

Sentencia T-1049/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos formales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos genéricos de procedibilidad

DEFECTO PROCEDIMENTAL-Configuración

DEBIDO PROCESO EN PROCESO PENAL-Vulneración por ausencia de notificación y defensa técnica

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Elementos

NOTIFICACION-Finalidad

NOTIFICACION EN MATERIA PENAL-Importancia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR IRREGULARIDADES EN LA NOTIFICACION-Procedencia

NOTIFICACION PERSONAL DE PROVIDENCIAS EN PROCESO PENAL-Deber especial del operador judicial

DEFENSA TECNICA-Contenido doble

GARANTIAS JUDICIALES DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Defensa técnica

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Desconocimiento del derecho a la defensa técnica

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia para corrección de errores del litigio cometidos por quienes no son favorecidos con un fallo judicial

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR DESCONOCIMIENTO DE DEFENSA TECNICA-Configuración por errores protuberantes

ABOGADO DEFENSOR-Idoneidad y eficacia de actividades

ABOGADO O DEFENSOR DE OFICIO-Control sobre la materialidad de la defensa

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR DESCONOCIMIENTO DE DEFENSA TECNICA-Deficiencias no son imputables al procesado

DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Ausencia de motivación de la decisión judicial

DERECHO DE CONTRADICCION-Deber de motivar las decisiones judiciales

JUEZ EN MATERIA PENAL-Sometimiento a los principios de legalidad y jurisdiccionalidad

DEFECTO FACTICO-Configuración

JUEZ NATURAL-Principio de la sana crítica

DEFECTO FACTICO-Ausencia del decreto y práctica de pruebas

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Dejar sin

efecto sentencia de condena a pena de prisión y multa por el delito de estafa agravada por falta de motivación

Acción de tutela promovida por Salvador Vicente Frieri Gallo en contra de los Juzgados Segundo y Sexto Penales del Circuito de Barranquilla, y la Fiscalía 36 Seccional de Barranquilla.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, DC., tres (3) de diciembre de dos mil doce (2012).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Salvador Vicente Frieri Gallo, por intermedio de apoderado, instauró acción de tutela contra los Juzgados Segundo y Sexto Penales del Circuito de Barranquilla y contra la Fiscalía 36 Seccional de la misma ciudad, por considerar que estas autoridades vulneraron su derecho fundamental al debido proceso en el trámite de la acción penal iniciada en su contra por el delito de estafa agravada, que dio lugar a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla el 19 de octubre de 2010, en la que fue condenado a la pena principal de 39 meses de prisión domiciliaria, multa, y pago de perjuicios por el valor de \$700.000.000.

En atención a la multiplicidad de actuaciones acusadas dentro del proceso judicial objeto de estudio, a continuación se realizará una síntesis de las etapas procesales y los hechos

relevantes a lo largo del trámite de la acción penal, a efecto de establecer el contexto en el cual los apoderados del actor exponen sus cuestionamientos.

A. Los hechos que dieron lugar a la acción penal.

1. El 22 de mayo de 1996 Salvador Frieri Gallo, entonces representante de la empresa Interoceanic Business, suscribió un contrato de permuta por el monto de \$1.275'000.000 con la sociedad Inversiones De Vivo Ltda., en virtud del cual esta última se obligaba a entregar al accionante un globo de terreno de 86.898 metros cuadrados, a cambio de transferir dos apartamentos del edificio Condado del Prado; un apartamento del edificio Cascada del Rodadero; cuatro oficinas del Edificio Bahía; el 50% de la propiedad de dos locales comerciales; y 150 millones de pesos que le adeudaba Orión Construcción Ltda. al accionante.

1. El representante legal de la Sociedad Inversiones De Vivo Ltda., Luis Armando de Vivo García, presentó denuncia penal por estafa ante la Fiscalía 59 Seccional de Barranquilla, aduciendo que el accionante incumplió con su obligación contractual valiéndose para ello de engaños y aplazamientos. Específicamente, manifestó que en 1996 el actor entregó los apartamentos del Edificio Condado del Prado, absteniéndose de informar que los inmuebles no estaban a su nombre, y que desde 1995 estaban gravados con un embargo que impedía su comercialización, pese a que se había comprometido a transferir los inmuebles objeto de permuta libres de hipotecas, embargos, demandas, etc.. También se negó a hacer entrega material de los locales comerciales prometidos, y omitió ceder el crédito adquirido por la constructora Orión. De acuerdo con el denunciante, con este propósito se valió de las relaciones de amistad que existían entre ellos por ser de familias italianas asentadas en Barranquilla y Cartagena. Como soporte de su denuncia presentó el contrato de permuta y el número de matrículas inmobiliarias correspondientes a los apartamentos embargados¹.

A. Las actuaciones surtidas ante la Fiscalía General de la Nación.

1. El 15 de agosto de 2000, la Fiscalía 59 Delegada ante los Juzgados del Circuito, Unidad de Patrimonio Económico Público y Privado de Barranquilla, ordenó la apertura de la investigación contra el señor Salvador Frieri Gallo por el delito de estafa agravada por la cuantía.

1. Durante esta primera etapa procesal, el accionante concedió poder al abogado de confianza, Gaspar Hernández Caamaño, y con él acudió a la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de abril de 2001.

1. En la audiencia, el accionante negó haber incumplido con las obligaciones que adquirió con el señor Luis Armando de Vivo García, excepto en cuanto tiene que ver con la entrega del porcentaje prometido de los locales comerciales, por cuanto en un negocio posterior entre las mismas partes se estipuló que, en caso de incumplimiento de la parte demandante en el proceso penal, el señor Frieri permanecería como propietario de ese porcentaje. Manifestó que varias de las obligaciones que adquirió en el contrato de permuta fueron pagadas a José Luis de Vivo Zaquer, hijo del demandante en el proceso penal, y a las empresas Inversiones de Vivo y Orión Construcciones, propiedad del demandante, con el convencimiento de que estaba cumpliendo con sus obligaciones, dado el vínculo entre estas personas y el demandante².

1. Sobre los apartamentos hipotecados indicó que él cumplió con su obligación comunicándole al constructor que estos debían ser entregados a Luis Armando de Vivo, y añadió:

“Él sabía perfectamente que los inmuebles yo los había adquirido mediante promesa de compraventa del constructor y por lo tanto no puede ahora venir a decir que los inmuebles

no estaban a mi nombre porque él lo sabía, él estaba interesado en esos apartamentos y me dijo verbalmente que él con tal de tener la posesión de los mismos estaba satisfecho y que él esperaba que el constructor resolviera los problemas y deshipotecara el bien”³.

1. Para demostrar estas afirmaciones solicitó llamar a declarar a Infante Vergara y al constructor del Edificio Bahía. Además, allegó una certificación del depósito en cheque realizado por el accionante el día 17 de julio de 1997, según puede verse en el volante, con el fin de cancelar una hipoteca⁴.

1. Surtida la etapa de investigación, el 20 de diciembre de 2004 la Fiscalía Seccional 36 adscrita a la Unidad de Patrimonio Económico profirió resolución de acusación en contra de Salvador Frieri Gallo, como presunto autor del delito de estafa agravada por la cuantía cometido contra la Sociedad Inversiones de Vivo Ltda. Escuchadas las partes y vistos los documentos allegados, encontró mérito suficiente para considerar que el señor Frieri Gallo pudo haber incurrido en la conducta punible señalada, por cuanto no transfirió la propiedad de dos inmuebles prometidos en permuta, sino solo su posesión, y se abstuvo de informar al permutante sobre el embargo que pesaba sobre los mismos.

1. Frente a esta decisión, el 28 de enero de 2005 el señor Hernández anunció la presentación de apelación como único recurso. Sin embargo, el 3 de febrero de 2005, quien sustentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra esta actuación fue el abogado Jorge Luis Torres Castro, manifestando haber sido llamado como defensor por mandato del apoderado general del accionante, Arturo Rafael Frieri Gallo, desde antes de la fecha de expedición de la resolución de acusación.

1. Mediante resolución del 5 de octubre de 2005, la Fiscalía 36 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito decidió no reconocer personería al abogado Jorge Luis Torres Castro, por cuanto existían inconsistencias en cuanto al número de identificación del apoderado general

del señor Frieri Gallo -que le dio el poder para defender al accionante-. Además declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado Gaspar Hernández Caamaño por ausencia de sustentación.

A. Las actuaciones surtidas durante la etapa de juicio.

1. Ejecutada la resolución de acusación, el 15 de abril del 2008 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla llevó a cabo la audiencia preparatoria en la actuación iniciada contra Salvador Frieri Gallo. Esta diligencia se ciñó a decidir sobre la solicitud hecha por Luis Armando de Vivo García, constituido en parte civil dentro del proceso, en relación con el levantamiento del desembargo de los inmuebles objeto de la investigación.

1. Subsanada esta irregularidad, el 15 de julio de 2008 se llevó a cabo de nuevo la audiencia preparatoria del señor Frieri Gallo. El Juzgado Segundo Penal del Circuito reiteró la decisión tomada en cuanto a la solicitud de desembargo elevada por la parte civil dentro del proceso, y fijó el 2 de diciembre de 2009 como fecha para la audiencia pública de juzgamiento.

2. En la fecha programada para el juicio, el despacho advirtió la ausencia del defensor del señor Frieri Gallo. En consecuencia decidió: “se suspende la presente diligencia y se designa defensor de oficio al DR. JAIME RAFAEL SALAZAR QUINTERO, a quien se le hará saber tal designación. Se le hará saber al sindicato tal designación”⁶. Además, comunicó la nueva fecha de la diligencia a todas las partes, incluyendo al defensor de confianza Jorge Luis Torres Castro.

1. Finalmente, el 13 de mayo de 2010, se adelantó la diligencia de audiencia pública de juzgamiento con intervención de la Fiscalía General de la Nación, el representante de la parte

civil, y el señor Jaime Rafael Salazar Quintero, defensor de oficio del señor Frieri Gallo, quien sostuvo que no existía suficiente material probatorio que condujera a demostrar que el accionante había incurrido en el delito de estafa.

1. El 10 de octubre de 2010 el Juzgado Segundo Penal Adjunto del Circuito de Barranquilla profirió sentencia condenatoria contra Salvador Vicente Frieri Gallo al hallarlo responsable del delito de estafa agravada, del que resultó víctima la empresa Inversiones de Vivo Ltda. El accionante fue condenado a la pena principal de 39 meses de prisión domiciliaria, al pago de multa por 125.570 pesos, y al pago de perjuicios por 700 millones de pesos.

Para sustentar su decisión, el juzgado manifestó: “en el plenario emerge con suficiente claridad que el sindicado estafó a LA EMPRESA INVERSIONES DE VIVO LTDA, valiéndose de maniobras engañosas y abusando de la buena fe del mismo (sic) desde el momento en que el hoy enjuiciado señor SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO, celebró el contrato de permuta en el cual se comprometía a entregar lo dicho en dicho contrato”7.

1. El 19 de octubre de 2010 la providencia condenatoria fue notificada personalmente al defensor de oficio del señor Frieri Gallo, quien anunció la interposición del recurso de apelación del fallo. No obstante, este fue declarado desierto por ausencia de sustentación.

1. El 4 de marzo de 2012 el Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla emitió orden de captura a la SIJIN, CTI e INTERPOL, con el fin de lograr la captura del señor Salvador Vicente Frieri Gallo y su envío a prisión.

1. Mediante escrito del 10 de abril de 2012, el abogado Antonio Carlos Torres Castro, quien manifestó sustituir en el cargo al defensor de confianza Jorge Luis Torres Castro, solicitó que se aclarara la orden de captura puesto que ella se emitió para el cumplimiento de la pena en

prisión, pese a que la sentencia le concedió prisión domiciliaria.

A. Solicitud de tutela.

Los apoderados de Salvador Frieri Gallo solicitaron que se amparara el derecho al debido proceso del accionante, declarando la nulidad de todas las actuaciones surtidas dentro del proceso penal inclusive durante la fase de investigación, comoquiera que las actuaciones judiciales surtidas dentro del proceso penal incurrieron en varios defectos, que se explican a continuación:

1. En un primer momento, los apoderados señalaron que el proceso surtido contra Salvador Frieri Gallo incurrió en defecto procedimental por indebida notificación, por cuanto si bien el sindicado tenía conocimiento del proceso y ánimo de colaboración con la administración de justicia, las siguientes fallas en las notificaciones a sus abogados impidieron que éste ejerciera adecuadamente sus derechos dentro del proceso:

i. Las actuaciones surtidas durante el período en el que el abogado de confianza del señor Frieri Gallo era Jorge Luis Torres Castro fueron notificadas a la dirección principal de este profesional, aun cuando su abogado suplente, Elkin Eliecer Mendoza Cáceres, informó el 18 de abril de 2005 al Juzgado que la dirección de notificaciones sería la de este último y no la del defensor principal.

i. No se notificó ni al señor Jorge Luis Torres Castro ni al accionante la resolución de acusación proferida el 5 de octubre de 2005 por la Fiscalía 36 Seccional de Barranquilla.

i. Las actuaciones surtidas en la etapa de juicio fueron notificadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla tanto al defensor de oficio como a la dirección equivocada del defensor de confianza, confundiendo a la defensa.

1. En segundo lugar, adujeron que el proceso bajo estudio adolece de defecto procedimental por ausencia de defensa técnica, pese a que el señor Frieri Gallo contó con la asesoría formal de abogados de confianza y posteriormente con un defensor público. Esto se hace evidente porque:

i. Tanto el defensor de confianza como el de oficio se abstuvieron de sustentar los recursos de apelación interpuestos contra dos de las providencias más importantes dentro del proceso penal, a saber, la resolución de acusación y la sentencia condenatoria, aun cuando existían suficientes argumentos jurídicos para desvirtuar las razones por las cuales se profirieron.

i. El defensor de oficio y los defensores de confianza con los que contó el accionante se abstuvieron de solicitar pruebas, así como de contradecir las aportadas por el denunciante y la parte civil, tanto durante la fase de investigación como en la de juicio.

Para los apoderados del accionante, tales falencias no pueden ser imputadas al procesado porque éste asistió a las audiencias de las que tuvo conocimiento, rindió la información de forma oportuna, y realizó los cambios de abogado de confianza requeridos apenas se percató de la inobservancia de sus deberes profesionales. Por eso, en su sentir, la desidia de los abogados violó el derecho fundamental del accionante a la defensa.

1. Adicionalmente, los abogados manifestaron que la sentencia incurrió en defecto sustantivo por aplicación indebida de una norma, pues no se probaron todos los elementos subjetivos del tipo penal del delito de estafa agravada (art. 356 del Decreto 100 de 1980). Al respecto indicaron que:

i. Nada dijo el fallo en relación con la prueba y la configuración del dolo en la conducta

desplegada por el accionante. Se limitó a mencionar de manera sucinta algunos supuestos relativos al incumplimiento de un contrato civil. Sin embargo, de ello no se deriva automáticamente la comisión de una conducta punible.

i. No se probó de forma suficiente en la sentencia la existencia de artificios o engaños dirigidos a suscitar error en la víctima porque “si bien es cierto a la firma del contrato de promesa de permuta los bienes inmuebles objeto del mismo se encontraban embargados, tal situación no constituía un impedimento para el perfeccionamiento del negocio jurídico de promesa de permuta, que por su naturaleza no comporta la transferencia del derecho real de dominio, ni es razón suficiente para establecer la supuesta comisión del delito de estafa”⁸.

Además, tampoco se comprobó que el denunciante hubiera sido inducido efectivamente al error “por cuanto a) tuvo la posibilidad de conocer el hecho posteriormente alegado por él [revisando los certificados de libertad y tradición de los inmuebles en los que aparecía registrada la hipoteca objeto de la controversia], y por tanto, evitar el perfeccionamiento del negocio, por estar contenido en un documento público y b) era una persona profesional y con amplios conocimientos del negocio de bienes raíces, situación que se demuestra en el objeto social de las sociedades que representaba” ⁹.

i. Tampoco consideró el juez en este caso que el accionante no obtuvo provecho ilícito del negocio, puesto que “el inmueble que iba a ser permutado por el denunciante soportaba una hipoteca, que fue posteriormente cancelada por el accionante”¹⁰.

i. El juez no presentó razones que justificaran el monto de la indemnización de perjuicios. Se limitó a indicar la normatividad legal relativa a las indemnizaciones pero pasó por alto señalar “los fundamentos fácticos y demostrativos que le permitieran su concreción”¹¹.

1. Finalmente, indicaron los peticionarios que tanto la Fiscalía Seccional como el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, omitieron decretar y practicar pruebas que eran

determinantes para despejar las dudas sobre la inocencia del accionante, y llevar a la absolución del actor. A su juicio, este defecto fáctico ocurrió por las siguientes razones:

i. En el caso del señor Frieri Gallo “la existencia de la duda fue clara desde el momento en que fue recibida la declaración del accionante en la diligencia de indagatoria, sin embargo (...) los funcionarios judiciales obviaron la solicitud, decreto y práctica de aquellas pruebas que le resultaban favorables al procesado, quebrantando el principio de presunción de inocencia, al darle valor probatorio únicamente a las aportadas por el denunciante”. De este modo, desconocieron el principio de investigación integral que exige a los funcionarios judiciales indagar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del inculpado.

i. Las autoridades judiciales omitieron solicitar el certificado de existencia y representación legal de Orión Construcciones Ltda e Inversiones Vivo Ltda, pruebas documentales que habrían permitido comprobar con facilidad la cercanía entre estas personas jurídicas, y justificar así la actuación del accionante en relación con el dinero que Orión Construcciones le adeudaba.

1.22 La acción de tutela fue admitida el 6 de mayo de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

Intervención de la parte demandada

2. Andrés Peña Pacheco, Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, manifestó que no fue su despacho sino el Juzgado Segundo del Circuito Adjunto quien profirió la sentencia condenatoria contra Salvador Frieri Gallo. Sin embargo, debido a las medidas de descongestión adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el circuito, es el juzgado que preside el interviniente quien está a cargo del proceso. Hecha esta salvedad, presentó una síntesis de las oportunidades en que se notificó a los apoderados del accionante sobre las actuaciones procesales adelantadas. Además, resumió la actividad desplegada por su despacho con el fin de resolver las solicitudes elevadas por la

tercera incidental, Rita Carolina Martínez de Carvajes, sobre el levantamiento de una medida cautelar impuesta sobre uno de los bienes inmuebles que hicieron parte del negocio que dio lugar al proceso penal.

Intervención del demandante en el proceso penal.

3. Roberto Artúz Rúa, apoderado de Inversiones de Vivo Ltda, y tercero con interés en esta acción de tutela, intervino para solicitar que se declare la improcedencia del amparo por cuanto el accionante contó con todas las oportunidades y mecanismos procesales para ejercer su defensa de forma efectiva. En su concepto, acudir ahora a la tutela no es otra cosa que intentar debatir asuntos del fondo de la controversia penal que fueron correctamente decididos por el juez ordinario.

De los fallos de tutela.

4. Mediante fallo proferido el 18 de mayo de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó la acción de tutela instaurada por el apoderado del ciudadano Salvador Frieri Gallo por cuanto consideró que “ninguna de las propuestas de la parte actora implica afrentas a garantías fundamentales del actor que le sea imputable a alguna de las entidades accionadas, pese a que la causa soporta algunas irregularidades que deben ser ventiladas por los medios ordinarios de justicia”.

A juicio de la Sala, el resultado del proceso penal adelantado en contra del actor obedece únicamente a que éste dejó de ejercitar en debida forma los recursos ordinarios que prevé la ley, y este error no puede ser atribuido a la administración de justicia bajo la apariencia de ausencia de defensa técnica o indebida notificación. En cuanto tiene que ver con las pruebas, señaló que podían ser controvertidas en otros escenarios judiciales. Por último, hizo un llamado de atención al despacho accionado en tanto que no presentó un informe en relación con su actuación en el proceso, sino que se limitó a enviar la información al juzgado que por cuestiones de administración judicial asumió el conocimiento de los incidentes surgidos en el proceso luego de ser emitida la sentencia condenatoria.

De la impugnación y el fallo de segunda instancia

5. El apoderado de Salvador Frieri Gallo impugnó oportunamente la decisión de primera

instancia insistiendo en que la tutela instaurada observa plenamente los requisitos de subsidiariedad y residualidad de la acción. En primer lugar, señaló que es cierto que en el proceso penal se dejaron de interponer y sustentar efectivamente los recursos que habrían permitido llegar a la sentencia absolutoria. Sin embargo, indicó que ello se explica precisamente por la ausencia de defensa técnica que se alega en la tutela.

En segundo lugar, manifestó que en el caso del señor Frieri Gallo se cumplen a cabalidad los presupuestos que la Corte ha establecido para considerar que el procesado no tuvo defensa técnica:

i. Las fallas o deficiencias en la defensa no fueron consecuencia de una estrategia planteada por los apoderados. Por el contrario, es evidente que obedecieron a una labor meramente formal y figurativa, puesto que los abogados dejaron de responder a algunas de las diligencias y dejaron de sustentar oportunamente los recursos que ellos mismos habían instaurado.

i. La ausencia de defensa técnica afectó otros derechos fundamentales del actor, tales como el derecho a solicitar pruebas, contradecir los argumentos de la contraparte, acceder a la segunda instancia y, finalmente, la posibilidad de ser absuelto en el proceso.

i. Las deficiencias no le pueden ser imputadas ni directa ni indirectamente al procesado, puesto que no fueron el resultado de una maniobra elusiva sino del hecho objetivo de que el actor tiene fijado su domicilio en Italia.

i. De haber tenido una suficiente defensa jurídica habría cambiado sustancialmente el sentido de la decisión, toda vez que las decisiones habrían sido estudiadas en una segunda instancia, se habrían podido examinar argumentos y pruebas a favor del accionante y, de este modo, establecer la inexistencia de los elementos que constituyen el delito de estafa.

5.1 En cuanto a las notificaciones, recordó el impugnante que la discusión no tiene que ver con el desconocimiento que el señor Frieri Gallo tuviera del proceso, sino del hecho de que todas las notificaciones fueran realizadas a direcciones diferentes a las informadas por los defensores de confianza y de oficio del actor. Al efecto, hizo un recuento de todas las notificaciones hechas a la parte demandada.

5.2 En cuarto lugar, enfatizó en que el defecto fáctico aducido en la demanda de tutela no tiene que ver con la errónea valoración de las pruebas -como indicó el juez a quo- sino en que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma era absolutamente inadecuado y violatorio del principio de investigación integral, razón por la cual debe volver a surtir esta etapa.

5.3 Finalmente, extrañó que en la sentencia de primera instancia nada se hubiera dicho en relación con el defecto sustantivo alegado por el accionante.

Conforme a ello, solicitó el amparo de los derechos del accionante y pidió que se dejaran sin efectos todas las actuaciones adoptadas en el marco del proceso penal.

6. En sentencia del 28 de julio de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión denegatoria del amparo promovido por Salvador Frieri Gallo por cuanto encontró que la tutela carecía de inmediatez. A su juicio, el fallo condenatorio se profirió el 19 de octubre de 2010 y la demanda de tutela se instauró apenas el 3 de mayo de 2011, esto es, 7 meses después de que ocurrió el último acto supuestamente violatorio de los derechos fundamentales. A juicio de la Sala, ese término excede los parámetros de oportunidad y razonabilidad establecidos por la Corte Constitucional a la hora de estudiar la procedencia de las acciones de tutela. En todo caso, sostuvo que el actor contó durante todo el proceso con asesoría de profesionales del derecho elegidos por él mismo, y que no puede trasladar los reproches frente a su labor en sede de tutela.

Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión.

7. Mediante autos del 21 de febrero y 24 de mayo de 2012, el Magistrado Ponente ofició al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla para que remitiera a esta Corporación copia completa del proceso penal adelantado por Inversiones de Vivo Ltda. contra Salvador Frieri Gallo por el delito de estafa, el cual dio lugar a la sentencia condenatoria proferida el 12 de

octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto.

El despacho del Magistrado Ponente recibió y valoró la copia de todos los cuadernos que conforman el mencionado proceso penal y hará referencia a su contenido según sea necesario a lo largo del proyecto.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

En el presente asunto corresponde a la Sala establecer si se vulneraron los derechos fundamentales de Salvador Frieri Gallo dentro del proceso penal adelantado en su contra, el cual terminó con una sentencia condenatoria por el delito de estafa agravada por la cuantía.

Concretamente, la Sala deberá determinar, en primer lugar, si la administración de justicia desconoció el debido proceso en las actuaciones adelantadas dentro del proceso penal (bajo la Ley 600 de 2000) al incurrir en (i) defecto procedimental por indebida notificación a los apoderados, o en (ii) defecto procedimental por ausencia de defensa técnica, pese a la presencia formal de abogados de confianza y de oficio durante el proceso. En caso de que no sea así, en segundo lugar deberá establecer si el juez vulneró los derechos fundamentales del procesado al proferir una sentencia condenatoria (iii) que fue motivada de forma insuficiente en relación con la concurrencia de elementos que configuran la estafa; o (iv) que incurrió en defecto fáctico por omisión de la práctica de pruebas favorables a los intereses del accionante.

Valga precisar desde ya que los apoderados del accionante solicitaron que se declarara que las deficiencias en la sustentación fáctica y jurídica de los elementos que constituyen el tipo penal de estafa (problema jurídico (iii)) generaron un defecto sustantivo de la sentencia penal. No obstante, tal como se explicará más adelante, el problema de adecuación típica

que presentan los peticionarios está más relacionado con la precariedad de los argumentos fácticos y jurídicos para concluir que la situación de Frieri Gallo se subsume en los supuestos normativos del delito de estafa, y mucho menos con el errada selección de los parámetros normativos o con una interpretación absolutamente irrazonable de los mismos. Por lo tanto, la Sala lo estudiará como un posible defecto por ausencia de motivación.

Para abordar el estudio de los problemas descritos, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales. Luego de ello caracterizará brevemente el defecto procedimental y sustantivo, la causal específica “decisión sin motivación”, y el defecto fáctico. Finalmente verificará que la acción de tutela cumpla los requisitos formales de procedibilidad y, en caso de que ellos estén presentes en su totalidad, entrará a analizar los defectos alegados en el caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida doctrina en relación con la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, basada en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, y la prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales. Este equilibrio se logra a partir de la configuración de supuestos de procedibilidad cuidadosamente decantados por la jurisprudencia constitucional, que garantizan el carácter excepcional y subsidiario de la acción¹².

La Corte ha precisado que la tutela contra providencias es excepcional, pues aunque busca responder a la exigencia constitucional de que los derechos fundamentales sean protegidos efectivamente, no puede desconocer el hecho de que la jurisdicción ordinaria constituye el primer espacio de reconocimiento y realización de estos derechos; que los jueces que han proferido las sentencias gozan de autonomía funcional; y que dichos fallos tienen el valor de cosa juzgada. Por ello, está vedada al juez de tutela cualquier intromisión en asuntos

puramente litigiosos, en la escogencia de interpretaciones legales constitucionalmente válidas, o en las amplias atribuciones del juez para la valoración del material probatorio, mientras su ejercicio se ajuste a la efectividad de los derechos constitucionales¹³.

Además, ha dicho la Corte que la tutela contra providencias judiciales tiene un carácter subsidiario, puesto que no puede instaurarse de manera paralela al curso normal de los procesos judiciales, sino que requiere el agotamiento de todas las instancias en las cuales hubiera podido solicitarse la protección del derecho amenazado o vulnerado, salvo que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁴.

En este sentido, la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra sentencias judiciales está dirigida a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias que tornan la decisión incompatible con la Constitución. Tal como lo dijo la Corte desde la sentencia T-555 de 2009 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva), “la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un ‘juicio de validez’ y no como un ‘juicio de corrección’ del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia”.

Con el fin de salvaguardar las características mencionadas, se ha establecido que la tutela procede únicamente cuando reúne los siguientes requisitos formales de procedibilidad:

- i. Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional;
- ii. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;
- iii. Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;
- iv. Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

v. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y

vi. Que no se trate de sentencias de tutela <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-189-09.htm> - _ftn10.

Asimismo, es necesario que la providencia judicial se encuentre dentro de alguno de los requisitos genéricos de procedibilidad que hacen referencia a los posibles defectos de las sentencias¹⁵: (i) orgánico, (ii) procedimental, (iii) fáctico, (iv) sustantivo, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente, y (viii) violación directa de la Constitución. Aunque cada una de ellas reviste particularidades, debe tenerse en cuenta que no existe un límite indivisible entre todas ya que, por ejemplo, “resulta evidente que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, que la falta de apreciación de una prueba, puede producir una aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico¹⁶”¹⁷.

1. Caracterización del defecto procedimental. Vulneración del debido proceso por ausencia de notificación y ausencia de defensa técnica. Reiteración de jurisprudencia.

2.1 La Corte ha sostenido de manera pacífica y reiterada¹⁸ que el defecto procedimental, como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, encuentra fundamento normativo en los artículos 29 -relativo al debido proceso- y 228 de la Constitución -que consagra el derecho a la administración de justicia-.

2.2 Se presenta cuando se da un desconocimiento absoluto de las formas del juicio porque el funcionario judicial sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto), o porque pretermite etapas o eventos sustanciales del procedimiento legalmente establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. De acuerdo con lo sostenido en la sentencia SU-159 de 2002 (M.P Manuel José Cepeda), este último evento se presenta cuando la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad del mismo tipo desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos

procesales, de forma tal que, por ejemplo, se impide que: "(i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica¹⁹, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado -en los eventos en los que sea necesario -, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo²⁰ y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas²¹", entre otras.

2.3 En todo caso, cualquiera que sea la situación, la procedencia de la tutela en presencia de un defecto procedimental se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos: (i) Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; (iv) que la situación irregular no sea atribuible al afectado; y (v) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales.

2.4 El presente asunto está relacionado principalmente con la pretermisión de dos garantías indispensables para ejercer adecuadamente el derecho a la defensa y la contradicción dentro del proceso penal: la notificación de las providencias correspondientes de acuerdo con la ley y la posibilidad del procesado de contar con defensa técnica, esto es, con la asesoría de un profesional del derecho a lo largo del trámite de la acción. Por ello, a continuación la Sala se detendrá en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con ambos eventos.

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

2.5.1 La notificación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias proferidas por autoridades judiciales y administrativas. Sin embargo, su realización no es solo una formalidad. La notificación adquiere trascendencia constitucional en la medida en que este acto procesal permite a la persona adquirir conocimiento de las decisiones que le conciernen y establecer el momento

exacto en que empiezan a correr los términos procesales, de modo que se convierte en presupuesto para ejercer los derechos de defensa y contradicción en todas las jurisdicciones²².

2.5.2 En materia penal, la Corte ha dicho que las notificaciones adquieren especial importancia por cuanto un proceso indebidamente notificado puede culminar en la condena judicial de un ciudadano, en la pérdida de la presunción de inocencia, y en la obligación de soportar el ejercicio del poder sancionador del Estado, que le impone límites al goce de sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, la libertad personal, etc., por un espacio considerable de tiempo²³.

2.5.3 Teniendo en cuenta lo anterior, cuandoquiera que las notificaciones se dejan de hacer en la oportunidad o mediante el método previsto en la ley, especialmente en los procesos penales, se incurre en una irregularidad que afecta las garantías procesales de una de las partes. Pero dado que buena parte del impacto de estas irregularidades pueden ser corregidas dentro del mismo proceso a través de la institución de la nulidad, y los recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones, la Corte ha dicho que para que los errores en materia de notificación puedan ser considerados un verdadero defecto procedimental que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario que ellos sean determinantes en el proceso y estén revestidos de suficiente entidad²⁴.

2.5.4 Esto significa que para que proceda la tutela por irregularidades en la notificación, la deficiencia: (i) debe ser tangible y haber tenido un impacto ostensible en las resultas del trámite judicial; (ii) debe haber incidido negativamente en la posibilidad de que el interesado ejerza su derecho de contradicción y de defensa²⁵; (iii) no puede ser atribuible al afectado pues, si lo fuera, la acción de tutela contra providencias judiciales perdería su carácter excepcional y se convertiría en una instancia adicional para que se corrijan los errores cometidos por las partes en el proceso. Y, por último, debe verificarse que (iv) la autoridad judicial que adoptó la decisión asumió una conducta evidentemente omisiva en relación con la comunicación de las decisiones judiciales, es decir, que fue negligente en cuanto tiene que ver con los intentos de notificación, realizados en el orden preferencial previsto en las distintas legislaciones procesales²⁶.

2.5.5 En cuanto tiene que ver con el cumplimiento de este último requisito dentro de un

proceso penal, la Corte ha enfatizado que el operador judicial y el ente investigativo adquieren un deber especial en relación con la notificación personal de las providencias que así lo exigen, en dos eventos. El primero de ellos es el de las personas privadas de la libertad. Para esta Corporación, debido a que estos sujetos se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado, la autoridad judicial tiene certeza sobre el lugar en que se encuentran por hallarse privados de su derecho a la libertad de locomoción. Por ello, cuando profiere una decisión dentro del proceso penal, la autoridad no puede limitarse a verificar que los telegramas y otros medios de comunicación de la orden de notificación lleguen efectivamente al centro de reclusión, sino que es preciso que emplee un procedimiento de notificación personal que lleve a la convicción de que la persona privada de la libertad adquirió conocimiento efectivo de la decisión, tanto en su parte motiva como resolutive, y que entendió los recursos que contra ella caben²⁷.

El segundo evento tiene que ver con la notificación del inicio de un proceso penal, antes de la declaratoria de persona ausente. Para la Corte, si bien la vinculación del investigado como persona ausente dentro del proceso penal está amparada por la Constitución, el empleo de dicha figura es excepcional, y debe “estar precedida del despliegue de actividades por parte de las autoridades judiciales tendientes a notificar de la existencia del proceso al sindicado”²⁸. Por eso, cuando se cuenta con al menos una posibilidad de notificar personalmente al demandado de la iniciación de un proceso judicial en su contra, el emplazamiento y nombramiento de un defensor de oficio, son actuaciones que no sustituyen la obligación de vincular de forma personal al afectado.

2.6 Vulneración del debido proceso por ausencia de defensa técnica en el proceso penal.

2.6.1 Además de las garantías procesales concretadas en los actos de notificación, la Corte ha enfatizado que el procesado penal tiene derecho a ser asistido por un defensor idóneo y con formación jurídica básica durante todas las etapas del proceso (Art. 29 C.N). Este defensor puede ser el escogido por el propio procesado y, de no ser ello posible, debe ser el asignado de oficio por el Estado para estos fines.

El derecho a la defensa técnica tiene un contenido doble: el defensor debe estar presente para hacer valer todas las garantías formales dentro del trámite judicial y, adicionalmente, debe actuar para representar los derechos sustanciales de su prohijado. Ambas facetas

implican que el defensor pueda pedir y aportar pruebas, controvertir aquellas que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones que se adopten en el mismo³⁰. Por esta razón, la defensa técnica no se reduce a la presencia formal de un abogado de confianza o de oficio durante el trámite penal. Desde el punto de vista material, el derecho a la defensa exige que el Estado y las autoridades judiciales garanticen que, tanto los defensores de confianza como los de oficio, cuenten con todas las condiciones materiales y formales para desplegar una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado, de modo que pueda predicarse del proceso una verdadera igualdad de armas entre el ente investigador y acusador y el procesado.

Así lo ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al concluir que la garantía judicial consistente en la defensa técnica³¹ requiere (i) que en la medida de lo posible el procesado pueda elegir a su abogado defensor; (ii) que el defensor elegido o designado sea nombrado desde el principio de las diligencias penales, y no solo en la etapa del juicio; (iii) que el defensor pueda comunicarse libre y confidencialmente con su prohijado; (iv) que el abogado pueda tener conocimiento oportuno y completo de los cargos y del contenido del expediente; (v) que ni las autoridades judiciales ni las administrativas interpongan cualquier tipo de obstáculos que impidan al defensor aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones³².

2.6.2 Visto así este derecho fundamental, se hace evidente que no toda falla o deficiencia en el ejercicio profesional de la defensa penal constituye una vulneración que dé lugar a la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte ha reiterado que solo se configura un defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la defensa técnica, cuando se han presentado errores que son protuberantes, y que cumplan las siguientes características:

i. Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica. Debe establecerse que las fallas no tuvieron o no pudieron haber tenido como fundamento la estrategia de defensa del abogado, quien cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para elegir sus actuaciones en el ejercicio de su cargo.

ii. Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de

su propósito de evadir la justicia. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte este criterio es doble. No puede alegar violación del derecho a la defensa técnica quien se oculta o intenta evadir por su propia voluntad el proceso judicial; y tampoco puede hacerlo quien renuncia al ejercicio personal de la defensa, al delegar en su totalidad el proceso al apoderado de confianza o al defensor de oficio, con la intención de desatender la acusación en su contra y deslegitimando su interés de protección. En ambos casos, ha dicho la Corte que el procesado debe asumir directamente las consecuencias del proceso³³.

iii. La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial. Es necesario comprobar que, de haber tenido una defensa técnica diligente, el sentido de la decisión hubiera podido ser distinto y que, tal como se llevó a cabo el proceso judicial, se desconocieron otras garantías del accionante, por ejemplo, porque se configuraron causales específicas de procedibilidad de la tutela³⁴.

2.6.3 Lo dicho hasta aquí permite concluir que el derecho a contar con una defensa técnica no puede ser interpretado como la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de garantizar a toda costa que los abogados defensores adopten una estrategia adecuada y diligente que lleve a la defensa exitosa del caso. Una vez las autoridades han garantizado la presencia del abogado y el cumplimiento de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir a cabalidad con su función, entre otras, absteniéndose de cometer las conductas prohibidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional, las aptitudes para conducir una defensa eficiente dependen del profesional individualmente considerado, y sus fallas en la estrategia defensiva son, en principio, responsabilidad exclusiva del mismo.

La acción de tutela que -se insiste- solo excepcionalmente procede contra providencias judiciales, no es el escenario propicio para la corrección de los errores de litigio cometidos por quienes no son favorecidos con un fallo judicial. Por ello, en principio, tal como lo señaló la Corte en la síntesis realizada en la sentencia T-068 de 2005 (M.P Rodrigo Escobar Gil) sobre la materia: “en cuanto no existe una relación de necesidad entre una [las fallas o deficiencias en la defensa técnica] y otra [la entonces llamada vía de hecho judicial], las posibles faltas en la asistencia letrada solo habilitan al afectado para reclamar su protección judicial y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios preestablecidos en el proceso, sin que tal habilitación se extienda por sí misma al amparo constitucional”³⁵.

2.6.4 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, solo se desconoce el derecho a la defensa técnica material a pesar de contar con un abogado, cuando en el proceso penal se dejaron de practicar pruebas, controvertir las decretadas y presentar los recursos pertinentes, de forma negligente, pero siempre que no le haya sido posible jurídica y fácticamente intervenir al inculpado para modificar esta situación, tal como ocurre cuando la persona es procesada como persona ausente.

En efecto, en las sentencias T-395 de 2010 (M.P Jorge Ignacio Pretelt) y T-654 de 1998 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte declaró que se vulneró el derecho a la defensa técnica de los accionantes, pues fueron condenados como personas ausentes y, pese a que eran evidentes las actuaciones que podía desplegar la defensa, los defensores de oficio se abstuvieron de llevarlas a cabo. En contraste, en las sentencias T-450 de 2011 (M.P Humberto Sierra Porto), T-831 de 2008 (M.P Mauricio González) y T-068 de 2005 (M.P Rodrigo Escobar Gil) se concluyó que, más allá de los posibles desaciertos de los defensores de confianza de los accionantes, los procesados tuvieron conocimiento del trámite y las oportunidades suficientes para intervenir en él, inclusive a través de la sustitución del poder a sus abogados. En este orden de ideas, los posibles errores que conllevaron a las sentencias condenatorias no podían ser imputados a las autoridades jurisdiccionales o al Estado a título de ausencia de condiciones para el ejercicio de la defensa técnica.

Por último, en la sentencia T-962 de 2007 (M.P Clara Inés Vargas Hernández) se concluyó que si bien el accionante fue procesado como persona ausente, el defensor de oficio había ejercido su cargo de forma diligente, teniendo en cuenta las limitaciones en relación con el conocimiento de la versión del acusado y la consecuente dificultad para solicitar la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para lograr la absolución del procesado. Por tanto, en este caso tampoco se configuraba un defecto por ausencia de defensa técnica.

De este modo, la Corte ha concluido que la procedencia de la acción de tutela por ausencia de idoneidad y eficacia de las actividades desplegadas por el abogado defensor, depende del conocimiento que pudo tener el procesado sobre el trámite adelantado en su contra, y las posibilidades razonables de intervenir en él, estando atento por lo menos al curso del proceso. Ello apareja, en algunos casos, que en sede constitucional sea necesario exigir mayor idoneidad al defensor de quien no pudo conocer del proceso, que usualmente es representado por un abogado de oficio, que al abogado de confianza de quien tuvo todo el

tiempo acceso al proceso.

En cuanto a los abogados de oficio, si bien la Corte entiende que en algunas ocasiones la labor del defensor de oficio se ve entorpecida por la ausencia de la versión del procesado, en todo caso se trata de la representación de los intereses de personas que no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismos sus derechos y, sin embargo, pueden verse abocados a la pérdida de su libertad³⁶. Por ello, es necesario ejercer un estricto control sobre la materialidad de la defensa llevada a cabo por los defensores de oficio.

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

Todo esto, por supuesto, debe ser analizado en el caso concreto, dentro del margen de lo que es razonable exigir al ciudadano pues, tampoco podría la Corte pedirle al inculcado tal grado de pericia en materia judicial que estuviera obligado a conocer cada detalle del proceso o que tuviera que estar blindado frente a los abusos propios de la posición de poder en que se encuentra el abogado dentro del proceso. En este sentido, debe reiterarse que la jurisprudencia referida es un desarrollo del principio general según el cual el defecto procedimental por ausencia de defensa técnica exige que las deficiencias en la estrategia defensiva no sean imputables al procesado, asunto que debe resolverse atendiendo a las características de cada caso en particular.

2.6.5 Por supuesto, esto no significa que quienes son defendidos por abogados de confianza cuentan con una garantía menos efectiva que la otorgada a los procesados que acceden a un defensor de oficio. Frente a quienes eligen defensor de confianza, los jueces deben asegurar la observancia estricta del debido proceso practicando en cuanto sean necesarias pruebas de oficio; dando pleno valor a la presunción de inocencia que ampara al procesado; garantizando la igualdad de armas; y, sobre todo, tomando medidas positivas y negativas

que lleven a los defensores de confianza a ejercer su cargo de forma eficaz. Por su parte, los abogados mantienen su deber profesional de poner todo su conocimiento y experticia a favor de su defendido, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias y penales³⁷.

1. Breve caracterización del defecto sustantivo. Reiteración de jurisprudencia³⁸.

3.2 La segunda hipótesis tiene lugar cuando la decisión judicial se apoya en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto “(i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional⁴⁰, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional⁴¹ o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”⁴²

3.3 En cuanto a la tercera motivación del defecto sustantivo, ha dicho la Corte que se configura excepcionalmente un defecto sustantivo cuando la opción hermenéutica escogida por el juez frente a un conjunto normativo resulta insostenible desde el punto de vista constitucional al “(i) entrar en conflicto con normas constitucionales; (ii) ser irrazonable, pues la arbitrariedad es incompatible con el respeto por el debido proceso; o (iii) devenir desproporcionada, al lesionar excesivamente los intereses de una de las partes, siempre que esa afectación ostente relevancia constitucional”⁴³. En todos los casos, atendiendo al carácter excepcional de la acción de tutela, para que proceda la acción de tutela por configurarse un defecto sustantivo, es preciso que la irregularidad comprobada sea capaz de modificar el sentido de la actuación judicial objeto de la acción de tutela.

1. Ausencia de motivación de la decisión judicial. Causal específica de procedibilidad de la tutela contra sentencias⁴⁴

4.1 En la sentencia C-590 de 2005, se estableció que la “decisión sin motivación”, como

causal que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura con “el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.”. Aunque inicialmente se había subsumido dentro de los supuestos del defecto sustantivo, la Corte consideró que la falta de razones que sustenten la decisión judicial es una vulneración del acceso a la justicia que tiene la entidad suficiente para ser considerada de forma independiente.

En un estado democrático de derecho, la motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial que contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. En este sentido, la sustentación de los fallos judiciales es un presupuesto para el ejercicio del derecho de contradicción, pues solo es posible oponerse eficazmente a una decisión jurisdiccional si sus argumentos son públicos y, por ende, susceptibles de refutación.

No obstante, el deber de motivar las decisiones judiciales no se agota en la posibilidad de contradicción. Para esta Corte, las personas que acceden a la administración de justicia tienen derecho a obtener decisiones razonadas. La argumentación judicial es una garantía procesal en sí misma, incluso si las decisiones no son objeto de impugnación. Por esta razón, es inadmisibles que los jueces se aparten de su obligación de sustentar y motivar las decisiones que toman, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber. Es deber de todos los jueces presentar las razones fácticas y jurídicas suficientes que lo llevan a adoptar una decisión judicial, so pena de desconocer el debido proceso.

4.2 En materia penal, una argumentación judicial suficiente cobra especial importancia. Para Ferrajoli, una de las garantías básicas que tiene quien se ve sometido a un proceso cuyo resultado puede ser la restricción de sus libertades básicas es que las actuaciones del juez se sometan a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. De ello depende, además, la validez de la sentencia y la legitimidad de la imputación penal. A su turno, el autor sostiene que estos atributos están estrechamente relacionados con que los actos jurisdiccionales penales sean fundados en motivaciones de hecho y de derecho: “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida <<con verdad>>, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica”⁴⁵. Esto es, un juicio fundamentado en

hipótesis acusatorias que sean “concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación (...)”⁴⁶.

4.3 Sobre esta causal, en la sentencia T-233 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) esta Corporación precisó lo siguiente:

“(...) la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”. (Subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, no le corresponde al juez de tutela establecer cuál debía haber sido la conclusión del juez después de un pormenorizado análisis de todos los anteriores elementos fácticos y jurídicos presentes en el proceso, pero si es su obligación proteger al ciudadano cuando encuentra que la providencia atacada tiene un grave déficit de análisis y motivación, so pena de dejarlo indefenso frente a punitivas arbitrarias.

1. Breve caracterización del defecto fáctico⁴⁷. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 El defecto fáctico se produce cuando el juez toma una decisión sin que los hechos del caso se hallen subsumidos adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina⁴⁸ como consecuencia de una omisión en el decreto⁴⁹ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios. En todos los supuestos, la prueba objeto de debate debe ser trascendente, en el sentido de que su inclusión o exclusión del trámite judicial enjuiciado sea de tal entidad que pueda cambiar el sentido de la

decisión.

5.2 Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva⁵⁰, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello⁵¹; como en una dimensión negativa⁵², por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en la ausencia del decreto de pruebas de carácter esencial⁵³.

5.3 El fundamento de la intervención del juez constitucional en estos casos radica en que, a pesar de las amplias facultades discrecionales que posee el juez natural para decretar pruebas y analizar el material probatorio recaudado, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. Cuando no lo hace, valorando arbitraria, irracional y caprichosamente la prueba, o adoptando una decisión carente de todo fundamento probatorio, desconoce los principios ínsitos a la administración de justicia y viola derechos fundamentales susceptibles de protección a través de la acción de tutela⁵⁴.

5.4 En lo que tiene que ver con el defecto fáctico por la ausencia del decreto y práctica de pruebas, ha dicho la Corte que se trata de una hipótesis “que se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido”. Así, el defecto fáctico por omisión en la práctica de una prueba se configura cuando se demuestra que la negativa a decretar y/o práctica una prueba es injustificada, pues es evidente que su traída al proceso era pertinente, conducente⁵⁵ y legal⁵⁶; y que la prueba dejada de incorporar tenía la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo⁵⁷.

1. El caso en concreto.

6.1 Requisitos generales de procedibilidad.

i. Relevancia constitucional.

El asunto bajo examen tiene relevancia constitucional por cuanto los defectos expuestos por los apoderados del accionante contra las decisiones adoptadas dentro del proceso penal por estafa que dio lugar a la condena del señor Salvador Frieri Gallo, guardan relación con la garantía del debido proceso que, en este caso, adquiere especial importancia por cuanto se trata de un juicio penal que culminó con la imposición de la pena de prisión. Así las cosas, es la libertad personal del accionante y su derecho a la presunción de inocencia las que se ven comprometidas con la posible configuración de las alegadas violaciones al debido proceso en virtud del proceso o del pronunciamiento judicial.

La decisión condenatoria en contra de Salvador Frieri Gallo quedó en firme en primera instancia pues sus defensores no sustentaron en tiempo el recurso de apelación. Contra esta decisión no cabe el recurso extraordinario de casación, pues de acuerdo con el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal mediante el cual se adelantó el proceso (Ley 600/00), este solo procede contra ciertas sentencias proferidas en segunda instancia; ni tampoco la acción de revisión, puesto que los argumentos alegados por los apoderados del accionante no se enmarcan en ninguna de las causales previstas en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000. De este modo, la presente acción de tutela no se instaura como un mecanismo alternativo ni complementario respecto de otros mecanismos penales ordinarios o extraordinarios actualmente existentes.

Podría argumentarse, sin embargo, que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad en la medida en que el accionante dejó de agotar los medios de defensa judicial a los que razonablemente podía acceder. De acuerdo con este argumento, el actor estaría acudiendo a la tutela como una tercera instancia judicial. Pero los apoderados del accionante afirman que la ausencia de sustentación oportuna de los recursos pertinentes obedece a que el actor no tuvo defensa técnica. Este es una acusación que la Sala no puede evaluar desde ya, sino que debe abordar luego de un análisis minucioso de fondo en relación con la configuración de la causal genérica de ausencia de defensa técnica. Así las cosas, no puede exigírsele desde ya al accionante haber presentado todos y cada uno de los recursos que pudieron emplearse en el proceso, máxime cuando esta falencia pudo haber constituido una vulneración de sus derechos fundamentales.

Atendiendo a esta razón, la Sala estima que la presente acción de tutela no desconoce el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, y avanzará en el estudio de los demás requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

i. Inmediatez.

El fallo condenatorio contra Salvador Frieri Gallo fue adoptado el 19 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto. Sin embargo, el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio del accionante fue proferido el 7 de diciembre de 2010 y la demanda de tutela sub examine fue admitida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 6 de mayo de 2011. Esto es, cinco meses después de ejecutoriada la decisión de primera instancia. Para la Sala, este tiempo es razonable y atiende al carácter inmediato de la protección que caracteriza el amparo constitucional.

i. Incidencia de la irregularidad procesal en la decisión vulneratoria de los derechos fundamentales.

Las irregularidades procesales que alegan los apoderados de Salvador Frieri Gallo pudieron tener una incidencia significativa en las decisiones adoptadas dentro de la fase de investigación y la fase de juicio adelantada en su contra por el delito de estafa, pues la alegada ausencia de defensa técnica y las irregularidades en las notificaciones pudieron haber sido un obstáculo insalvable para que el accionante pidiera pruebas favorables a su causa, que contradijera las presentadas por el denunciante e impugnara las decisiones pertinentes dentro del proceso. Así las cosas, de probarse la existencia de estas irregularidades y de comprobar que constituyen un defecto procedimental, se llegaría a la conclusión de que ellas fueron uno de los factores determinantes en la condena penal.

i. Identificación de los hechos que generan la violación y manifestación de los mismos al interior del proceso judicial.

El accionante expuso con claridad, y en varias oportunidades dentro del trámite de la acción de tutela, cuáles son los procedimientos y normas que, a su juicio, no fueron aplicados a cabalidad en el proceso penal; las pruebas que considera debieron practicarse durante el trámite, y las conductas aparentemente negligentes de sus defensores. En este sentido, cumple plenamente el requisito.

i. Controversia sobre un fallo que no sea de tutela.

Las providencias que se consideran violatorias de los derechos fundamentales se produjeron dentro del trámite de un proceso penal adelantado por el delito de estafa y no como resultado de la acción de tutela.

Acreditados todos los requisitos formales de procedibilidad, corresponde a la Sala abordar el estudio de fondo de la acción de tutela para determinar si se configura alguna causal específica de la tutela contra sentencias.

6.2 Examen de los presuntos defectos configurados a lo largo del proceso penal adelantado contra Salvador Frieri Gallo.

6.2.1 De acuerdo con la demanda de tutela y los escritos allegados por los apoderados del accionante, el proceso penal sometido al examen de la Corte debería ser anulado en su totalidad por cuanto Salvador Frieri Gallo no pudo ejercer efectivamente sus derechos fundamentales a la defensa y a la contradicción. A su juicio, esto ocurrió porque la Fiscalía y las autoridades judiciales accionadas notificaron de forma incorrecta a los defensores las providencias más importantes dentro del proceso, obstaculizando así el ejercicio del cargo; y porque, de todas formas, los abogados de confianza y el abogado de oficio ejercieron una defensa apenas formal.

6.2.2 La Sala encuentra que luego de que el 19 de junio de 2000 el señor Luis Armando de Vivo García interpusiera la denuncia contra el accionante, el señor Salvador Frieri Gallo tuvo conocimiento del proceso y, en razón de ello, compareció personalmente a la diligencia de indagatoria. Desde entonces, el actor estuvo acompañado por dos abogados de confianza y un defensor público. Inicialmente, durante la etapa de investigación contó con la asesoría de

un abogado de confianza nombrado por él, llamado Gaspar Hernández Caamaño. Luego, en la etapa del juicio fue designado por el apoderado general y hermano del actor Arturo Rafael Frieri Gallo, el defensor de confianza Jorge Luis Torres Castro y, finalmente, el proceso concluyó con la actuación del defensor de oficio, Jaime Salazar Quintero, asignado por el Estado ante la falta de actividad del señor Torres.

Teniendo en cuenta que el actor tuvo conocimiento personal de la iniciación de un proceso penal en su contra, que contó con profesionales del derecho que defendieran su causa, y que estos tuvieron la oportunidad de intervenir en distintas partes del proceso, a continuación se hará una breve reseña de las comunicaciones enviadas y de sus actuaciones, con el objeto de examinar si existieron irregularidades que puedan ser consideradas como violaciones de los derechos fundamentales del accionante:

6.2.3 Etapa de investigación.

6.2.3.1 Salvador Frieri Gallo designó personalmente como abogado de confianza al señor Gaspar Hernández Caamaño, y junto con él asistió a la diligencia de indagatoria, el 10 de abril de 2001. En esta oportunidad, el abogado expresó que su dirección de notificaciones era la Calle 40 No. 44-39 Oficina 5D, teléfono 3407780 de la ciudad de Barranquilla, datos que son idénticos a los que aparecen en el membrete de las hojas en las que el abogado se dirigió a la Fiscalía accionada durante el inicio del proceso. Una revisión de todas las actuaciones surtidas en esta etapa, permite constatar que al señor Gaspar Hernández Caamaño le fueron enviadas todas las comunicaciones a la dirección anotada, con el fin de que se notificara de la resolución de constitución de parte civil en el proceso⁵⁸, la resolución de cierre de la investigación⁵⁹, y la resolución de acusación proferida contra el actor⁶⁰.

6.2.3.2 El abogado Gaspar Hernández Caamaño no solicitó la práctica de pruebas ni presentó alegatos de conclusión al cierre de la investigación. Interpuso oportunamente el recurso de apelación pero no lo sustentó, venciendo el término para hacerlo el 4 de febrero de 2005.

6.2.3.3 El abogado Jorge Luis Torres Castro sustentó el 3 de febrero de 2005 el recurso de apelación contra la resolución de acusación, e informó que su abogado suplente sería el señor Eliécer Mendoza Cáceres. Sin embargo, no aparece en el expediente que el poder especial otorgado para efectos de la defensa por el hermano del accionante haya sido radicado oportunamente en el juzgado⁶¹.

6.2.3.4 Mediante auto del 5 de octubre de 2005, la Fiscalía 36 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito declaró desierto el recurso de apelación por no haber sido sustentado oportunamente. Además, decidió no reconocer personería jurídica al abogado Jorge Luis Torres Castro ni a su abogado suplente, por cuanto el número de identificación del apoderado general -y hermano- del procesado, era distinto en los diferentes documentos allegados. Para comunicarle esta decisión, la Fiscalía envió telegrama a la dirección del abogado Gaspar Hernández, y notificó por estado a las demás partes⁶².

6.2.4 Etapa de juicio.

6.2.4.1 El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla notificó a la dirección anotada del abogado de confianza Gaspar Hernández Caamaño, la decisión de dar inicio al término de traslado dispuesto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 a partir del 23 de junio de 2006. También comunicó la citación a la audiencia preparatoria decretada para resolver la solicitud del levantamiento de medidas cautelares sobre el inmueble elevada por el abogado de la parte civil⁶³, así como las decisiones adoptadas sobre este punto en la audiencia preparatoria⁶⁴. Finalmente, el 25 de abril de 2008 recibió una comunicación del señor Gaspar Hernández Caamaño, manifestando su renuncia a la defensa del actor.

6.2.4.2 El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla se dio cuenta que no había decidido sobre una nueva solicitud radicada el 22 de agosto de 2006 por Jorge Luis Torres Castro con el objeto de ser reconocido como abogado de confianza de Salvador Frieri Gallo. Por esta razón, el 22 de mayo de 2008 decidió “decretar la nulidad de todo lo actuado a partir inclusive de la diligencia de audiencia preparatoria, debiéndose rehacer la actuación declarada nula”⁶⁵, y ordenó reconocer personería jurídica al abogado Torres Castro. El Juzgado no notificó personalmente de esta decisión al señor Torres Castro, pero fijó estado para notificar a todas las partes⁶⁶. Posteriormente, el 27 de mayo de 2008 le comunicó al defensor Torres Castro la fecha de la nueva audiencia preparatoria a la dirección Centro Calle Román No. 5-21 Piso 2 Altos Discos (Cartagena - Colombia)⁶⁷, que aparece en el papel membrete que empleó el defensor dentro del proceso⁶⁸. Aunque el apoderado no acudió en dicha oportunidad, se le envió comunicación en la que quedaba claro que se adelantaría la diligencia de audiencia pública de juzgamiento el 12 de agosto de 2008⁶⁹.

6.2.4.3 La diligencia programada para dicha fecha fue aplazada para el 2 de diciembre de

2009 puesto que no asistió el defensor Torres Castro. Atendiendo a ello el despacho ordenó: “hacerle saber al procesado y al abogado que en caso de no comparecer se designará defensor de oficio”⁷⁰. Pero como en esa oportunidad tampoco se presentó el abogado, el juez decidió designar como defensor de oficio al señor Jaime Rafael Salazar Quintero y volvió a fijar fecha para la audiencia⁷¹. Esta decisión fue comunicada al señor Torres Castro⁷².

6.2.4.4 Luego de otros aplazamientos de la audiencia, y frente al silencio del abogado de confianza, esta se llevó a cabo el 13 de mayo del 2010 con la presencia del defensor de oficio Jaime Rafael Salazar Quintero. La intervención del abogado durante la diligencia se orientó a señalar que los incumplimientos contractuales cuya constatación se deriva de las pruebas aportadas no constituyen un delito, comoquiera que no se demostró que el procesado hubiera empleado engaños para inducir a la estafa ni que hubiera obtenido provecho ilícito a partir de ello. Manifestó que las pruebas obrantes solo se refieren a los apartamentos que se encontraban embargados, pero que nada se probó en relación con la entrega de los demás bienes prometidos en permuta. A partir de ello, concluyó que es posible que la empresa del denunciante haya recibido el cumplimiento de buena parte de las obligaciones contraídas en la permuta y que, por ello, no puede endilgársele al demandado el hecho de haber querido estafar al permutante⁷³.

6.2.4.5 Finalmente, el 10 de noviembre de 2010 el defensor de oficio fue notificado personalmente del fallo condenatorio de primera instancia. Este interpuso recurso de apelación, pero no lo sustentó⁷⁴.

6.2.5 Ausencia de vulneración del debido proceso por indebida notificación.

6.2.5.1 El recuento hecho hasta aquí permite concluir a la Sala que no se presentaron irregularidades en las notificaciones hechas a los defensores del accionante. En efecto, al abogado de confianza Hernández Caamaño se le envió comunicación de todas las actuaciones hechas en el proceso hasta la fecha en que presentó su renuncia, y ellas fueron dirigidas a la dirección correcta, según los datos presentados por él. Lo mismo ocurrió con el defensor de oficio, el señor Salazar Quintero, desde el momento en que se posesionó en su cargo.

6.2.5.2 Mayor análisis exigen las notificaciones hechas al abogado Jorge Luis Torres Castro, por cuanto los apoderados del accionante en el trámite de tutela afirman que se desconoció

el procedimiento, ya que no se le notificó la resolución de acusación pese a que, antes de que ella fuera proferida, el abogado había presentado poder para representar a Frieri Gallo.

Es cierto que el señor Jorge Luis Torres Castro no fue notificado de la resolución de acusación. Pero, para la Sala, ello no contraviene el procedimiento, puesto que la Fiscalía encargada no había reconocido personería jurídica a este abogado para el momento en que se dictó la providencia y luego, cuando estudió el asunto, de forma acertada advirtió errores en el poder especial que impedían legitimar al abogado para representar a Salvador Frieri Gallo. Así las cosas, la Fiscalía no tenía el deber legal de notificarle a Torres Castro la resolución de acusación. Esta situación tampoco violó el derecho a contradecir la resolución de acusación, pues el abogado Gaspar Hernández no había renunciado a su poder y, por tanto, tenía plena facultad para interponer los recursos pertinentes. De hecho, el señor Hernández se notificó personalmente de la resolución e interpuso contra ella el recurso de apelación. No obstante, no lo sustentó oportunamente.

Cosa distinta ocurrió con la falta de reconocimiento de personería jurídica al abogado Torres Castro en la fase del juicio. En ese momento el poder había sido subsanado y, sin embargo, el Juzgado accionado siguió dirigiendo las comunicaciones a Gaspar Hernández. A juicio de la Sala esta omisión sí constituye una irregularidad significativa. Sin embargo, ella fue solucionada dentro del mismo proceso ya que el Juzgado anuló las actuaciones realizadas sin el reconocimiento del abogado y reanudó el trámite notificándolo al abogado correcto. Por tanto, esta situación tampoco puede ser considerada como un desconocimiento absoluto del procedimiento que afecte los derechos fundamentales del accionante.

6.2.5.3 Resta aclarar que la dirección a la cual se le enviaron las notificaciones al abogado Jorge Luis Torres Castro corresponde efectivamente a una dirección asociada a su ejercicio profesional, pues es la que aparece consignada en el papel membreteado que emplea el abogado. No era imperativo para el Juzgado, como afirman los apoderados del actor en tutela, notificar a Torres Castro en la dirección anunciada por el defensor suplente Eliécer Mendoza, comoquiera que dicho dato fue introducido en el primer poder otorgado al defensor Torres Castro, el cual no fue admitido dentro del proceso. En la segunda oportunidad, el abogado Torres Castro no indicó al Juzgado que Eliécer Mendoza obraría como suplente en la defensa y, por lo tanto, esta autoridad no debía tener en cuenta la dirección de notificaciones aportada por éste último dentro del proceso.

6.2.5.4 Para finalizar, tampoco asiste razón a los apoderados del actor en cuanto a que se desconoció absolutamente el procedimiento porque las actuaciones surtidas durante la etapa del juicio fueron notificadas simultáneamente al apoderado de confianza y al abogado de oficio, o porque no se notificó personalmente a Salvador Frieri Gallo la resolución de acusación. En ambos casos, la Sala encuentra que ninguna de las dos situaciones desconoció la normatividad en materia de notificaciones (Art. 176 y ss. de la Ley 600/00), y tampoco impidió que el accionante ejerciera su derecho a la contradicción y a la defensa pues, en ambos casos, las actuaciones correspondientes se comunicaron efectivamente al defensor reconocido del actor, de modo que este podía interponer los recursos a los que hubiera lugar.

6.2.6 Ausencia de vulneración del debido proceso por carencia de defensa técnica.

6.2.6.1 En cuanto tiene que ver con el derecho a contar con un abogado de confianza o de oficio que defendiera de forma idónea y efectiva los intereses del señor Frieri Gallo, advierte la Sala que desde el punto de vista formal es incuestionable que la sentencia no incurrió en un defecto por ausencia de defensa técnica. Por el contrario, a partir de la diligencia de indagatoria el mismo accionante pudo elegir a su defensor, Gaspar Hernández Caamaño. Posteriormente se reconoció la participación del abogado de confianza Jorge Luis Torres Castro, escogido para estos efectos por el hermano del accionante; y, aunque este profesional nunca presentó su renuncia al cargo, por su ausencia reiterada el Juez decidió nombrar de forma simultánea un defensor de oficio para culminar la etapa del juicio: Jaime Rafael Salazar Quintero. Así las cosas, el actor contó con dos defensores de confianza y uno de oficio que trabajaron al servicio de sus intereses desde la apertura de la investigación hasta que quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria.

6.2.6.2 No obstante, los apoderados del señor Frieri Gallo sostienen que la actuación de los tres defensores fue meramente formal. En su concepto, el accionante no tuvo defensa técnica material pues los abogados dejaron de pedir pruebas, controvertir las obrantes en el proceso, y omitieron impugnar las decisiones más importantes, dando lugar a la condena penal. Teniendo en cuenta esta acusación, debe la Sala entrar a examinar los requisitos previstos en la jurisprudencia sobre el defecto por ausencia de defensa material (ver supra 2.6.2 y 2.6.3).

En primer lugar, la Sala observa que asiste razón a los apoderados en tutela del señor Frieri Gallo al sostener que los abogados Hernández Caamaño y Torres Castro ejercieron su cargo de forma deficiente, pues más allá de las pruebas presentadas por el accionante durante la diligencia de indagatoria, se abstuvieron de solicitar cualquier otra tendiente a demostrar la inocencia de su poderdante. No presentaron alegatos al término de las etapas de investigación o de juicio; y aunque Hernández Caamaño anunció que apelaría la resolución de acusación, dejó que venciera el término procesal sin sustentar el recurso. Tampoco se pronunciaron los abogados sobre las solicitudes hechas por el apoderado de la parte civil y de otros terceros intervinientes en el proceso; y después del incidente de nulidad que dio lugar al reconocimiento del abogado Torres Castro, éste se abstuvo de comparecer a las diligencias a las que se le citaron.

En sentido contrario, en concepto de esta Sala el abogado de oficio designado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla cumplió en cuanto pudo con las obligaciones de su cargo, pues acudió a la audiencia pública de juzgamiento de Salvador Frieri Gallo e intervino en ella a favor de la absolución del actor. Para ello hizo un análisis de las pruebas obrantes en el expediente y de la ausencia de configuración de los elementos de la estafa en la conducta enjuiciada. En gracia de discusión, el único desacierto de este abogado pudo haber sido anunciar que interpondría recurso de apelación contra la sentencia y no sustentarlo. Sin embargo, bien pudo haber sido una decisión deliberada teniendo en cuenta la ausencia de mayores elementos para procurar la absolución de Frieri Gallo.

6.2.6.3 En segundo lugar, la Sala considera que tienen razón los apoderados del actor al señalar que (i) las fallas de los abogados de confianza no pudieron haber tenido como fundamento la estrategia de defensa de su prohijado, pues se trató de simples omisiones de actuaciones procesales que no fueron seguidas por otras actividades o decisiones que las justificaran.

No obstante, aun cuando las mencionadas deficiencias no fueron el resultado del propósito del accionante de evadir la justicia, la Sala considera que sí le son imputables a Frieri Gallo (ii). Éste comerciante, que tuvo acceso a estudios universitarios y que tiene solvencia económica suficiente relacionada con su labor directiva o su relación con los cargos directivos de una empresa⁷⁵, tuvo conocimiento pleno y oportuno de las acusaciones que contra él se elevaron, al punto que acudió personalmente a la diligencia de indagatoria. Sin

embargo, la Sala no observa que posteriormente haya vuelto a intervenir en el proceso con el propósito de promover su propia defensa o de frenar la evidente inactividad de sus defensores.

De la lectura del expediente penal se advierte que luego de la diligencia de indagatoria, Frieri Gallo viajó fuera del país y dejó el proceso judicial a cargo de su hermano. Nótese al respecto que en el expediente de tutela ni siquiera se sugiere que pese al viaje el accionante haya seguido al tanto del curso de la acción penal.

Luego, su hermano y apoderado general -quizá tomando en consideración las omisiones de Gaspar Hernández Caamaño-, tomó en su nombre la decisión de cambiar de abogado de confianza. Pero no lo hizo correctamente y, por ende, no fue reconocido dentro del proceso. Para la Sala, este es un error imputable solo a su apoderado general y, por virtud del mandato, al mismo Frieri Gallo, pues se trata de una falla que pudo ser fácilmente evitada y corregida por ellos, aún sin conocimientos jurídicos especializados.

Posteriormente, pese a que Frieri Gallo y su apoderado general habían podido ver la ineficiencia del primer defensor y tenían suficientes herramientas para entender las consecuencias que ello trajo (ya que se profirió resolución de acusación en su contra), dejaron de actuar frente a la ausencia de comparecencia del nuevo abogado, abandonando su interés de protección hasta el final del juicio. Solo después de ejecutoriada la sentencia, el actor tomó decisiones sobre su asunto y advirtió los errores de sus defensores, contratando otros para que lo representaran en el trámite de la acción de tutela. Con todo, el actor no presentó ninguna justificación ante la Corte sobre su propia inactividad. Por esto, su silencio durante el proceso es solo comparable con la de sus propios defensores.

Recuerda la Sala que la acción de tutela no puede ser empleada como una tercera instancia dentro de los procesos judiciales ni es el escenario adecuado para corregir los errores del litigio. En este contexto, pese a que las actuaciones de los abogados de confianza son reprochables, no invalidan la actuación penal ya que el señor Frieri Gallo tuvo la oportunidad de conocer el proceso, de elegir a sus propios defensores y de hacer seguimiento a los resultados del trámite, incluso adelantando acciones que frenaran su cauce desfavorable. Por su parte, las autoridades investigativas y judiciales se abstuvieron de adelantar conductas que entorpecieran el ejercicio material de la defensa de los abogados de confianza. En este

orden de ideas, incluso si se llegara a la conclusión de que las actuaciones de los apoderados de Frieri Gallo fue inadecuada, sus consecuencias solo pueden ser analizadas en escenarios judiciales diferentes al del amparo constitucional.

6.2.6.4 Valga decir, por último, que del material probatorio valorado por la Sala no es posible deducir con certeza que la falta de defensa material haya sido determinante en los resultados de la decisión judicial (iii). Aunque es evidente que un ejercicio probatorio y argumentativo realizado con mayor rigor de parte de los abogados había podido brindar más elementos al juez en relación con la inocencia del inculpado, lo cierto es que del expediente penal y del expediente de tutela no se deriva con claridad que una mayor intervención de los defensores hubiera sido determinante para modificar la decisión del juez, pues no se advierte cuáles son las pruebas, las actuaciones o los argumentos que, de haber sido expuestas por los abogados hubieran llevado a establecer la inocencia del señor Frieri Gallo.

6.2.7 De este modo, la Sala concluye que la administración de justicia no desconoció las garantías procedimentales que alegaron los apoderados del accionante ocurrieron en el proceso penal adelantado en contra del señor Frieri Gallo. Para la Sala, el procedimiento adelantado en materia de notificaciones no impidió que el actor y sus abogados tuvieran conocimiento del proceso, así como tampoco restringió las oportunidades de ejercer el derecho de contradicción. Además, si bien se comprobó que los abogados omitieron llevar a cabo algunas actuaciones importantes dentro del proceso, se estableció que ello no puede ser considerado como una vulneración del derecho del accionante a contar con una defensa técnica material, ya que el actor contó con abogados de confianza durante todo el trámite, y con un abogado de oficio adicional al final del mismo. Todos tuvieron las condiciones necesarias para garantizar su defensa material, al tiempo que el procesado tuvo la posibilidad constante de conocer del trámite de la acción penal.

Pero habiendo constatado que el proceso judicial adelantado en contra del señor Frieri Gallo garantizó su derecho a contar con defensa técnica, la Sala no puede dejar de advertir que los apoderados del accionante identificaron de forma suficiente desde el principio del trámite de la tutela que posiblemente el juez, ya no al conducir el proceso sino al proferir la sentencia condenatoria, incurrió en un defecto fáctico y en un defecto por ausencia de motivación. Teniendo en cuenta la razonabilidad de su duda en relación con la consistencia de la defensa

con la cual contó, y el profundo efecto que la posible vulneración de los derechos fundamentales tiene para el accionante, ya que fue condenado a una pena que restringe su libertad personal, en lo que sigue la Sala abordará el análisis en las acusaciones elevadas particularmente contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto.

1. Examen de los presuntos defectos en los que incurrió la sentencia condenatoria del 19 de octubre de 2010.

7.1 Los apoderados sostienen que la decisión judicial adoptada el 19 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto, a través de la cual se condenó a pena de prisión y multa al señor Frieri Gallo por el delito de estafa agravada por la cuantía, incurrió en dos defectos. Primero, un defecto sustantivo porque el accionante “fue condenado sin que se probaran todos los elementos del tipo penal del delito de estafa agravada, tanto los objetivos como los subjetivos”. Segundo, un defecto fáctico ya que (i) no se intentó recaudar pruebas favorables al accionante, pese a que en el caso aparecían varias dudas en relación con su culpabilidad; (ii) no se decretaron pruebas testimoniales valiéndose de los nombres de personas que fueron aportados por él mismo durante la diligencia de indagatoria; y (iii) se omitió la solicitud de pruebas documentales que permitían comprobar el cumplimiento de algunas de las obligaciones pactadas.

7.2 Como se anunció desde el principio de esta providencia, la Sala encuentra que si bien los apoderados del accionante plantean que lo primero podría configurar un defecto sustantivo, el centro de la acusación planteada no tiene que ver con una discusión en torno al irrazonable alcance e interpretación que el juez le dio al artículo que contempla el delito de estafa, así como tampoco está relacionado con la aplicación de una norma evidentemente inaplicable al caso concreto por ser inconstitucional, carente de vigencia o impertinente de forma absoluta en relación con los supuestos fácticos.

Más bien, lo que los peticionarios afirman es que la decisión del Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla fue tomada sin considerar que los elementos del tipo penal de estafa no estaban justificados para el caso particular de Frieri Gallo, algunos porque no fueron abordados y otros porque fueron apenas nombrados sin ser apoyados por una argumentación

que llevara a la conclusión de que los hechos efectivamente se subsumen en los supuestos normativos del delito de estafa. En concepto de esta Sala, esto significa que las acusaciones hechas por los apoderados del accionante en tutela pueden configurar la causal de decisión sin motivación. Por ello, aplicará las reglas relativas a este asunto y no las referidas al defecto sustantivo. No debe perderse de vista, en todo caso, que no existe un límite indivisible entre las causales genéricas de la tutela contra providencias judiciales y que la ocurrencia de alguna de ellas puede aparejar la configuración de otras cercanas.

7.3 La sentencia condenatoria sub examine carece de suficiente motivación.

7.3.1 Los apoderados del accionante manifestaron que la decisión judicial objeto de examen vulneró los derechos fundamentales del señor Frieri Gallo, toda vez que lo condenó sin que se hubieran probado de forma suficiente los supuestos fácticos y jurídicos del delito de estafa en el caso puesto bajo su conocimiento. Específicamente, indicaron que el juez no señaló las pruebas y los razonamientos que le llevaron a concluir que Frieri Gallo había empleado artificios idóneos para inducir en error al denunciante al momento de realizar el negocio de permuta, así como tampoco manifestó nada en relación con el carácter doloso de la conducta ni con el monto de los perjuicios causados.

7.3.2 Con el propósito de estudiar estas afirmaciones, debe comenzar la Sala por recordar que el artículo 356 del Decreto Ley 100 de 1980, norma aplicable al momento de la comisión de los hechos, tipificó el delito de estafa en los siguientes términos:

“ESTAFA. El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a diez años y multa de un mil a quinientos mil pesos. // En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado”.

Conforme a ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido desde hace varias décadas que el delito de estafa comprende los siguientes elementos, que deben estar presentes de forma concurrente:

“(i) el empleo, por parte del sujeto activo de la conducta, de maniobras artificiosas susceptibles de engañar o hacer incurrir en error, (ii) la inducción en error en el sujeto pasivo de tal comportamiento, (iii) el consecuente perjuicio en el patrimonio económico de la víctima y (iv) la obtención como resultado de un provecho ilícito”⁷⁶.

Este texto normativo y el alcance dado a la norma por la Corte Suprema de Justicia, implican que una sentencia condenatoria por el delito de estafa debe tener, por lo menos, una motivación suficiente en relación con las pruebas de los hechos que componen cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, y la adecuación típica de estos hechos a las exigencias normativas que comporta cada uno de los mencionados elementos. No obstante, la Sala encuentra que al menos en dos de los aspectos señalados por los accionantes la sentencia en cuestión carece la mínima justificación.

7.3.4 La sentencia proferida contra el accionante por el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto menciona acertadamente las normas que prohíben la estafa, el desarrollo de la actuación procesal y las pruebas recaudadas durante el proceso. Pese a ello, en cuanto entra a ocuparse de los argumentos en que ha de fundarse la decisión, su análisis sobre la tipicidad se limita a señalar lo siguiente:

“De las pruebas anteriormente relacionadas tenemos que respecto a SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO en efecto se reúnen los elementos materiales del tipo de estafa, con la denuncia presentada por el señor LUIS ARMANDO DE VIVO GARCÍA en calidad de representante de LA EMPRESA INVERSIONES DE VIVO, donde da cuenta de los hechos delatados, con el contrato de permuta en el cual el señor SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO, entregaría unos predios y a cambio recibiría otro predio según denuncia instaurada por la víctima.

En su diligencia de indagatoria del señor SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO, este no refuta lo dicho por la víctima y solo resalta que le extraña que después de 5 años lo vengán a reclamar.

Sobre lo anterior no aportó elementos que pudieran desvirtuar lo dicho por el denunciante.

Consta en autos que el aquí procesado SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO, es decir que constituye un hecho cierto y probado de conformidad con las pruebas allegadas y

recaudadas en la presente investigación penal, que los hoy procesad (sic) mantuvo en error a la víctima para obtener un provecho propio para sí mismos.

Conforme a la denuncia presentada por el señor LUIS ARMANDO DE VIVO GARCÍA en calidad de representante de LA EMPRESA INVERSIONES DE VIVO y las pruebas recaudadas en la presente investigación penal se puede colegir con certeza la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado en los mismos desde todo punto de vista probatorio.

En el plenario emerge con suficiente claridad que el sindicado estafó a LA EMPRESA INVERSIONES DE VIVO LTDA, valiéndose de maniobras engañosas y abuso de la buena fe del mismo desde el momento en que el hoy enjuiciado señor SALVADOR VICENTE FRIERI GALLO, celebró el contrato de permuta en el cual se comprometía a entregar lo dicho en dicho contrato y por estar probada la realización de la conducta y la responsabilidad del procesado en la comisión de esta (...)” (subrayas fuera del texto)

Como puede observarse, el texto transcrito -que constituye el centro de la argumentación del despacho accionado- abunda en afirmaciones retóricas y repetidas dirigidas a enfatizar que las pruebas obrantes en el proceso demuestran, sin lugar a dudas, que el accionante cometió la estafa. Sin embargo, no se advierte un razonamiento explícito en torno al mérito que tienen las pruebas que mencionó, como son el contrato de permuta y el testimonio del denunciante, quien tiene interés en el asunto. Tampoco existe justificación siquiera sucinta del motivo por el cual el juzgado se abstiene de dar valor a otras pruebas puestas a su conocimiento en el proceso, tales como el memorial firmado por el accionante en el que autoriza a poner a nombre del hijo del denunciante los apartamentos objeto del proceso, o los certificados de libertad y tradición de los bienes inmuebles.

Igual insuficiencia se detecta en la sentencia cuando señala de qué modo los supuestos fácticos que estima probados se subsumen en los supuestos normativos que configuran la estafa. Específicamente no observa la Sala que la sentencia no explica, ni siquiera de forma sintética, que llevó al juez a la certeza en relación con la existencia de artificios idóneos para hacer incurrir en error al denunciante. La providencia se limita a hacer uso de expresiones tales como “maniobras engañosas” y “abuso de la buena fe” del denunciante, pero ellas no son acompañadas de argumentos que establezcan por qué debía considerarse que la firma del contrato de permuta y su incumplimiento constituyeron una maniobra idónea para

engañar al denunciante, y cómo puede afirmarse que este incurrió materialmente en error. La ausencia absoluta de argumentos sobre el punto se hace más clara cuando se advierte que la sentencia no enfrenta dos hechos de los que tuvo conocimiento, a saber, que el denunciante es un sujeto calificado por su experiencia en los negocios sobre bienes inmuebles y que, por tanto, podía verse librado de error frente a cualquier manifestación en el sentido de que los apartamentos estaban libres de gravámenes a través de la revisión de los certificados públicos de libertad y tradición.

De igual modo, la providencia despacha el asunto de la obtención de un provecho ilícito por parte del procesado y el correlativo perjuicio en el denunciante, aparentemente a partir de lo prometido en las cláusulas del contrato de permuta. Sin embargo, no hay un análisis expreso en relación con este punto, más allá de la mención genérica en torno a que el actor pretendía obtener un provecho propio, pues entregaría unos predios a cambio de otro.

7.3.5 Por su parte, en cuanto tiene que ver con el dolo, la sentencia indicó:

“(...) [D]e otra parte, el modus operandi puesto de presente a lo largo de esta providencia, deja ver no solo que conocían y querían llevar a cabo la acción comentada (dolo avalorado (sic) estudiado en la tipicidad subjetiva) sino además, que ésta viene prohibida (...)”

Para la Sala, dada la precariedad del examen previo, la mención que se hace al elemento subjetivo de la responsabilidad es insuficiente pues, de nuevo, no señala de forma expresa y a través de argumentos susceptibles de contradicción, cuál fue el modus operandi al qué se refiere y cómo puede sostenerse que el actor quería llevar a cabo la estafa. De este modo, la sentencia carece de argumentos para sostener que el actor tuvo un actuar doloso frente al denunciante.

7.3.6 En suma, la sentencia bajo examen adopta una decisión condenatoria en materia penal en contra del señor Salvador Frieri Gallo, pero lo hace sin presentar los argumentos jurídicos que le permitieron llegar a la convicción razonada en torno a la configuración de los elementos subjetivos y objetivos que hacen parte del delito de estafa, así como tampoco indica qué valor asignó al material probatorio recaudado, ni señala en qué medida las conductas probadas fueron adelantadas de modo doloso. La ausencia de motivos y de una valoración probatoria seria frente al examen de culpabilidad y tipicidad en el caso del señor Frieri Gallo, llevan a esta Sala a afirmar que la sentencia proferida por el Juzgado Segundo

Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto incurre en la causal genérica de decisión sin motivación.

7.3.8 Para la Sala, independientemente de la diligencia de la actuación del accionante y de la pérdida del derecho a contradecir la sentencia, por haber permitido que esta quedara en firme sin sustentar los recursos procedentes, el procesado tenía derecho a conocer las razones de hecho y de derecho por las cuales fue condenado a la pena de prisión, al pago de una multa y al pago de perjuicios. En la medida en que esto no fue garantizado, debe concluirse que el juez vulneró su derecho al debido proceso y desconoció el principio de estricta legalidad penal. Por esta razón, debe volver a proferir una sentencia que brinde al condenado explicaciones suficientes sobre las razones por las cuales fue sometido al poder punitivo del Estado. Este ejercicio de motivación no debe limitarse al caso concreto del accionante, sino que debe extenderse a todos los juicios penales que adelante el despacho, independientemente de la conducta específica que despliegue el procesado durante el mismo.

7.3.9 Dado que la consecuencia de la configuración de esta causal es suficiente para dejar sin efecto el fallo objeto de examen, la Sala considera innecesario adelantar el estudio sobre el defecto fáctico que los apoderados del señor Frieri Gallo manifiestan que afecta la sentencia.

7.3.10 De acuerdo con lo anterior, la Sala revocará parcialmente las decisiones de tutela adoptadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la referencia, en cuanto negaron de forma absoluta el amparo de los derechos fundamentales del señor Salvador Vicente Frieri Gallo.

En su lugar, declarará que la decisión adoptada el 19 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto, en la que se condenó a pena de prisión y multa al señor Frieri Gallo por el delito de estafa agravada por la cuantía, incurrió en la causal genérica relativa a la decisión sin motivación. Esta declaración implica que es improcedente la acción de tutela respecto del proceso penal adelantado por las autoridades accionadas en contra del señor Salvador Frieri Gallo por el delito de estafa agravada en la que manifestó ser víctima el señor Luis Armando de Vivo García.

En consecuencia, ordenará al Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, donde

actualmente reposa el proceso, o a quien corresponda de acuerdo con el reparto judicial, que dentro del término de 15 días siguientes contados a partir de la notificación de esta providencia, tal como lo prevé el artículo 410 de la Ley 600 200077, profiera sentencia de primera instancia en el proceso adelantado contra Salvador Frieri Gallo por el delito de estafa agravada, llevando a cabo un ejercicio de motivación suficiente en el que dé cuenta de: (i) el mérito probatorio de cada una de las pruebas recaudadas; (ii) el mérito del acervo probatorio considerado en su conjunto; (iii) la configuración o no de cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, tal como está consagrado en el Código Penal, así como el carácter concurrente de los elementos, conforme a la jurisprudencia y la doctrina vigente en la materia; (iv) las razones que llevan a establecer la agravación por la cuantía y (v) la sustentación del monto de la indemnización de perjuicios.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso por la Sala Novena de Revisión.

Segundo.- REVOCAR las sentencias de tutela proferidas la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de julio de 2011, y la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el 18 de mayo de 2011, que resolvieron negar por improcedente la acción de tutela promovida por Salvador Frieri Gallo contra los Juzgados Segundo y Sexto Penales del Circuito y la Fiscalía 36 Seccional, todos de Barranquilla.

Tercero.- En su lugar, CONCEDER la tutela a los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor Salvador Frieri Gallo solo en relación con la sentencia adoptada el 19 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto, en la que se le condenó a pena de prisión y multa por el delito de estafa agravada por la cuantía.

Cuarto.- DEJAR SIN EFECTO la decisión adoptada el 19 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla Adjunto, en la que se condenó a pena de prisión y multa al señor Frieri Gallo por el delito de estafa agravada por la cuantía.

Conforme a lo anterior, el Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, donde actualmente reposa el proceso, o a quien corresponda de acuerdo con el reparto judicial, deberá, dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, proferir sentencia de primera instancia en el proceso adelantado contra Salvador Frieri Gallo por el delito de estafa agravada.

Para ello, el juez debe tener en cuenta los parámetros fijados en el presente pronunciamiento y específicamente, debe pronunciarse de forma expresa y suficiente sobre los siguientes aspectos: (i) el mérito probatorio de cada una de las pruebas recaudadas; (ii) el mérito del acervo probatorio considerado en su conjunto; (iii) la configuración o no de cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, tal como está consagrado en el Código Penal, así como el carácter concurrente de los elementos, conforme a la jurisprudencia y la doctrina vigente en la materia; (iv) las razones que llevan a establecer la agravación por la cuantía y (v) la sustentación del monto de la indemnización de perjuicios.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Fls. 9 y 18 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

2 Fl. 34-40 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

3 Fl. 37 Cuaderno 1 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

4 Fl. 42 Cuaderno 1 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

5 Fl. 49 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

6 Fl. 79 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo

7 Fl. 124 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

8 Fl. 8 Escrito allegado por el apoderado del accionante el 10 de febrero de 2012.

9 Ibídem.

11 Fl. 92 Cuaderno 1 del expediente de tutela.

12 Ver la sentencia C-590/05 M.P Jaime Córdoba Triviño, que ahora se reitera. Para identificar la evolución de la tutela contra providencias judiciales ver las sentencias T-949/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-701/04 M.P Rodrigo Uprimny Yepes, T-771/03 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, T-462/03 M.P Eduardo Montealegre Lynett, T-441/03 M.P Eduardo Montealegre Lynett, T-1180/01 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-014/01 M.P Martha Victoria Sáchica, T-231/94 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, T-079/93 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, C-543/92 M.P José Gregorio Hernández Galindo y T-006/92 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 T-264/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

14 T-189/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

15 Como lo recuerda la sentencia T-606/04 M.P Rodrigo Uprimny Yepes, la definición de estos requisitos –tal y como la conocemos- aparece por primera vez en la sentencia T-441/03 M.P Eduardo Montealegre Lynett.

16 Ver Sentencia T-701 de 2004.

17 T-264/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

18 Esta caracterización general del defecto procedimental sigue principalmente la síntesis expuesta en la sentencia T-582/12 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

31 El artículo 8 sobre Garantías Judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. // 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; // b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; // c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; // e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor

dentro del plazo establecido por la ley; // f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; // g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y // h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. // 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. // 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. // 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (subrayas fuera del texto).

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

33 Sentencias T-450/11 M.P Humberto Sierra Porto y T-831/08 M.P Mauricio González.

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

35 Ver sentencia T-962/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández

36 Ver sentencia T-068/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil

37 Ver op. cit 32

38 En este aparte se sigue principalmente la síntesis hecha en la sentencia T-582/12 M.P Luis Ernesto Vargas Silva y la sentencia SU-399/12 M.P Humberto Sierra Porto.

39 T-462/03 M.P Eduardo Montealegre Lynett.

40 Ver sentencia SU-1722/00 M.P Jairo Charry Rivas. Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

41 Cfr., la sentencia C-984 de 1999 M.P Alfredo Beltrán Sierra.

42 Sentencias T-757/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-018/08 M.P Jaime Córdoba Triviño y SU-159/02 M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

43 T-351/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

44 En este aparte se seguirá principalmente la síntesis hecha en la sentencia T-302/08 M.P Jaime Córdoba Triviño. Sobre esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales ver también las sentencias T-709/10 M.P Jorge Iván Palacio; T-868/09 M.P Jorge Iván Palacio; T-592/00 M.P Alfredo Beltrán Sierra y T-069/99 M.P Martha Victoria Sáchica.

45 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

47 En este primer aparte se sigue principalmente la caracterización del defecto hecha en la sentencia T-590/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

48 Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-159 de 2002 M.P Manuel José Cepeda, se define el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”.

49 Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

50 Ver sentencias SU-159/02 M.P Manuel José Cepeda, T-538/94 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz y T-061/07 M.P Humberto Sierra Porto.

51 Ver sentencia SU-159/02 M.P Manuel José Cepeda.

52 Ver sentencias SU-159/02 M.P Manuel José Cepeda, T-567/98 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, T-244/97 M.P Alejandro Martínez Caballero, T-239/96 M.P Vladimiro Naranjo Mesa y T-442/94 M.P Antonio Barrera Carbonell.

53 Nuevamente, remite la Sala a la sentencia SU-159 de 2002 M.P Manuel José Cepeda.

54 Ver sentencia T-442/94 M.P Antonio Barrera Carbonell.

55 SU-132/02 M.P Álvaro Tafur Galvis.

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

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

58 Proferida el 25 de febrero de 2002. Fl. 45 y ss Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

59 Fl. 86 y 90 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

60 Fl. 102 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

61 Fl. 115 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

62 Fl. 147 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

63 Fl. 26 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

64 Fl. 34 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

65 Fl. 49 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

66 Fl. 54 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

67 Fl. 57 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

68 Fl. 122 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

69 Fl. 63 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

70 Fl. 67 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

71 Fl. 79 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

72 Fl. 80 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

73 Fl. 116 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

74 Fl. 131 Cuaderno 1 Expediente 2006-00025 contra Salvador Vicente Frieri Gallo.

75 Así lo manifestó el propio Frieri Gallo en la diligencia de indagatoria. Fl. 34 y 35 Cuaderno 1 del sumario 71.990 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Salvador Vicente Frieri Gallo

77 Régimen procesal bajo el cual fue juzgado el señor Salvador Frieri Gallo.