

Sentencia T-076-09

Referencia: expediente T-2047208

Acción de tutela instaurada por AAA, en representación de su hijo BBB, y CCC, en representación de sus hijos DDD y EEE, contra el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y el Departamento Administrativo de Seguridad.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA ELENA REALES GUTIERREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el trámite de la acción de tutela interpuesta, a través de apoderado, por AAA, en representación de su hijo BBB, y CCC, en representación de sus hijos DDD y EEE, contra el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y el Departamento Administrativo de Seguridad.

Previo a relacionar los componentes del caso, es imprescindible referirse a la solicitud de reserva formulada por el apoderado de las demandantes. Sobre el particular, teniendo en cuenta que en este asunto se encuentra en juego la protección de derechos invocados por varios menores de edad en relación con algunos sucesos que hacen parte de su vida familiar, la Sala considera necesario suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma el nombre y demás datos personalísimos de los menores, y restringir el acceso al expediente por parte del público. En efecto, como lo ha

reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, con el fin de proteger la intimidad del menor, así como su tranquilidad y la integridad de la institución familiar de la intervención nociva e innecesaria de terceros, es imperativo evitar que los datos personales de quienes participan de la acción pasen a hacer parte del dominio público. En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia, los nombres de los accionantes serán reemplazados por AAA y CCC, en el caso de las progenitoras, FFF para el padre y BBB, DDD y EEE, en el caso de los niños.

I. ANTECEDENTES.

A través de escrito presentado en el mes de noviembre de 2007, las señoras AAA y CCC, en representación de sus hijos menores, solicitan el amparo de los derechos de los niños, especialmente los derechos a tener una familia y a no ser separados de ella, el derecho al desarrollo integral de la primera infancia y el interés superior de los menores, entre otros, presuntamente vulnerados por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y el Departamento Administrativo de Seguridad. Como sustento de la solicitud, se invocan los siguientes:

1. Hechos:

Indican que el menor BBB es hijo matrimonial de AAA y del señor FFF, este último, ciudadano palestino, conforme a pasaporte expedido por la Autoridad Nacional Palestina. Aclaran que BBB es ciudadano colombiano y reside en la actualidad con sus dos padres.

Agregan que, además, el señor FFF también es padre de otros tres niños, concebidos extramatrimonialmente con CCC y otra señora, entre los que se encuentran DDD y EEE.

Señalan que en marzo de 2000, la Fiscalía Seccional 88, adscrita a la unidad primera de delitos contra la fe pública, inició proceso penal contra FFF, por el delito de falsedad documental.

Narran que la resolución de acusación respectiva fue conocida por juzgado 33 penal del circuito de Bogotá, quien profirió sentencia penal condenatoria en octubre de 2003 por

los delitos de “fraude procesal en concurso con falsedad material de documento público, agravada por el uso”.

Resaltan que una de las sanciones impuestas al señor FFF, como pena accesoria, fue su expulsión del país, conforme al numeral 9º del artículo 43 del Código Penal.

Reseñan que dicha sentencia fue apelada y que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba -a quien se repartió por descongestión- revocó parcialmente la condena, en relación con el delito de fraude procesal, y la confirmó en relación con el delito de falsedad material en documento público agravada, “reduciendo la condena a 24 meses de prisión y manteniendo la orden de expulsión del país”.

Narran que contra la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso extraordinario de casación discrecional, el cual fue inadmitido en junio de 2006.

Consideran que la medida de expulsión del país ha afectado y amenazado los derechos y deberes parentales y los derechos que la Constitución y los Tratados Internacionales reconocen a favor de los hijos menores de FFF, teniendo en cuenta que éste ha cumplido con todas sus obligaciones como padre, que nunca ha tenido reclamo civil o penal por su incumplimiento, que desde que se inició el proceso penal no ha cambiado el lugar de su residencia o domicilio, que su regreso a su país natal podría implicar peligro para su vida y que siempre ha conservado buenas relaciones personales y comerciales con terceros.

Solicitan, como consecuencia, la cesación inmediata de los efectos de la sentencia condenatoria, en lo que respecta a la expulsión del territorio nacional, para que se evite la vulneración de los derechos de los menores.

2. Respuesta de las autoridades demandadas.

2.1. El Departamento Administrativo de Seguridad -en adelante DAS- dio respuesta a la acción de tutela y para el efecto confirmó las sanciones penales a las que ha sido condenado el señor FFF. Ratificó que éste fue condenado por el delito de falsedad material y que le fue impuesta como pena accesoria la expulsión del país. Agregó que el juzgado 30 penal municipal también le condenó por el delito de inasistencia alimentaria en

julio de 2002 y que la Fiscalía 64 seccional le investigó por el delito de favorecimiento de contrabando en abril de 2006. Puntualizó que a partir de la sentencia proferida por el juzgado 33 penal del circuito se expidió el Auto 213238 de septiembre de 2006, “mediante el cual resuelve expulsar del territorio Colombiano al señor FFF”.

Aclaró que en lo que se refiere a su situación migratoria, el señor FFF ingresó por el aeropuerto “El Dorado” el 09 de enero 1997 e “incurrió en permanencia irregular infringiendo las normas migratorias establecidas en Colombia para extranjeros e incurriendo en los delitos antes descritos (...) nótese la renuencia del citado extranjero a cumplir con las normas migratorias, al encontrarse que actualmente su situación de permanencia es irregular, en razón a que a la fecha no ha dado cumplimiento a lo ordenado por las autoridades, y desde agosto de 2004 no se ha presentado al Departamento Administrativo de Seguridad Dirección de Extranjería con el de (sic) solicitar salvoconducto”.

Argumentó que contra el Auto, que expidió con fundamento en sentencia dictada por autoridad judicial, no procede recurso alguno y que el hecho de no compartir la decisión de expulsión tomada por el estado colombiano no justifica la solicitud de protección de los derechos fundamentales invocados. Replicó que aceptar los argumentos de la acción “equivaldría a que por el solo hecho de que tenga cónyuge y/o compañera permanente de nacionalidad Colombiana e hijos, sea suficiente para que lo ilegal ser (sic) torne en legal, amparado bajo el argumento de núcleo familiar”. Finalmente agregó que la pena accesoria de expulsión no es indeterminada y que existen otros medios para los accionantes puedan ejercer sus derechos familiares.

2.2. Por su parte, la juez 33 penal del circuito de Bogotá, en respuesta a la llamada telefónica efectuada por el Tribunal de primera instancia, allegó el expediente en donde se consignó el trámite penal adelantado contra el señor FFF. Dicho expediente -vale la pena aclarar- no fue adjuntado a esta Corporación con los demás documentos que componen el trámite de revisión constitucional.

2.3. Los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia censuraron la competencia para conocer -por vía de tutela- de los reparos presentados contra providencias judiciales. Agregó que en caso de considerar procedente la acción es

necesario tener en cuenta los razonamientos consignados en el Auto que inadmitió el recurso de casación.

3. Intervención de los terceros interesados.

El señor FFF, a través de apoderado, manifestó que en este caso deben hacerse valer los derechos de los menores por encima de cualquier otra consideración jurídica de orden instrumental. Advirtió que de cumplirse con la orden de expulsión, sus hijos sufrirían las consecuencias de una medida desproporcionada en aras de preservar la ley penal.

II. DECISION OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

Avocó conocimiento de la demanda la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca quien denegó la protección de los derechos invocados. Para el efecto aclaró, en primer lugar, que aunque en el escrito de la acción de tutela se precisa que no está dirigida a controvertir las decisiones tomadas en el curso de la acción penal, en realidad “la carga argumentativa apunta a controvertir la pena accesoria impuesta”. Bajo tal previsión, consideró que el amparo no puede prosperar por improcedente, pues está dirigido a censurar las decisiones tomadas en el curso de un proceso judicial que ya concluyó. Los actos desplegados por el DAS -agregó- se limitaron a cumplir lo dispuesto por los jueces penales y la orden de expulsión no implica que éste tenga que retornar a su país de origen. Finalmente consideró que la acción no cumple con el requisito de inmediatez, ya que los actos judiciales censurados fueron dictados en 2003 y 2005.

2. Impugnación

En oposición de la sentencia de primera instancia, las actoras, a través de su apoderado, aclararon que la acción no fue interpuesta por FFF sino por los hijos de éste. Precizaron que ninguno de ellos hizo parte del proceso penal en el que se condenó a FFF, por lo que no pudieron censurar alguna de las providencias que allí se dictaron. Clarificaron que la petición no es extemporánea ya que la providencia de inadmisión del recurso de casación fue dictada el 16 de junio de 2006. Asimismo señalaron que la orden de

expulsión del país no ha sido ejecutada por lo que la vulneración de los derechos aun no ha sido materializada. Agregaron que la acción no censura la integridad de las providencias penales sino que se dirige a evitar que se expulse del país a FFF y se rompa el núcleo familiar del que éste hace parte. Finalmente señalaron que la tutela no fue impetrada por la violación del derecho al debido proceso sino por el desconocimiento y amenaza de los derechos de los niños.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la sentencia proferida en primera instancia. Para el efecto relacionó las características de la acción de tutela y estableció los requisitos para que ésta proceda contra providencias judiciales. En este caso advirtió que existe una censura dirigida a impedir la ejecución de una sentencia de carácter penal y aclaró que dicha potestad está radicada en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Por tanto -concluyó- “es ante dicho juez que el señor [FFF] debe acudir y argüir los planteamientos aquí esbozados a fin de solicitar la suspensión de la sanción penal accesoria que le fue impuesta”. Anotó que en las instancias procesales pertinentes no se censuró la imposición de la pena accesoria y corroboró la inexistencia de un perjuicio irremediable, “toda vez que, la sanción de expulsión del territorio nacional para los extranjeros es una consecuencia de la conducta reprochable desplegada por el señor FFF (...)”.

III. PRUEBAS

En el trámite de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

1. Fotocopia del registro civil de matrimonio entre FFF y AAA (folio 41).

1. Fotocopia de los registros civiles de nacimiento de BBB, EEE y DDD (folios 42 a 45).

1. Fotocopia del pasaporte expedido por la autoridad palestina a nombre de FFF (folio 46).

1. Fotocopia de la sentencia dictada por el juzgado treinta y tres penal del circuito de Bogotá, el 21 de octubre de 2003, contra el señor FFF (folios 48 a 55).

1. Fotocopia de la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 09 de agosto de 2005, contra el señor FFF (folios 56 a 80).

1. Concepto profesional rendido por la sicóloga Josette Ionit Becher, dirigido al apoderado de las accionantes, a cerca de la disolución del vínculo familiar por la separación del padre (folios 84 a 90).

1. Fotografías de los menores BBB, DDD, EEE y otro (folios 92 a 94).

1. Certificado de estudios de los menores DDD y EEE (folios 95 y 96).

1. Fotocopia del Auto 103-213238 GVM del 12 de septiembre de 2006, “por el cual se expulsa del territorio colombiano al ciudadano extranjero FFF, (...)” (folios 148 a 151).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Las actoras interponen acción de tutela a favor de sus menores hijos pues consideran que la ejecución de la pena accesoria consignada en una sentencia de carácter penal en contra del padre de éstos, desconoce y amenaza los derechos de los niños. En efecto, las actoras relatan que el padre, ciudadano extranjero, fue condenado a pena de prisión y que, como pena accesoria, se estableció su expulsión del país. De acuerdo a las actoras, teniendo en cuenta la importancia de la relación entre éste y los niños, la separación constituiría el desconocimiento de varios derechos fundamentales de los infantes.

Por su parte, las autoridades que respondieron la solicitud negaron que hubieran vulnerado los derechos fundamentales invocados. El DAS relacionó los antecedentes del señor FFF e informó el estado de su situación migratoria; recalcó que las actuaciones del DAS se han limitado a cumplir las sentencias proferidas por los jueces y señaló que no se puede condicionar la ejecución de una sanción penal anteponiendo el estado civil de una persona. Finalmente informó que la pena de expulsión no es indeterminada y señaló algunos eventos a partir de los cuales es posible que el señor FFF cumpla con sus obligaciones familiares. Además, la Corte Suprema de Justicia rechazó la competencia para estudiar a través de la acción de tutela, las providencias judiciales dictadas por dicha Corporación, a la vez que advirtió la necesidad de remitirse a los argumentos consignados en el Auto a partir del cual se denegó el recurso de casación.

Finalmente, los jueces de instancia denegaron la protección de los derechos invocados. El primero de ellos consideró que la tutela no procedía para censurar las decisiones tomadas dentro de un proceso judicial culminado y agregó que la petición de protección de derechos no cumple con el requisito de inmediatez. Adicionalmente argumentó que las actuaciones del DAS son legítimas pues se limitaron a hacer cumplir las órdenes dictadas por los jueces penales y concluyó que la orden de expulsión del país no implica que el padre de los niños tenga que regresar a su lugar de origen. En segunda instancia se confirmó la negativa de protección y se advirtió que la censura de la pena accesoria puede tramitarse ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Asimismo, se objetó la existencia de un perjuicio irremediable y se anotó que ante ninguno de los jueces que tramitaron el proceso penal se censuró la

expulsión del país.

Así pues, el presente amparo conlleva determinar qué alcances tienen los derechos de los niños frente a la imposición de una pena accesoria de expulsión del país. Sin embargo, bajo las anteriores condiciones, sobre todo teniendo en cuenta las consideraciones del juez de segunda instancia, esta Sala de Revisión infiere que como cuestión preliminar se deben establecer cuáles son los alcances de la acción de tutela para impedir la ejecución de una sentencia de carácter penal, específicamente, para impedir el cumplimiento de la pena accesoria de expulsión del Territorio Nacional. Esta cuestión llevará a que la Sala verifique si existen otros medios judiciales en los cuales las actoras y el señor FFF pueden evitar la ejecución de la pena accesoria. Una vez solucionado dicho punto, esto es, si se concluyere que el amparo tiene tal capacidad, se estudiarían las condiciones o límites bajo las cuales es posible imponer la pena de expulsión del país.

3. Asunto previo: procedibilidad de la acción de tutela para evitar la expulsión del territorio nacional. Existencia de otros medios de defensa judicial e inexistencia de un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de referirse a las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela en contra de la ejecución de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional. Específicamente, en las sentencias T-138 de 20021, T-680 de 20022 y T-116 de 20033 se resaltó que existen otros mecanismos, judiciales y administrativos, aptos para anteponer y hacer valer los derechos de los niños frente a la ejecución de dicha sanción. En efecto, en la última de las sentencias mencionadas esta misma Sala de Revisión estudió la solicitud de protección de los derechos de los niños presentada por una persona, de nacionalidad peruana, que fue condenada por el delito de estafa y a quien le fue impuesta la pena accesoria de expulsión del país. Como consecuencia, en aquella oportunidad la Sala definió textualmente el siguiente problema jurídico: “[c]orresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte determinar si la acción de tutela es procedente para ordenar la suspensión o cesación de la pena accesoria de expulsión del Territorio Nacional”. Conforme a lo descrito, la determinación de la procedibilidad de la acción llevó a que se analizara la subsidiariedad del amparo, materializada en la existencia de otros medios de defensa

judicial, y los elementos del perjuicio irremediable. Dada la evidente similitud entre los hechos estudiados en aquella oportunidad con este asunto, es pertinente reiterar algunas de esas consideraciones, de la siguiente manera:

3.1. Subsidiariedad de la acción de tutela.

“El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela solo procede “cuando el afectado no disponga de ningún otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

“Al respecto la Corte ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“Así mismo, esta Corporación ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha dicho, en relación con el contenido del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución:

“.... la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza

constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente”.

“Así pues, el precedente que la Corte ha venido sosteniendo es que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia o descuido de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados⁴.

“La jurisprudencia antes transcrita tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas burlen los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento. De igual manera, con lo anterior se busca que las personas observen un mínimo de responsabilidad en la conducción de sus asuntos, obligándolos a estar atentos a las distintas oportunidades de defensa que les brindan las normas jurídicas.⁵

3.2. Perjuicio Irremediable

“Como se expuso anteriormente la tutela procede como mecanismo transitorio cuando el actor se encuentra frente aún perjuicio irremediable, debiendo por tanto, el juez constitucional entrar a determinar su viabilidad.

“En relación con el perjuicio irremediable la Jurisprudencia de la Corte ha establecido:

“....En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables...”6.

“Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección impostergable.”

3.3. Conforme a tales argumentos, en la sentencia T-116 de 2003 la Corte hizo hincapié en que el actor tenía a su disposición un medio expedito para censurar su expulsión del país ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. No obstante, corroboró que ninguna solicitud se había formulado ante tal autoridad y concluyó que la acción de tutela era improcedente para reemplazar el medio judicial anotado. Sobre este asunto la Sala de Revisión explicó lo siguiente:

“Lo anterior frente al precedente de esta Corporación, esto es, que quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad pública o aún de los particulares en los casos expresamente previstos en la Constitución y la ley, puede invocar y hacer efectivos sus derechos a través de las acciones y recursos establecidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo la acción de tutela en aquellos casos en que no se cuente con ningún otro mecanismo de defensa judicial, no encuentra eco por este medio ya que, es evidente la existencia de otra vía judicial legítima para que, si es del caso, atendiendo los postulados constitucionales y legales se de solución a su petición.

(....)

“Es entonces ante aquella sede judicial (jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad), donde se debe dirigir la solicitud de cesación o suspensión de la pena accesoria, instancia en la que con sujeción a los principios constitucionales, en especial los derechos fundamentales de los niños y las normas citadas con anterioridad, se decida la remoción de la pena accesoria, haciéndola cesar o suspender por la solución favorable o permisiva al peticionario”.

Más adelante la Sala también verificó si el caso cumplía con las condiciones necesarias para estructurar un perjuicio irremediable que justificara la procedencia transitoria del amparo. En aquella oportunidad consideró que el caso no acataba el requisito de urgencia, teniendo en cuenta que el actor no había cumplido con la totalidad de la pena principal y decidió, por tanto, que no era pertinente acceder a la protección de los derechos fundamentales invocados.

Además, vale la pena resaltar, tales consideraciones han sido reiteradas en otras providencias. En la sentencia T-680 de 2002, por ejemplo, en la que también se censuró el cumplimiento de la pena accesoria del expulsión del país a partir de los derechos de los niños, la Sala denegó el amparo constitucional, una vez corroborada la existencia de una carencia actual de objeto, debido a que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ya se había pronunciado sobre el particular. No obstante, la Corte se refirió al tema de fondo de la siguiente manera:

“3. De manera general, observa la Corte Constitucional, que la existencia de hijos menores de edad, no puede ser aducida como justificación para evadir el cumplimiento de decisiones judiciales impuestas en un proceso adelantado con todas las observancias establecidas por la Constitución y la ley, por cuanto, la protección constitucional a los derechos de los niños en ningún caso puede ser pretexto para que los adultos se sustraigan de sus deberes y, en el caso de los extranjeros, se recuerda que si bien la Constitución en el artículo 100 les garantiza que disfrutarán de los mismos derechos civiles que los nacionales, sin embargo, en esa misma norma constitucional, se establece que la ley podrá por razones de orden público subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de ciertos derechos, como ocurre por ejemplo, con el de residir en el país, cuando como pena accesoria se le imponga su expulsión del territorio nacional.”

3.4. Procedibilidad de la acción en el presente caso.

Las señoras AAA y CCC, en representación de sus hijos, presentaron acción de tutela para impedir que sea ejecutada la pena accesoria de expulsión del territorio nacional, impuesta al padre de los niños, el señor FFF. Ellas consideran que la ejecución de tal sanción conlleva el desconocimiento de los derechos de los infantes pues los priva de tener y disfrutar de una familia. Sin embargo, las instancias que conocieron del

amparo denegaron la procedencia de la acción constitucional pues observaron, de una parte, que ésta no cumple los requisitos para censurar las providencias judiciales, y de otra, advirtieron que existen otros medios judiciales aptos para atender las pretensiones contenidas en la tutela y no existe un perjuicio irremediable que siquiera la haga procedente de manera transitoria.

De acuerdo a lo observado en el expediente, esta Sala de Revisión corrobora que, en efecto, el señor FFF, de nacionalidad Palestina, es el padre de los niños BBB, DDD y EEE, y que aquel finalmente fue condenado por el delito de falsedad material de particular en documento público agravada, a través de sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Judicial del Distrito Judicial de Montería⁷, en donde se confirmó la imposición de la pena accesoria de expulsión del país. Esta información, a su vez, fue ratificada por el DAS, quien además calificó la situación migratoria de FFF como “irregular”. Posteriormente, contra la condena penal se presentó el recurso de casación pero el mismo fue inadmitido a través de Auto calendado dieciséis (16) de junio de dos mil seis (2006)⁸.

Dentro de dicho contexto y debido a la evidente similitud de problemas jurídicos, la Sala de Revisión debe reiterar los fundamentos jurídicos presentes en las sentencias T-116 de 2003 y T-680 de 2002, esto es, insistir en la naturaleza subsidiaria y residual del amparo constitucional. Por tanto, debe señalar que conforme a Ley 600 de 2000, art. 79 y Ley 906 de 2004, art. 38, el señor FFF o cualquiera de las accionantes podían y pueden recurrir al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, directamente o a través del Ministerio Público, para objetar el cumplimiento de la pena accesoria por la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Sobre este punto -recordemos- la Corte Constitucional ha insistido en que “la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción”. Por tanto, salvo que no exista un medio judicial expedito para atender la presunta vulneración de derechos, el amparo debe ser considerado improcedente ya que no tiene en manera alguna el poder de reemplazar los mecanismos ordinarios que se han previsto en la Ley. Así las cosas, teniendo en cuenta la competencia que le asiste a los jueces de

ejecución de penas y medidas de seguridad en esta materia, se concluye en coincidencia con los planteamientos del Tribunal de segunda instancia que la presente tutela es, en principio, improcedente.

Sin embargo, tal y como se anotó, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial no implica la improcedencia absoluta del amparo constitucional ya que, en caso de observarse la existencia de un perjuicio irremediable, la acción tendrá la posibilidad de adelantarse como mecanismo transitorio en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991. Pues bien, aunque en el escrito de la acción de tutela interpuesta por AAA y CCC no se invoca el amparo como mecanismo transitorio, la Sala habrá de verificar si en este caso se cumplen con los requisitos adscritos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable; ellos -como advertimos- son la ocurrencia de un daño inminente y grave que requiera de medidas urgentes e impostergables.

No obstante las anotaciones que el apoderado de las accionantes efectuó para mostrar el daño al que -en su sentir- se someterían los niños en caso de ejecutarse la pena accesoria, la Corte considera que en el presente caso no existe un daño inminente y grave que justifique la procedencia transitoria del amparo constitucional. Ello teniendo en cuenta que la pena accesoria de expulsión del territorio nacional fue impuesta, en primera instancia, desde el veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003) por el juzgado treinta y tres penal del circuito y que contra dicha sanción el señor FFF no presentó ni ha presentado censura o reclamo alguno. En efecto, de la lectura de las providencias que resolvieron la apelación de dicha sentencia y del Auto que resolvió la admisión de la casación no es posible destacar ningún argumento o gestión del señor FFF tendiente a rechazar la imposición de la pena accesoria o a legalizar su situación migratoria en el país para evitar la ruptura del núcleo familiar y proteger a sus hijos menores.

Así pues, la preocupación por las consecuencias del ilícito por el cual fue condenado sólo vino a manifestarse más de cinco (05) años después, únicamente cuando FFF se hizo parte de la presente acción de tutela. Este hecho, de entrada, permite que la Sala comprenda que la relación de FFF con sus hijos dista mucho a la descrita en el texto de la acción, en la que a éste se le califica como un padre preocupado por el bienestar de los niños. Inclusive, no se puede pasar por alto que de acuerdo a lo puntualizado por el DAS, el señor FFF fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria por parte del

juzgado 30 penal municipal. Por lo tanto, la existencia misma del daño y su gravedad se encuentran refutadas por la evidente desidia del padre que se entera desde hace un lustro de la inminente separación de sus hijos por cuenta de la imposición de una pena accesoria. Asimismo, tal argumento es aplicable a las accionantes, quienes a pesar de no ser parte del proceso penal que impuso la deportación, debían conocer de las sanciones que se le habían impuesto a FFF, atendiendo que -de acuerdo al escrito del amparo- él es “promotor del afecto y la unidad familiar”.

Dados los argumentos arriba expuestos, la acción de tutela en el caso que se revisa resulta improcedente. Así pues, esta Sala de Revisión, sin que se hagan necesarias más consideraciones sobre el caso, habrá de confirmar la decisiones proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR las providencias proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, del treinta y uno (31) de marzo de dos mil ocho (2008), y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del siete (07) de julio de dos mil ocho (2008), que denegaron por improcedente el amparo solicitado por AAA y CCC, en representación de sus hijos BBB, DDD y EEE.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que los nombres y los datos que permitan identificar a las accionantes y sus hijos sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ORDENAR, por intermedio de la Secretaría General, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que se encargue de salvaguardar la intimidad de los niños, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Tercero. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

2 M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

3 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

4 Véanse, las sentencias T-123/95; T-289/95; T-297A/95; T-329/96; SU-111/97; ST-378/97; T-573/97; T-083/98.

5 T-378 de 1997

6 T-1316 de 2001 M.P Rodrigo Uprimny Yepes

7 Folios 56 a 79.

8 Folios 153 ss.