretenda ejecutar la pena que se le impuso. Al respecto, se lee en la sentencia *Krombrach vs. Francia*:

87. En opinión del tribunal, el levantamiento de la rebeldía únicamente tiene incidencia en el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa en el caso de arresto del interesado. En ese caso, las autoridades tienen, en efecto, una obligación positiva de ofrecer al acusado la posibilidad de un reexamen del caso en su totalidad y en su presencia. Por el contrario, no podría obligarse a un acusado a constituirse prisionero para poder tener el derecho de volver a ser juzgado en condiciones conformes con el artículo 6 del Convenio. Esto sería, en efecto, subordinar el ejercicio de un derecho a un proceso equitativo a un tipo de garantía, la libertad física del interesado⁴⁸.

Lo decantado en el TEDH ha sido acogido y desarrollado en el marco jurídico de la Unión Europea. En particular, la Directiva Europea 2016/343 del 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio, dedica su capítulo III a la garantía objeto de investigación, precisando en qué casos y bajo qué condiciones

47 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Poitrinol contra Francia*. Sentencia del 23 de noviembre de 1993. Aplicación n.º 14032/88, párrafos 35 y 38. Traducción libre de los autores. El original en idioma inglés reza: “35. It is of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim - whose interests need to be protected - and of the witnesses. The legislature must accordingly be able to discourage unjustified absences. In the instant case, however, it is unnecessary to decide whether it is permissible in principle to punish such absences by ignoring the right to legal assistance, since at all events the suppression of that right was disproportionate in the circumstances. It deprived Mr Poitrinol, who was not entitled to apply to the Court of Appeal to set aside its judgment and rehear the case, of his only chance of having arguments of law and fact presented at second instance in respect of the charge against him. [...] 38. The Court considers that the inadmissibility of the appeal on points of law, on grounds connected with the applicant’s having absconded, also amounted to a disproportionate sanction, having regard to the signal importance of the rights of the defence and of the principle of the rule of law in a democratic society. Admittedly, the remedy in question was an extraordinary one relating to the application of the law and not to the merits of the case. Nevertheless, in the French system of criminal procedure, whether an accused who does not appear may have arguments of law and fact presented at second instance in respect of the charge against him depends largely on whether he has provided valid excuses for his absence. It is accordingly essential that there should be an opportunity for review of the legal grounds on which a court of appeal has rejected such excuses”.

48 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Krombrach vs. Francia*, n.º 29731/ 96, 13 de febrero de 2007, p. 87.

está permitido el desarrollo de un proceso en ausencia del acusado. Al respecto, el artículo 8 de la Directiva establece que pueden adelantarse juicios en ausencia, y las resoluciones judiciales que resulten de éstos pueden ser ejecutadas, a condición de que (a) “el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia; o bien (b) que el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado”. Un tercer supuesto en el que, conforme a la Directiva, resulta válido el juzgamiento en ausencia, es aquel en el que “el sospechoso o acusado no ha podido ser localizado pese a haberse invertido en ello esfuerzos razonables”, pero en este caso la validez del juicio en ausencia está supeditada a que se garantice al acusado el derecho a solicitar el desarrollo de un nuevo juicio o recurso judicial efectivo que le permita cuestionar, de fondo y en su forma, el fundamento de la acusación o condena proferida en su contra, así como presentar nuevas pruebas a su favor (arts. 8.4 y 9).

La doctrina que se ha ocupado de la mencionada directiva europea, la cual, valga destacarlo, está llamada a ser incorporada en la legislación interna de los países miembros de la Unión, ha criticado que no se hubiera establecido el carácter excepcional de los juicios en ausencia, lo cual permite, en su opinión, que los estados adelanten procedimientos *in absentia* limitándose a afirmar que han adelantado “esfuerzos razonables” para hallar al inculpaado. Al respecto, sostiene Villamarín López:

En nuestra opinión, para afianzar el carácter esencial de la garantía de estar presente en el juicio hubiera sido oportuno haber establecido como punto de partida que los juicios en ausencia han de celebrarse de forma excepcional, si bien es cierto que esta omisión puede salvarse teniendo en cuenta el acervo jurisprudencial europeo. Pero lo que nos parece muy cuestionable desde el punto de vista de los derechos fundamentales es la nueva previsión del artículo 8.4 de la Directiva. Este precepto puede dar pie a que los países juzguen en ausencia prácticamente cuando quieran, simplemente justificando que han invertido “esfuerzos razonables” en buscar al acusado, con pocas garantías para él, de tal forma que, cuando aparezca, se entere de que ya lo han juzgado y condenado sin haber tenido ninguna noticia, colocándolo en la tesitura de tener que iniciar un nuevo juicio si lo desea, en el que tiene la carga de intentar que quien presenció el primero se olvide lo que ya se llevó a cabo sin él. Es más, en muchos casos, incluso lo único que se le reconoce es un derecho a recurrir la decisión adoptada, por lo que contará además con menos instancias para defenderse. Y si una ley nacional que permita estas prácticas difícilmente podría reputarse conforme a la garantía de un juicio justo, mucho menos una normativa europea de esta naturaleza, que, por un lado, podrá ser incorporada a la legislación de cada Estado –cosa que, intuyo, en este caso la mayoría no harán– y, por otro, obliga a todos los países través de la aplicación de los instrumentos transnacionales, por lo que, por mor de este artículo, cualquier país de la Unión está obligado a aceptar una resolución dictada por otro en ausencia

del acusado siempre que hayan cumplido las condiciones allí previstas, lo que seguro solivianta a más de un Estado miembro.

Estas previsiones de los párrafos segundo y tercero del artículo 8 de la Directiva se completan con lo dispuesto en el artículo 9 sobre el derecho a un nuevo juicio. En línea con las exigencias de la jurisprudencia europea, la Directiva insta a los estados a que garanticen a quienes fueron juzgados en ausencia, con independencia de si tuvieron o no conocimiento de las actuaciones, la celebración de un nuevo juicio en el que se puedan practicar “nuevas pruebas” y que pueda “desembocar en la revocación de la resolución original”, si bien se prevé que esto pueda hacerse también vía “recurso”, lo que, sin duda, merma oportunidades de defensa al acusado, ya que le hace perder al menos una instancia. En cualquier caso, la Directiva exige que cuando se lleve a cabo este nuevo juicio se garantice también que “dichos sospechosos o acusados tengan derecho a estar presentes, a participar efectivamente, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional, y a ejercer su derecho de defensa⁴⁹.

Más allá de la validez de la crítica anotada, el aparte transcrito resulta útil a la presente investigación porque permite advertir que la doctrina europea consultada entiende el contenido y alcance del derecho a estar presente en juicio del mismo modo en que se presenta en esta disertación, esto es, como una garantía indispensable para el ejercicio de otros derechos asociados a la noción de juicio justo, que demanda que, cuando no se haya notificado al inculpado del desarrollo de una actuación en su contra pese a haberse adelantado los esfuerzos razonables para ello, se le permita promover un nuevo juicio o mecanismo judicial en el que pueda debatir, formal, material y probatoriamente, el sustento de los cargos formulados en su contra o de la condena proferida *in absentia*.

En conclusión, el sistema universal de protección de los derechos humanos, así como los sistemas regionales analizados, reconocen el derecho a estar presente en juicio como una condición indispensable para la materialización de las restantes garantías judiciales mínimas debidas a todo inculpado de una conducta de relevancia jurídico penal.

3. EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN JUICIO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El estudio de la figura del juzgamiento en ausencia en el derecho penal internacional resulta especialmente relevante para los propósitos de esta investigación, porque, como se verá, uno de los principales argumentos esbozados por la Corte Constitucional para justificar el instituto del juzgamiento en ausencia en Colombia, es que

49 Villamarín López, María Luisa. “La Directiva Europea 2016/343, del 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, *Revista para el Análisis del Derecho -Indret*, n.º 3, 2017, Barcelona, pp. 30 y ss.

los derechos de las víctimas y, en últimas, el interés de la justicia, no pueden quedar supeditados a la efectiva concurrencia del inculcado al proceso. Si el argumento de la Corte Constitucional es válido, habría que suponer que el juzgamiento en ausencia es una figura comúnmente aceptada por el orden punitivo internacional, tanto convencional como consuetudinario, pues el derecho internacional prevé la responsabilidad penal de los autores de los crímenes más graves que puedan concebirse, los cuales son considerados atentados contra la seguridad y el bienestar de la comunidad de naciones en su conjunto.

Pese a que no cabe duda de la extrema gravedad de los crímenes internacionales y de la existencia de un interés legítimo de la comunidad internacional en su enjuiciamiento y castigo, lo cierto es que la figura del juzgamiento en ausencia es, por decirlo menos, excepcional en el ámbito de los tribunales penales internacionales o internacionalizados, es más, los escasísimos tribunales que la admiten, condicionan su procedencia a exigencias bastantes más estrictas a las fijadas en la jurisprudencia colombiana.

En efecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵⁰ (en adelante, ECPI), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia⁵¹ (en adelante, ETPIY), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁵² (en adelante, ETPR), y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona no prevén la figura del juzgamiento en ausencia y, por el contrario, establecen, en términos más o menos

50 ONU, Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, ISBN n.º 92-9227-227-6, artículos 58 y 63. Disponible en <http://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html> [consultado el 26 de octubre de 2018].

51 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (ETPIY), 25-05-1993. Tratado tomado de la Resolución 827.

Artículo 20.2: “Toda persona contra la cual haya sido confirmada un acta de acusación, y que sea arrestada como consecuencia de una ordenanza o un mandato de arresto emitido por el Tribunal Internacional, debe ser informada inmediatamente de los cargos de los que se le acusa y llevada ante el Tribunal Internacional”.

Artículo 21.4. a y b: “Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: a) De ser informada, en el más breve plazo posible, en una lengua que comprenda y de forma detallada, de la naturaleza y de los motivos de la acusación contra ella; b) De disponer del tiempo y de las facilidades necesarios para la preparación de su defensa y de comunicarse con el consejero de su elección”.

Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

52 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 08-11-1994. Tratado tomado de la Resolución 955 del S/RES/955 (1994).

Artículo 19: “La persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento será detenida en virtud de un auto o una orden de arresto del Tribunal Internacional para Rwanda, informada de inmediato de los cargos que se le imputan y remitida al Tribunal Internacional para Rwanda”.

Artículo 20.2: “El acusado, en la sustanciación de los cargos que se le imputen, tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto”. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>.

similares, que una vez admitida la acusación⁵³ por la autoridad judicial competente, deberá procederse a la expedición de la orden de arresto o de comparecencia en contra del acusado, de modo que la continuidad del proceso queda supeditada a la efectiva captura o a la concurrencia voluntaria del acusado.

Lejos de tratarse de una omisión de los redactores de los mencionados instrumentos internacionales, la decisión de omitir el instituto del juzgamiento en ausencia fue conscientemente adoptada como parte de la garantía del derecho a estar presente en juicio en los términos del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, Jordash y Parker⁵⁴ anotan que al momento de creación del TPIY existía un enorme interés para que se incluyera la figura del juicio *in absentia*, pues se anticipaba la dificultad de llevar ante el Tribunal a los responsables de los crímenes internacionales cometidos durante el, en ese momento aún en curso, conflicto armado de los Balcanes. Pese a este clamor, el secretario general de la ONU, en el informe rendido al Consejo de Seguridad acerca del establecimiento del Tribunal, sostuvo, a modo de una declaración de principios, que

Un juicio no debe iniciar hasta que el acusado está físicamente presente ante el tribunal internacional. Existe una amplia percepción de que los juicios en ausencia no deben estar previstos en el estatuto, pues ello no sería consistente con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo acusado tiene el derecho a ser juzgado en su presencia⁵⁵.

Conviene señalar que si bien los juicios *in absentia* no están previstos en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia de estos tribunales internacionales, ante situaciones mucho menos gravosas que la no comparecencia del acusado a juicio, haya reafirmado la inescindible relación entre el derecho a estar presente en juicio y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, concluyendo que la presencia de un defensor es un dato insuficiente para evaluar la efectiva materialización del derecho de defensa.

53 ONU, Asamblea General. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, ISBN n.º 92-9227-227-6, artículo 58. Disponible en <http://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html>.

54 Jordash, Wayne y Parker, Tim. Trials in Absentia at the Special Tribunal por Lebanon. Journal of International Criminal Justice, Volume 8, Issue 2, 1 May 2010, pp. 487-509.

55 Traducción de los autores, el original en idioma inglés reza: "A trail should not commence until the accused is physically present before the International Tribunal. There is a widespread perception that trails in absentia should not be provided for in the statute as this would not be consistent with Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, wich provides that the accused shall be entitled to be tried in his presence". Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704, 3 May 1993, § 101, <https://www.google.com/r1?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjvYXgJP3dAhWtoJA28QFjALegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fforum.wordreference.com%2Fthreads%2F%25C2%25A7-section-sign-s%25C3%25ADmbolo-para-p%25C3%25A1rrafo.546553%2F%3Fh1%3Des&usg=AOvVaw0zyfuLMop2cLc5e4hJ6R39>.

En tal sentido, la Sala de Apelaciones del TPIR indicó, en decisión del 30 de octubre de 2006, en el caso Zigiranyirazo, en donde el derecho del acusado a estar presente durante el desarrollo de un testimonio se consideró infringido, que

El pleno respeto del derecho a contar con la asistencia de un defensor y del principio de igualdad de armas, no compensa la falta de garantía al acusado de lo que es un derecho distinto que requiere un especial nivel de garantía [, a saber]: el derecho a estar presente en su propio juicio. [...] La afirmación del acusado de sentirse lesionado en estas circunstancias es comprensible⁵⁶.

El reconocimiento del derecho a estar presente en juicio como una garantía autónoma que no se satisface con la mera presencia de un defensor, también se advierte en la jurisprudencia del TPIY. En especial, al analizar la capacidad mental de un acusado para afrontar el juicio, el Tribunal evalúa que éste tenga la posibilidad efectiva de trabajar en equipo con su defensor, es decir, de ser artífice de su propia defensa, ya sea ofreciendo su testimonio o instruyendo a su defensor acerca de la estrategia que debe seguir en el proceso⁵⁷. Como puede advertirse, el derecho a estar presente en juicio es reconocido por el TPIY como un componente esencial del ejercicio de derecho de defensa, tanto así que cuando el acusado carece de las capacidades mentales para guiar a su defensor en desarrollo del proceso, el Tribunal considera que el juicio no puede adelantarse, pese a la presencia física del inculpado.

No obstante lo señalado, debe reconocerse que los estatutos de algunos tribunales internacionalizados, instituidos para el juzgamiento de crímenes internacionales, contemplan la figura de los juicios *in absentia*, con lo cual se retoma esta institución, que había desaparecido del derecho penal internacional desde el Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg, que también contemplaba los juicios en ausencia⁵⁸. Más exactamente, el juzgamiento en ausencia es admitido por el Tribunal Especial

56 Traducción de los autores. El original en inglés reza: “The attempt to give full respect to both the right to counsel and the principle of equality of arms do not compensate for the failure to accord the accused what is a separate and distinct minimum guarantee: the right to be present at his own trial [...] [t]he [Accused’s] [...] sense of being wronged in such circumstances is well-understandable. Decision on Interlocutory Appeal, Zigiranyirazo (ICTR-2001-73-AR73), Appeals Chamber, 30 October 2006. Citada por Wayne Jordash y Tim Parker. Op. cit., p. 499.

57 Cfr. Decision Re the Defence Motion to Terminate Proceedings, Strugar (IT-01-42-T), Trial Chamber, 26 May 2004, §§ 24 and 36. Y Decision on Motion Re Fitness to Stand Trial, Stanisic (IT-03-69-PT), Trial Chamber, 10 March 2008, § 63. Citadas por Wayne Jordash y Tim Parker. Op. cit., p. 501. [50] Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Núremberg-Alemania: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66, artículo 12.

58 Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Núremberg-Alemania: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66, artículo 12.

para el Líbano (en adelante, TEL) y por las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés).

Sin embargo, conviene señalar que sólo el TEL contempla una modalidad de juzgamiento en ausencia similar a la prevista en el estatuto procedimental penal colombiano, por el contrario, las reglas de procedimiento y prueba de las ECCC únicamente admiten que el juicio se desarrolle en ausencia cuando el acusado ha sido llevado ante la Sala y se le ha notificado de su derecho inalienable a defenderse personalmente o a través de un abogado, es decir, las ECCC admiten la figura de la contumacia, pero no la del juzgamiento en ausencia propiamente dicho⁵⁹.

Tal como se anotó, el TEL sí admite los juicios en ausencia, incluso en aquellos supuestos en que no se ha notificado formalmente al inculpado del desarrollo de la causa seguida en su contra. En tal sentido, el Estatuto del TEL prevé en su artículo 22 que el juicio podrá adelantarse sin la presencia del acusado en los siguientes tres supuestos: (1) cuando el acusado renuncie expresamente y por escrito a su derecho a estar presente; (2) cuando el acusado no ha sido entregado al tribunal por las autoridades estatales concernidas; y (3) cuando el acusado se ha ocultado o, por cualquier otra razón, no ha sido posible hallarlo, y se han agotado todas las medidas razonables para garantizar su comparecencia e informarle de los cargos formulados en su contra.

Lo doctrina consultada encuentra serios reparos a la convencionalidad de las dos últimas alternativas, pues no garantizan la efectiva comunicación al inculpado de la actuación adelantada en su contra, es más, el Estatuto permite que el acusado sea enjuiciado incluso en aquellos casos en que desea comparecer a la actuación, pero las autoridades del Estado en que se encuentra no lo autorizan a comparecer ante el TEL⁶⁰. Con independencia de la validez de estas críticas, con las que coincidimos, lo cierto es que la posibilidad de desarrollar juicios en ausencia por parte del TEL está condicionada al reconocimiento del derecho del acusado a solicitar un nuevo juicio en el que se revise, formal y materialmente, la sentencia que fue proferida en la actuación que no contó su presencia. En tal sentido, se lee en el párrafo 3 del antes citado artículo 22:

(3) En caso de condena en ausencia, el acusado, siempre que no haya designado a un defensor de su propia elección, debe tener el derecho a ser nuevamente juzgado en su presencia ante el Tribunal Especial, salvo que acepte el fallo⁶¹.

59 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Cambodia, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal_Rules_Rev_9_Eng.pdf; Rule 81.

60 Wayne Jordash y Tim Parker. *Op. cit.*

61 Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. Expedido conforme a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, del 29 de marzo de 2006.

Como puede advertirse, el TEL adopta el mismo estándar del derecho a estar presente en juicio establecido por el TEDH y positivizado en la Directiva Europea 2016/343, es decir, en aquellos casos en que el procesado no ha sido efectivamente notificado de la actuación desarrollada en su contra, con independencia de los esfuerzos desarrollados para ubicarlo y garantizar su comparecencia al proceso, cuenta con el derecho, una vez comparezca al proceso o se le notifique la condena, de solicitar un nuevo juicio, en el que podrá solicitar nuevas pruebas y cuestionar el fundamento de la condena proferida en su contra.

De lo hasta aquí expuesto resulta válido concluir que el juzgamiento en ausencia es una figura excepcionalísima en el ámbito del derecho penal internacional, es decir, en el régimen jurídico llamado a garantizar, en última instancia, el efectivo enjuiciamiento de los crímenes cuya comisión afectada a toda la humanidad. Siendo esto así, bien puede afirmarse que, para la comunidad internacional, la gravedad del delito o el interés de la víctima en su persecución, no constituyen argumentos suficientes para admitir los juicios *in absentia*, que se consideran abiertamente contrarios al derecho internacional de los derechos humanos, en especial, a lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es más, incluso en los casos excepcionales en que se admite el juzgamiento en ausencia, se reconoce, paralelamente, el derecho del condenado *in absentia* de cuestionar, en su forma y fondo, el fundamento de la condena proferida en su contra; garantía que, infortunadamente, no está reconocida en el derecho procesal penal colombiano.

4. EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL COLOMBIANO

A efectos de nuestro estudio, analizaremos los estatutos procedimentales penales vigentes, esto es, la Ley 600 de 2000⁶² y la Ley 906 de 2004⁶³. Pese a que las mencionadas leyes consagran modelos de procedimiento penal sustancialmente distintos, regulan la figura del juzgamiento en ausencia de forma más o menos idéntica. En particular, puede afirmarse que

1. Ambos estatutos aceptan la posibilidad de que se adelanten hasta su culminación procesos penales en ausencia del acusado.
2. Esta posibilidad, la de desarrollar el enjuiciamiento en ausencia, no está supeditada a la gravedad del delito, es decir, se admite frente a toda clase de conductas punibles.
3. El juzgamiento en ausencia no difiere en sus etapas, instancias o recursos del proceso en el que el acusado concurre a la actuación.

62 Cfr. Ley 600 de 2000, artículos 126, 223, 332, 344, 354, 429.

63 Cfr. Ley 906 de 2004, artículos 127, 195, 291, 367.

4. El hecho de que la condena se profiera en ausencia no relativiza sus efectos de cosa juzgada. Más exactamente, el ordenamiento jurídico colombiano no prevé la posibilidad de adelantar un nuevo juicio una vez el condenado tenga conocimiento efectivo de la sentencia proferida en su contra, ni consagra un recurso que pueda emplearse, una vez la sentencia ha cobrado ejecutoria, con miras a permitir al condenado debatir de fondo y en su integralidad el fallo condenatorio.

Las características anotadas son predicables tanto de los procesos adelantados contra el acusado declarado “persona ausente” como de las actuaciones seguidas contra quien se considera contumaz. En otras palabras, la diferencia entre la contumacia y la declaratoria de persona ausente radica en el trámite que debe adelantarse para la declaratoria de una u otra condición jurídica del procesado, pero carece de transcendencia en lo que hace al procedimiento aplicable.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, así como los de la Corte Suprema de Justicia, han concluido sobre el juzgamiento en ausencia que, si bien se trata de una alternativa procesal que se aviene con los preceptos constitucionales, específicamente con la garantía del debido proceso y el normal funcionamiento de la administración de justicia, su utilización es de naturaleza supletoria, lo cual implica que “no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado”⁶⁴.

Dicho de otra manera, lo que se impone al Estado es que la forma de vinculación al proceso penal sea personal, en tanto “el derecho de defensa se garantiza y se ejerce de mejor manera con la participación directa del imputado”⁶⁵, de tal suerte que sólo después de haberse agotado los medios que estén al alcance de los operadores judiciales pueda darse continuidad al servicio público de administrar justicia a través del juicio *in absentia*⁶⁶, bien sea porque (1) definitivamente no fue posible hallar el paradero de quien se presume responsable de la comisión de una conducta punible o (2) éste asumió una actitud de rebeldía frente a la administración de justicia⁶⁷.

En la sentencia C-591 de 2005, la Corte consideró que, según la jurisprudencia constitucional ya sentada, los juicios en ausencia 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. De igual modo, el tribunal constitucional consideró que los juicios en ausencia facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante, la Corte aclaró que la vinculación del imputado mediante la declaración de reo ausente sólo resulta conforme a la Constitución Política si: (1) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios

64 Corte Constitucional. Sentencia T-761/2012 de octubre 2 de 2012, M. P.: Gabriel E. Mendoza Martelo.

65 *Ibidem*.

66 Corte Constitucional. Sentencia T-799A-/11, M. P.: Humberto Sierra.

67 Corte Suprema de Justicia. Sentencia STP9078-2017, M. P.: Gustavo Malo.

para informar a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (2) existe una identificación plena o suficiente del imputado, pues por estar ausente no basta con la constatación de su identidad física; y (3) existe evidencia de su renuencia a comparecer al proceso o del agotamiento de todos los medios razonables tendientes a ubicarlo⁶⁸.

Ahora bien, en cuanto a la convencionalidad del instituto del juzgamiento en ausencia, la Corte Constitucional pretendió zanjar la discusión al afirmar que “existe una clara conformidad entre la jurisprudencia constitucional y la interpretación que del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha realizado el Comité de Derechos Humanos, en materia de juicios en ausencia”⁶⁹. Como sustento de esta afirmación, la Corte trae a colación lo considerado por el Comité de Derechos Humanos en la Comunicación 16/77, en el asunto Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo, y en la Comunicación 624/1995, adoptada en el caso Viktor Domukovsky y otros vs. Georgia.

De la primera de las citadas comunicaciones, la Corte transcribe el siguiente aparte como fundamento de la presunta convencionalidad de la regulación del juzgamiento en ausencia en la legislación colombiana:

[...] los procesos en ausencia son, en diversas circunstancias, (por ejemplo, cuando la persona acusada, a pesar de haber sido suficientemente informada sobre la existencia de un proceso en su contra, declina el ejercicio de su derecho a hallarse presente) permitidos en interés de la propia administración de justicia⁷⁰.

En tanto que de la Comunicación contra Georgia la Corte transcribe el siguiente aparte con el mismo propósito argumentativo:

El Comité afirma que en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte, como era la situación en que se encontraba cada uno de los autores, el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y a no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio. Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité respecto de las comunicaciones Nos. 52/1979, Sadías de López c. el Uruguay, (dictamen aprobado el 29 de julio de 1981) y 74/1980, Estrella c. Uruguay (dictamen aprobado el 29 de marzo de 1983). Véase también 232/1987, Pinto c. Trinidad y Tabago, dictamen aprobado el 20 de julio de 1990. *En este caso, el*

68 Corte Constitucional. Sentencia C-591/2005, M. P.: Clara Inés Vargas.

69 *Ibidem*.

70 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación n.º 16/1977, Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo. Citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-591/2005.

*Estado Parte no ha demostrado que tomó todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora*⁷¹ [énfasis con negrilla y subrayado en la cita].

Respetuosamente debemos anotar que las citas traídas a colación por la Corte para fundamentar su decisión son insuficientes e impertinentes, pues en ninguno de los casos anotados se discutía la convencionalidad de un instituto como la declaratoria de persona ausente en los términos recogidos en el código de procedimiento penal colombiano. Es más, basta la lectura de los apartes transcritos por la propia corporación como sustento de su fallo, para advertir que el Comité de Derechos Humanos está haciendo referencia al instituto de la contumacia, y no a la declaratoria de persona ausente, esto es, a la posibilidad de adelantar un juicio en contra de quien no ha sido posible ubicar. Por lo demás, la Corte hace caso omiso de abundantes decisiones del Comité de Derechos Humanos, así como de su Observación General sobre el artículo 14, en las que claramente se indica que, por regla general, los juicios *in absentia* están proscritos, salvo que se garantice al procesado ausente la posibilidad de solicitar un nuevo juicio o acceder a un recurso judicial que le permita cuestionar, formal y materialmente, el fundamento de la condena adoptada en su ausencia⁷².

Es más, la referencia a la Comunicación 624/1995 no sólo es impertinente sino ilógica, pues, en el aparte destacado por la Corte Constitucional, el Comité claramente refiere que los hechos sometidos a su conocimiento sí constituyen una violación del derecho a estar presente en juicio, pues el Estado Parte no demostró haber tomado medidas razonables para garantizar que los acusados, quienes se encontraban capturados, comparecieran efectivamente al proceso.

Ahora bien, podría pensarse que el ordenamiento jurídico colombiano prevé remedios procesales suficientes para garantizar los derechos de quien ha sido declarado persona ausente, de modo que, por esa vía, la legislación colombiana atendería a lo dispuesto en el derecho internacional de los derechos humanos. En especial, debe reconocerse que la Corte Constitucional ha sostenido que la indebida vinculación del procesado como persona ausente constituye una irregularidad sustancial que puede motivar a que se decrete la nulidad de todo lo actuado en ausencia del inculpado, en tal sentido ha señalado el tribunal constitucional:

[...] la vinculación del sindicado a la actuación penal es una de las etapas fundamentales dentro de la estructura del proceso punitivo, pues se trata del momento procesal apto e idóneo para sustentar la legalidad de las fases superiores

71 Comité de Derechos Humanos. Comunicación n.º 624/1995, Georgia, 29/05/98, CCPR/C/62/D/624/1995. Citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-591/2005.

72 Decisiones que fueron reseñadas en el título 3 del presente artículo.

de dicha actuación penal, como expresión básica del principio de preclusión de los actos procesales. Por ello, sin lugar a dudas, una errónea vinculación del sindicado, ya sea por indagatoria o por declaración de persona ausente, conduce a la privación del ejercicio del derecho de defensa de la persona indebidamente vinculada y, adicionalmente, invalida dicha actuación procesal, por implicar la afectación sustancial de la garantía fundamental del debido proceso⁷³.

Pese a que la jurisprudencia transcrita daría lugar a pensar que basta que la declaratoria de persona ausente no se haya efectuado del modo que prevé la ley y la jurisprudencia para que proceda la nulidad de la actuación por violación del derecho de defensa, la Sala de Casación Penal ha condicionado la declaratoria de invalidez de la actuación no sólo a que se acredite el yerro en la vinculación del procesado como persona ausente, sino, además, a que la labor desarrollada por el defensor, público o de oficio, se haya mostrado inidónea para garantizar adecuadamente el derecho de defensa del procesado. Es más, en este segundo análisis no basta demostrar que el defensor pudo desarrollar actuaciones defensivas adicionales a las que en efecto ejecutó, sino que se requiere probar que la estrategia que desarrolló fue inadecuada, análisis en el que se admite la actitud pasiva del apoderado como una estrategia válida de defensa⁷⁴.

Como puede advertirse, la posibilidad de declarar la nulidad de la actuación en la que se ha vinculado indebidamente al procesado como persona ausente no es un mecanismo judicial efectivo para garantizar los derechos del inculcado, pues la declaratoria de nulidad exige la obligación de cuestionar la labor del defensor técnico, cuya gestión se encuentra amparada por una especie de presunción de idoneidad, al considerarse que la pasividad en el ejercicio de la defensa es una actitud jurídica válida. Es más, el instituto de la nulidad no resuelve el problema de fondo, esto es, la vulneración del derecho a estar presente en juicio que supone la vinculación al proceso como persona ausente, incluso en aquellos casos en que se adelanta respetando el procedimiento señalado por la ley y por la Corte Constitucional.

A manera de conclusión, se puede afirmar que la jurisprudencia ha complementado el alcance de las disposiciones que consagran la figura objeto de análisis, estableciendo tres reglas que condicionan la constitucionalidad de la figura de la declaratoria de persona ausente, a saber:

1. “[...] Es la regla general, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia [...]”⁷⁵.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-248/04, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

74 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo de 2008, radicación n.º 36903.

75 *Op. cit.*, sentencia C-591/2005.

2. Sólo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, “[...] aunque, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales”⁷⁶.
3. La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías (y por el fiscal, bajo los anteriores estatutos procedimentales) sólo procederá cuando se verifique, de manera real y material, y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar al imputado “[...] siendo verificable la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado”⁷⁷.

Si bien los condicionamientos establecidos por la jurisprudencia redundan en la garantía del derecho del procesado a estar presente en juicio, no resuelven la cuestión de fondo en la que se centra la inconventionalidad del juzgamiento en ausencia, esto es, que el ordenamiento jurídico colombiano admite la posibilidad de condenar a una persona que no ha tenido conocimiento del proceso adelantado en su contra, sin que, correlativamente, relativice los efectos de cosa juzgada de la condena proferida en tales circunstancias, en particular, no se permite al condenado en ausencia acceder a un nuevo juicio o, cuando menos, hacer uso de un recurso mediante el que pueda debatirse de fondo el fundamento de la sentencia proferida en su contra.

5. LA INCOMPATIBILIDAD DEL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA Y EL MODELO DE ENJUICIAMIENTO PENAL ADVERSARIAL O ACUSATORIO

Si bien la garantía convencional del acusado a estar presente durante el enjuiciamiento no está condicionada a un determinado modelo procesal penal, conviene destacar que la presencia del acusado resulta especialmente relevante en sistemas procesales que, como el colombiano, se caracterizan por una dinámica adversarial. En otras palabras, los efectos perjudiciales para el ejercicio del derecho de defensa que comporta la ausencia del procesado, se potencializan en modelos procesales en los que el juez desempeña un rol pasivo en la instrucción del caso, como son aquellos en que está proscrita la posibilidad del decreto oficioso de pruebas o no opera el principio de investigación integral.

Al respecto, sea lo primero precisar que el concepto de adversarial o adversatorio supera la noción de acusatorio, aun cuando la incluye. Siguiendo lo indicado por

76 *Ibidem*. Sentencia C-591/2005. Parafraseado en la sentencia T-1110/05, M. P.: Humberto Sierra Porto.

77 *Idem*.

Vogler⁷⁸, el modelo procesal penal adversarial es fruto de la ilustración y supone concebir al procesado como un auténtico sujeto de derechos y no como mero objeto de la actuación judicial. En especial, el proceso adversarial se caracteriza, a diferencia de los meramente acusatorios, por el establecimiento de un escenario público en el que el Estado debe justificar el ejercicio del poder punitivo y por la incorporación de formas de justicia consensuada; lo cual supone el reconocimiento de la voluntad del procesado dirigida a poner fin al conflicto. En otras palabras, el acusado es el principal actor del proceso adversarial, ya sea como director del ejercicio de su defensa o como titular de una voluntad que es reconocida por la administración de justicia como válida para poner fin al proceso penal por vía de la aceptación de cargos a cambio de un beneficio punitivo. En relación con las características de un modelo adversarial y la importancia de la figura del acusado en su desarrollo, indica el mencionado autor:

La adversarialidad, como metodología, puede ser definida empíricamente a nivel del derecho y a nivel de la ideología. En lo relativo a sus propósitos prácticos, presupone un espacio público en el cual el Estado debe justificarse a sí mismo y justificar sus acciones ante sus ciudadanos; además, le otorga un rol central, en la organización del sistema penal como un todo, a su fase decisiva de juicio. Para lograrlo, y para prevenir la existencia de resoluciones burocráticas de importantes materias probatorias, son esenciales los mecanismos de protección tales como el derecho a guardar silencio, el derecho a tener un abogado, la existencia de un procedimiento preliminar adversarial y que la carga de la prueba corresponda a la acusación. Su técnica característica es la declaración voluntaria de culpabilidad (*guilty plea*) y la negociación de la pena (*plea bargain*) que representan la cualidad transaccional de su dinámica esencial⁷⁹.

Así concebido, la principal diferencia entre el modelo procesal penal adversarial y el inquisitivo es la metodología a través del cual el fallador accede a la verdad procesal, pues en este último el juez es concebido como un perito que, mediante la dirección de la actuación y el uso oficioso de diversas estrategias, dilucida los hechos, en tanto que en el sistema adversarial la verdad es fruto del debate entre las partes, lo cual explica el rol protagónico que desempeña el acusado. Sobre el particular, refiere el autor antes citado:

[...] la ideología de la adversarialidad puede ser considerada como representativa de un concepto muy diferente acerca de la averiguación de la verdad que el empleado por el modelo inquisitivo. El método inquisitivo moderno, al menos desde el Code Louis de 1670, ha estado asociado con el enfoque

78 Vogler, Richard. "Adversidad y dominio angloamericano del proceso penal", en AA. VV. *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (comps.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 177-202.

79 *Ibidem*, p. 190.

cartesiano del método científico, en el cual un investigador único, provisto de un conjunto de herramientas forenses y de técnicas experimentales, está investido del poder para conducir una búsqueda irrestricta de la verdad. Por el contrario, la adversarialidad abreva de una tradición intelectual completamente diferente. En este método, como lo expresó Lord Eldon, “la verdad es mejor descubierta a través de poderosas manifestaciones a ambos lados de la cuestión”. Es un método relativista y comparativista⁸⁰.

Las sustanciales diferencias entre el modelo procesal penal adversarial y el sistema de enjuiciamiento criminal inquisitivo, se advierten en los cambios sufridos por distintas instituciones procesales en el tránsito del modelo mixto con tendencia acusatoria, previsto en la Ley 600 de 2000, al modelo adversarial consagrado en la Ley 906 de 2004. Para los propósitos del presente análisis, quisiéramos llamar la atención acerca del abandono en la Ley 906 de dos instituciones propias de los modelos inquisitivos que aminoraban los efectos negativos del juzgamiento en ausencia, a saber: el principio de investigación integral y el decreto oficioso de pruebas por parte del juez de conocimiento.

El principio de investigación integral constituía un postulado axiológico que guiaba la labor del ente acusador en el régimen procesal mixto con tendencia acusatoria establecido en la Ley 600 de 2000. Conforme a este principio, la Fiscalía General de la Nación estaba obligado a investigar aquellas hipótesis frente a los hechos objeto de investigación que resultaran favorables al procesado. En particular, en sede de investigación el ente acusador debía agotar la investigación de aquellas causas de exculpación que se avizoraran del desarrollo de la instrucción o que hubieran sido enunciadas por el sindicado⁸¹.

La adopción de un modelo de enjuiciamiento penal adversarial, supone, necesariamente, la renuncia al principio de investigación integral como guía de la labor investigativa de la Fiscalía y de su iniciativa probatoria. Lo anterior es lógico, pues siendo la verdad procesal el resultado de la confrontación de tesis contrapuestas en juicio, la labor de la Fiscalía es sustentar la acusación, y no plantear, muchos menos acreditar, tesis alternativas a la responsabilidad del acusado. En este contexto procesal, lo único que puede exigirse a la Fiscalía es que desarrolle su labor investigativa conforme al principio de objetividad, lo cual supone reconocer la existencia

80 *Ibid.*, pp. 190 y ss.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 28 de octubre de 2016, rad. 44124/SP15552-2016, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. En la decisión citada, la Sala de Casación Penal define el principio de investigación integral en los presentes términos: El principio de investigación integral se erige en el contexto de la normativa constitucional anterior al Acto Legislativo n.º 003 del 19 de diciembre de 2002 (inciso final del artículo 250), en una exigencia dirigida a la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de investigar con igual interés y diligencia tanto lo perjudicial como lo beneficioso a los intereses del procesado.

de elementos de convicción que pueden resultar incompatibles con la acusación y revelar su existencia a la defensa, para que el acusado y su defensor los empleen del modo que a bien tengan. En relación con el alcance del principio de objetividad en el sistema adversarial y la diferencia entre este y el principio de investigación integral, indica Urbano Martínez:

[...] en cuanto al deber que tiene la Fiscalía de descubrir los testigos y peritos de descargo y los demás elementos favorables al acusado en poder de aquella, deber impuesto por la Carta y desarrollado por el artículo 337.5, literales *e* y *f*, del CPP, hay que indicar que si bien un sistema procesal de tendencia acusatoria, concebido como proceso de partes, resulta incompatible con un principio que, como el de investigación integral, le impone al Estado el deber de agotar la investigación sin consideración a una pretensión específica de la acusación, también es cierto que en los sistemas acusatorios contemporáneos la Fiscalía está vinculada por el deber de descubrir la evidencia exculpatoria encontrada en la investigación del caso. Esto es, si bien aquella no tiene el deber de extender la investigación a lo que favorezca al acusado, sí tiene el deber de disposición de la defensa toda la evidencia exculpatoria que consiga y que tenga en su poder. En ese entorno, es comprensible que el constituyente colombiano, recogiendo tendencias vigentes en el derecho anglosajón desde los años 60 del siglo XX, le haya impuesto a la Fiscalía el deber de descubrir la evidencia favorable al acusado él está íntimamente relacionado con el debido proceso y con las cargas de lealtad y transparencia exigibles de las partes e intervinientes⁸².

Como bien lo precisa el citado doctrinante, el principio de investigación integral resulta incompatible con un modelo procesal penal “de partes”, limitándose el deber de la Fiscalía, en este sistema de enjuiciamiento, al descubrimiento de los elementos probatorios favorables al procesado que, accidentalmente, el ente acusador haya podido obtener. Si bien esta restricción a la actividad probatoria de la Fiscalía es entendible bajo la dinámica adversarial, no puede negarse que la desaparición del principio de investigación integral resulta especialmente perjudicial para los intereses de la persona enjuiciada en ausencia, quien carece de la posibilidad de brindar su versión de los hechos en juicio y de desplegar la actividad probatoria tendiente a acreditar su declaración.

Lo señalado, pone de presente una realidad que infortunadamente la Corte Constitucional se negó a reconocer en la sentencia C-591 de 2005, a saber: que el juicio en ausencia no constituye un auténtico sistema adversarial, de modo que la metodología propia de la adversarialidad sencillamente no puede aplicarse en ausencia del procesado.

82 Urbano Martínez, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio, 2.^a ed. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 229.

Esta opinión, es sostenida también por los autores consultados que se han ocupado del juicio en ausencia en el contexto del derecho penal internacional. Particularmente ilustrativa de la insuperable contradicción entre el proceso adversarial y el juzgamiento en ausencia resulta la referencia de Jordash y Parker al juicio en ausencia, para quienes esta figura es asimilable a la puesta en escena de Hamlet sin personaje del príncipe⁸³. Al traer a colación la famosa obra de Shakespeare, los citados autores ponen de presente la imposibilidad de adelantar un proceso típicamente adversarial en ausencia del procesado, con independencia del esfuerzo que pueda emplear la defensa técnica en la representación del procesado ausente. Del mismo modo que ni los mejores actores del mundo podrían recrear convincentemente Hamlet sin el personaje central, tampoco los mejores litigantes podrían representar adecuadamente a quien no se halla presente para dirigir el ejercicio de contradicción que se espera en desarrollo del juicio oral.

La referida dinámica adversarial, conforme a la cual la defensa está facultada para debatir ampliamente en juicio el fundamento probatorio de la acusación, explica también la proscripción de las facultades probatorias oficiosas del juez de conocimiento, quien, como garantía de imparcialidad, está impedido para decretar pruebas no solicitadas por las partes, así como para tomar la iniciativa en el interrogatorio de los testigos⁸⁴. Nuevamente, una característica propia del modelo adversarial juega en contra de los intereses del procesado en ausencia, lo cual reafirma que el juicio en ausencia no es un auténtico proceso de partes.

Finalmente, conviene señalar que la incompatibilidad entre el juzgamiento en ausencia y el modelo procesal penal adversarial ha sido también advertida por la más reputada doctrina nacional, así, por ejemplo, sostienen Bernal y Montealegre:

En el modelo acusatorio, el hecho de que la defensa se constituye con el apoderado y el imputado y el reconocimiento del derecho del imputado de controlar y ejercer su propia defensa obligan a considerar cuidadosamente la posibilidad del juicio en ausencia del implicado.

Si el juicio tiene como presupuesto la existencia de controversia (sobre la base de dos versiones enfrentadas), cuyo soporte argumentativo es realizado de manera autónoma (cada parte recopila evidencia), cabe preguntarse lo siguiente ¿puede el imputado no estar presente durante la celebración del juicio?⁸⁵

En conclusión, el juzgamiento en ausencia no sólo resulta una institución contraria al derecho internacional de los derechos humanos, y, por ende, inconvencional, sino

83 Jordash, Wayne y Parker, Tim. *Op. cit.*, p. 500.

84 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

85 Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *Op. cit.*, p. 329.

también incompatible con la dinámica de un proceso adversarial, en el que no tienen cabida instituciones procesales propias del sistema inquisitivo que justificarían el juzgamiento en ausencia.

CONCLUSIONES

1. El concepto de convencionalidad supone el reconocimiento del ordenamiento jurídico supranacional, en especial, del derecho internacional de los derechos humanos, como referente de validez de las normas jurídicas nacionales y de las actuaciones de las autoridades públicas.

2. El control de convencionalidad se predica de las normas constitucionales y de las interpretaciones que de ellas hagan los tribunales constitucionales, en consecuencia, nada es óbice para sostener que una práctica o institución jurídica convalidada por un tribunal constitucional puede ser considerada inconvencional, tal es el caso, precisamente, de la figura del juzgamiento en ausencia en el ordenamiento procesal penal colombiano.

3. El derecho a estar presente en juicio está expresamente consagrado en distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos, que han sido expresamente reconocidos como parte del bloque de constitucionalidad. Las cortes u organismos llamados a velar por el cumplimiento de dichos tratados, han manifestado que el juzgamiento en ausencia resulta contrario a tales convenciones, pronunciamientos de los que se ha hecho caso omiso en el ordenamiento jurídico colombiano.

4. Tribunales internacionales de derechos humanos, distintos de aquellos que tienen jurisdicción sobre el Estado colombiano, han declarado que el juzgamiento en ausencia resulta contrario a las garantías mínimas asociadas a la noción de juicio justo conforme al derecho internacional de los derechos humanos, cuando menos en aquellos casos en que no se permite al condenado en ausencia acceder a un nuevo juicio o cuestionar de fondo la sentencia proferida en su contra.

5. El juzgamiento en ausencia es una figura extraña al derecho penal internacional, lo cual demuestra que la gravedad de los delitos objeto de enjuiciamiento constituye un argumento insuficiente, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, para adelantar un juicio penal en ausencia del acusado.

6. La legislación procesal penal colombiana no prevé un recurso judicial efectivo que permita al condenado en ausencia cuestionar de fondo la sentencia proferida en su contra una vez la haya conocido. Esto es, no se establece un mecanismo judicial efectivo que permita reparar la trasgresión al derecho convencional del acusado a ser juzgado en su presencia, como lo demanda el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, razón por la cual consideramos que la reglamentación del juzgamiento en ausencia en Colombia es inconvencional.

7. El juicio en ausencia resulta incompatible con la dinámica adversarial del procedimiento penal colombiano y, en general, con cualquier modelo procesal que adopte una metodología adversarial para la construcción de la verdad procesal. Infortunadamente, la Corte Constitucional no valoró los trascendentales cambios experimentados por el sistema de enjuiciamiento criminal en Colombia, al analizar la exequibilidad de las disposiciones que regulan el juzgamiento en ausencia en la Ley 906.

8. La inconventionalidad del juzgamiento en ausencia lleva aparejado nuevos retos para el legislador, que deberá idear fórmulas que concilien el derecho del acusado a estar presente en juicio y los derechos de las víctimas. Con tal propósito, bien podría pensarse en adoptar modelos en los que la declaratoria de persona ausente lleva aparejada la suspensión del término de prescripción de la acción penal y una mayor libertad para la práctica de pruebas anticipadas, opciones que son bastante menos lesivas de los derechos del acusado que el modelo de juzgamiento en ausencia actualmente previsto en la legislación nacional.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, versión en inglés disponible en <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. El proceso penal, 6.^a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Binder Alberto, Cape Ed., Namoradze Zaza. “Defensa Penal Efectiva en América Latina”, junio de 2015.

CADH, aprobada con la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado con la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación n.º 16/1977. Daniel Moguya vs. República Democrática del Congo. Citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-591/2005.

Comité de Derechos Humanos. Observaciones generales aprobadas n.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 36. Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN32.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación 624/1995, Georgia, 29/05/98. CCPR/c/62/D/624/1995. Citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-591/2005.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (ETPIY), 25-05-1993, Tratado tomado de la Resolución 827.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 08-11-1994, Tratado tomado de Resolución 955 del S/RES/955 (1994).

Corte Constitucional, sentencia T-1110/05. M. P.: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-248/04. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-591/2005. M. P.: Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia T-358/2005. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia T-761/2012. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza M.

Corte Constitucional, sentencia T-799A-/11. M. P.: Humberto Sierra.

Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentencia n.º 59/1963 del 3 de mayo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Personas dominicanas y haitianas vs. República Dominicana”, sentencia del 28 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo, sentencia del 28 de noviembre de 2012, p. 277.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014, p. 124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzi y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 5 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A, n.º 16.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina, 5 de junio de 2007, f. 365, XLI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 28 de octubre de 2016, rad. 44124/SP15552-2016. M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo de 2008, radicación n.º 36903.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STP9078-2017. M. P.: Gustavo Malo.

Decreto-Ley n.º 3.689, Rio de Janeiro, Brasil, del 3 de octubre de 1941.

Decreto-Ley n.º 78/87, Lisboa, Portugal, del 17 de febrero de 1987.

Dirección General de Cooperación de la Procuraduría General de la Nación. Reseña de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dictámenes de la Procuración General de la Nación (2010-2015). Buenos Aires, Argentina, 2016. El texto puede consultarse en https://www.mpf.gob.ar/cooperacion-e/files/2016/09/Extradicion_coleccion_de_fallos.pdf.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Nüremberg, Alemania, www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66.

European Committee on Crime Problems (CDPC), Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-operation In Criminal Matters (PC-OC). “Questionnaire Concerning Judgements in Absentia and the Possibility of Retrial Summary and Compilation of Replies”, PC-OC (2013), 01, Rev. 3.

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Cambodia, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal_Rules_Rev_9_Eng.pdf.

Fernández-Gallardo, Javier Ángel. Perspectiva actual del juicio en ausencia del acusado. Cuadernos de Política Criminal, ISSN: 0210-4059, n.º 117, III, época II, diciembre (2015).

Human Rights Comitee (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), caso Ali Maleki vs. Italia, Communication n.º 699/1996.

Human Rights Comitee (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), caso Daniel Monguya Mbenge vs. Zaire, Communication n.º 16/1977.

Jordash, Wayne y Parker, Tim. Trials in Absentia at the Special Tribunal por Lebanon. Journal of International Criminal Justice, Volume 8, Issue 2, 1 May 2010.

Krombach vs. France n.º 29731/ 96, 13 de febrero de 2007.

Ley 600 de 2000.

Ley 906 de 2004.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006#a840>.

ONU. Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, ISBN n.º 92-9227-227-6. Disponible en <http://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html>.

ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Teaty Series, 1980, p. 45. Disponible en <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.

ONU. Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. Expedido conforme a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, del 29 de marzo de 2006.

Potrimol vs. France, 23 de noviembre de 1993, Serie A, n.º 277-A.

Romero Pérez, Xiomara Lorena. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 128.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos, ideas rectoras. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Supremo Tribunal Federal (Brasil), medida cautelar no habeas corpus: HC 8780 del 24 de enero de 2006.

Supremo Tribunal Federal (Brasil). RE 985203/RS - Rio Grande do Sul. Sentencia del 31 de agosto de 2016.

Tribunal Constitucional de España. Auto 86/2011, del 9 de junio de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), T. vs. Italy, Serie A, n.º 245-C, del 12 de octubre de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso Colozza vs. Italia, Serie A, n.º 89, del 12 de febrero de 1985.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso F.C.B. v. Italia, p. 21, apdo. 33.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso Goddi vs. Italia, Serie A, n.º 76, del 9 de abril de 1984.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala. Caso Sejdicovic vs. Italia. Sentencia del 1.º de marzo de 2006, aplicación n.º 56581/00.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Krombach v. Francia, n.º 29731/96, 13 de febrero de 2007, p. 87.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Poitrimol contra Francia. Sentencia del 23 de noviembre de 1993, aplicación n.º 14032/88.

Urbano Martínez, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio, 2.ª edición. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 229.

Villamarín López, María Luisa. “La Directiva Europea 2016/343, del 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, en *Revista para el Análisis del Derecho – Indret*, n.º 3, 2017, Barcelona.

Vogler, Richard. “Adversidad y dominio angloamericano del proceso penal”, en AA. VV. *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (comps.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 177-202.