

Sentencia T-1055/06

DECLARACION DE NULIDAD PROCESAL EN MATERIA PENAL-Principios aplicables

PROCESO PENAL-Valor de los testimonios de menores

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

DERECHO DE DEFENSA TECNICA-Fue ejercida correctamente

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto las irregularidades procesales no afectan la sentencia condenatoria

Las irregularidades procesales cometidas en las diferentes etapas del proceso penal no afectan de manera determinante la sentencia condenatoria adoptada en contra del actor o el proceso penal al cual fue sometido, puesto que en el mejor de los casos, aceptando que había cambiado su residencia, para no calificar de desleal su comportamiento, los errores en las comunicaciones resultan intrascendentes.

Referencia: expediente T-1407473

Acción de tutela de Humberto Aristóbulo Vargas Martínez contra el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá y la Fiscalía 42 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la misma ciudad

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, NILSON PINILLA PINILLA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

que pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de abril de 2006 y el 11 de julio del mismo año, respectivamente, dentro de la acción de tutela incoada por Humberto Aristóbulo Vargas Martínez en contra del Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de

Bogotá y la Fiscalía 42 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Humberto Aristóbulo Vargas Martínez, fue condenado a 25 años de prisión, sin el beneficio de la condena de ejecución condicional, el 29 de enero de 1999, por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, como autor responsable del ilícito de homicidio del que fue víctima Mohamed Bello Tafur.

1.2. Durante los comicios del pasado 12 de marzo, cuando el accionante compareció a sufragar, fue capturado, en virtud de tal sentencia condenatoria.

1.3. Los testigos relataron que la muerte del joven Mohamed Bello Tafur se produjo la madrugada del 25 de diciembre de 1994, en cercanías de una tienda¹, entonces de propiedad del aquí accionante, ubicada en la Diagonal 49 No. 2 A - 17 Sur, sector Los Comuneros, del barrio Diana Turbay, después de una gresca entre un hijo del sentenciado y la víctima.

1.4. Igualmente, manifestaron los testigos que muy poco después de ocurrido el incidente el demandante cerró definitivamente la tienda: "...al otro día de los hechos la quitaron"² "...pintaron la casa de blanco y le cambiaron el color de las puertas"³ y el procesado

desapareció de los alrededores⁴.

1.5. La Fiscalía 42 de Delitos contra la Vida, delegada ante los Jueces Penales del Circuito, luego de contar con el informe del investigador del DAS, comisionado para recoger evidencias preliminares, el 29 de noviembre de 1995, libró orden de captura en contra del aquí accionante para efectos de indagatoria. En dicho informe se indicó como lugar de residencia del investigado, “la Cra. 2a A No. 49-73 Sur, sector Los Comuneros del Diana Turbay”, y se dijo, que “el negocio lo tenía en la Diagonal 49 No. 2A-17 Sur”⁵.

1.6. En la fotocopia de la orden de captura se observa un error mecanográfico al sobreponerse la letra “a” al número “4” por lo cual al dársele lectura, se advierte confusión y puede entenderse “CRA 24 No 49-73 SUR...” en lugar de “CRA. 2a No. 49-73 Sur Los Comuneros”⁶.

1.7. Después de que el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, rindiera informe sobre la imposibilidad de hacer efectiva la orden de captura⁷, el funcionario de conocimiento vinculó a la investigación, al entonces sindicado Humberto Aristóbulo Vargas Martínez, mediante declaración de persona ausente, el 6 de febrero de 1997.

1.8. La comunicación librada por la Secretaría de la Unidad Cuarta de Vida, para efectos de notificar la anterior determinación fue dirigida a la “CARRERA 24 # 49-73 SUR”, circunstancia que se repitió en las citaciones para notificación de la resolución que resolvió la situación jurídica, la de cierre de investigación y la de acusación.⁸

1.9. El Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de esta ciudad, al que correspondió conocer de la etapa de juicio del proceso en cuestión, citó al procesado para celebrar la audiencia

pública mediante comunicaciones libradas el 14 de mayo de 1998, a la “Cra. 2a. No. 49-73 Sur” y a la “Diagonal 49 No. 2 A-17 Sur”; igualmente, envió citación a la primera de estas direcciones, el 30 de septiembre siguiente, luego de haber señalado nueva fecha para la celebración de la mencionada audiencia; sin embargo, el telegrama para la notificación de la sentencia condenatoria fue enviado a la “CRA 2 Nro. 49-73 Sur”, el 4 de febrero de 1999.

1.10. La defensa del sindicato durante la etapa instructiva estuvo a cargo de la abogada Tatiana Mojica de Chiquillo, a quien el correspondiente despacho designó oficiosamente y, posesionó el 19 de febrero de 1997; dicha profesional, presentó alegatos de conclusión en favor de su prohiado, el 19 de mayo de 1997. En la etapa de juicio, el Juez 25 Penal del Circuito, el 4 de septiembre de 1998¹⁰, designó para tal efecto al profesional del derecho John Jairo Granda Quijano, puesto que pese a diversas citaciones la doctora Mojica de Chiquillo no se hizo presente para la realización de la audiencia pública.

1.11. En el proceso penal obra una solicitud de copias “para asuntos profesionales”, efectuada mediante escrito, ante el Juez 25 Penal del Circuito, el 24 de julio de 1998, por el abogado Henry Ramírez Galeano, quien expresó su intención de asumir la defensa del procesado.¹¹

1.12. La resolución que resolvió la situación jurídica del entonces sindicado, fue modificada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Tribunales Superiores de esta ciudad, al conocer del recurso de apelación interpuesto en su beneficio, por el representante del Ministerio Público.¹²

1.13. Dentro de las diligencias preliminares del proceso penal se recogió el testimonio del menor Diego Felipe Bello Aldana, quien para la época del homicidio contaba con 13 años de edad y quien estuvo con el occiso horas antes del homicidio y en el momento del mismo se encontraba a unos cinco metros de éste.

2. Las pretensiones

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El tutelante, demanda la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la justicia, de los principios de inocencia y libertad, y el derecho a la defensa, como quiera que no fue notificado en debida forma y en su criterio la defensa técnica no fue ejercida adecuadamente. En consecuencia, solicita a través de apoderada se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó su vinculación a la investigación y se ordene su libertad inmediata.

3. La respuesta de las instituciones demandadas

El Juez Veinticinco Penal del Circuito, mediante escrito fechado el 5 de abril último, manifestó que durante la época de los hechos no fungía como titular del despacho, motivo por el cual no conoció del diligenciamiento; no obstante, atendiendo la solicitud que le fue efectuada, remitió fotocopia de todo el expediente penal.

Por su parte, la Fiscalía Seccional Cuarenta y Dos, no emitió pronunciamiento alguno respecto de la acción de tutela.

4. Las decisiones objeto de revisión

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del pasado 21 de abril negó el amparo. Consideró el a- quo, que el error de citación cometido por la Fiscalía 42 no

daba lugar a la configuración de una vía de hecho en la medida en que si se hubieran enviado las comunicaciones a la carrera 2 A No. 49-73 Sur en nada “hubiera cambiado la situación de contumacia” del accionante, tomando en cuenta que las pruebas recaudadas en el plenario mostraban que al día siguiente de los hechos quitaron la tienda, luego pintaron la casa y cambiaron el color de las puertas y el entonces investigado cambió de residencia, sin que se tuviera conocimiento de su paradero.

En sentencia del 11 de julio del presente año, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión de primera instancia. Argumentó el ad -quem que no obstante la equivocación cometida respecto de la dirección indicada en la orden de captura, lo cierto es que después de seis meses de librada la misma los agentes del DAS desistieron de los intentos para localizarlo “pese a buscar información por diversas fuentes” con resultados infructuosos. Estimó el sentenciador de segunda instancia, válida la conclusión del Tribunal relativa al ánimo elusivo del procesado, como quiera que el propio Luis Enrique Tafur afirmó en su declaración que “luego de pocos días quitaron [la tienda]”¹³ y que hubo una etapa en el juicio “donde las citaciones fueron remitidas a las direcciones correctas”. Finalizó la decisión, indicando que no se había demostrado que una estrategia distinta a la adoptada por los defensores oficiosos hubiese modificado de manera determinante la sentencia y que en efecto ésta fue ejercitada por quienes tuvieron la encomienda de hacerlo.

5. Las pruebas relevantes

1. La fotocopia del escrito de tutela.¹⁴

2. Declaración del menor Diego Felipe Bello Aldana¹⁵.

3. Solicitud de copias “para asuntos profesionales”, efectuada mediante escrito, ante el Juez 25 Penal del Circuito, el 24 de julio de 1998, por el abogado Henry Ramírez Galeano.¹⁶

4. Acta de posesión de la defensora, abogada Tatiana Mojica de Chiquillo,¹⁷ y designación del también profesional del derecho John Jairo Granda Quijano¹⁸, junto con el escrito de alegatos presentado por aquella¹⁹ y la copia de la diligencia de audiencia pública²⁰.

5. Citaciones efectuadas al procesado Humberto Aristóbulo Vargas Martínez por el Juzgado 25 Penal del Circuito para la celebración de la audiencia pública, los días 14 de mayo y 30 de septiembre de 1998 a la Cra. 2a No. 49- 73 Sur y a la Diagonal 49 No. 2 A-17 Sur.²¹

6. Copia del certificado de libertad y tradición donde consta la venta del inmueble.²²

II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

1. La competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El problema jurídico

En esta oportunidad, se pregunta la Corte Constitucional, ¿fueron vulnerados los derechos fundamentales del accionante, al debido proceso y a la defensa al enviar las citaciones para notificarlo de las resoluciones por medio de las cuales, se le declaró persona ausente, se resolvió su situación jurídica, se dictó resolución de acusación, e incluso la sentencia, a una dirección equivocada, o al haber valorado como prueba en su contra la declaración del menor Diego Felipe Bello Aldana?

Para resolver el anterior interrogante la Sala analizará, en primer lugar, los principios aplicables a la declaración de nulidades procesales en materia penal; posteriormente, se referirá al valor probatorio de las declaraciones rendidas por los menores de edad; después examinará los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y finalmente, estudiará el caso concreto.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Los principios rectores de la nulidad de cara al sistema procesal penal que imperó a partir de la Constitución de 1991 y hasta la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, pueden resumirse en dos paradigmas esenciales: El primero, entendido como lo que la doctrina ha llamado el principio de elasticidad de las formas, y el segundo, el respeto al principio de lealtad de los sujetos procesales al demandar la invalidez de las actuaciones judiciales; este último específicamente consagrado en el artículo 17 del C. de P.P. (Ley 600 de 2000) y 18 del Decreto 2700 de 1991, otrora vigente. La doctrina y la jurisprudencia han recogido de manera recurrente estos principios de la siguiente manera: i) de especificidad, ii) de trascendencia, iii) de protección iv) de convalidación, v) de instrumentalización de las formas vi) de ejecutoria material, vii) de la seguridad jurídica, y, viii) de la naturaleza residual.

El artículo 308 del Decreto 2700 de 1991²³, norma aplicable al caso en estudio, tomando en cuenta la época de los hechos, que en similar sentido fue plasmado en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, en donde se articulan la gran mayoría de los principios antes enunciados, los cuales deben apreciarse de manera concurrente, contiene en su numeral 2º. el Principio de Trascendencia, en virtud del cual la nulidad no puede solicitarse simplemente en defensa de la ley, es indispensable demostrar que la irregularidad sustancial “afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”.

Se ha considerado que no es aceptable la concepción de que el perjuicio consista en la afectación del “derecho a la defensa”, puesto que ello significaría que las nulidades sólo han sido establecidas en beneficio del procesado. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia al conformar una clara línea jurisprudencial en torno a dicho principio:

«La preservación del trámite apreciado como sustancial e insustituible está concebida a favor y en perjuicio de todos. No hay motivo, tampoco, para preguntarse, ante la violación de un precepto de esta magnitud, por la clase de perjuicio que ha generado. Sería tanto como aceptar que el legislador trascendentaliza el sometimiento a ciertos preceptos de trámite, porque sí, sin que los mismos representen en su desconocimiento la inevitable causación de un daño para quienes tienen que ejercitar sus facultades valiéndose de sus normas.

Cuando la declaratoria de nulidad suprallegal se tenga como garantía propia y exclusiva del procesado, se estará admitiendo que éste puede desentenderse, hasta fraudulentamente de la regularidad básica del procedimiento porque siempre podrá invocar el vicio anulatorio en su favor si las decisiones finales le son adversas y oponerse de modo eficaz a todo intento de enmienda que dimane de las otras partes.

Por el contrario, cuando esta facultad se extiende a todos, se estará introduciendo un factor de lealtad tan fecundo que movilizará los esfuerzos de quienes intervienen en el proceso para hacer de este un trámite siempre válido, soporte de la sentencia absolutoria o de condenación.»²⁴

Por otra parte, en providencia más recientes, la misma Corporación sostuvo:

«Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en sí misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido material de la pretensión defensiva. Además toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala»²⁵

En cuanto al principio de protección, derivado del numeral 3º. del mismo artículo 308, conforme al cual no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular, existe uniformidad de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en cuanto a que no resulta viable o posible aceptar que el

sujeto procesal quien haya actuado deslealmente o haya generado el acto irregular pueda plantear la invalidez del proceso; no obstante que tal principio no puede aplicarse en ausencia de defensa técnica como sí en ausencia de defensa material, pues no existe discusión sobre la potestad del sindicado de marginarse del proceso²⁶, mientras que no sucede lo mismo con la defensa profesional, a la cual no puede renunciar. Por consiguiente, si por descuido o estrategia defensiva deja de acudir al proceso, no dará lugar a una declaración de nulidad.

Así lo expresó esta Corporación en la sentencia T-003 de 2001,²⁷ al resolver en forma negativa la acción de tutela presentada por un condenado por el ilícito de hurto, quien alegaba la declaratoria de nulidad por cuanto no le fueron notificadas personalmente algunas decisiones, siendo enviadas las comunicaciones a una dirección existente en el proceso y no al centro de reclusión en el cual se encontraba:

«Uno de los criterios más importantes para determinar en qué casos hay violación del derecho a la defensa, es el llamado principio de protección, en virtud del cual, quien con su comportamiento desleal da lugar a un acto irregular, no puede invocar una violación al debido proceso.

Cuando una persona es vinculada al proceso penal, surgen inmediatamente para él ciertas cargas de lealtad y diligencia, y tiene la obligación de orientar sus actuaciones con base en la buena fe. Por esta razón, una vez tenga conocimiento de la imputación, debe brindar información cierta y actualizada, sobre el lugar en el cual debe ser informado de las decisiones.

La obligación de notificar personalmente, tiene por finalidad facilitar el ejercicio del derecho a

la defensa material; es decir, la defensa ejercida directamente por el imputado. Sin embargo, la forma como se ejerce goza de un amplio campo de discrecionalidad, y el silencio o la no comparecencia personal, pueden ser estrategias válidas de defensa.

Por las razones anteriores, si la persona conoce la existencia de la investigación y no cumple con la carga de informar sobre un lugar cierto donde le puedan comunicar los actos procesales, no existe violación del derecho fundamental de defensa.»

En jurisprudencia más reciente, la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela instaurada por un procesado, vinculado a la investigación mediante declaración de persona ausente y quien pedía protección de su derecho fundamental al debido proceso, alegando inactividad de su defensor de oficio; en la sentencia T- 068 de 2005, se refirió a la defensa técnica, respecto de cuyo concurso, la jurisprudencia y la doctrina son más rigurosas, que no sucede en relación con la defensa material, la cual aquí se cuestiona, para decir que, no todas las falencias o deficiencias de aquella podían traducirse en una vía de hecho judicial:

«Ahora bien, de acuerdo con los presupuestos fácticos que determinan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo que, en principio, las fallas o deficiencias en la defensa técnica del procesado no constituyen una vía de hecho judicial. A juicio de la Corte, en cuanto no existe una relación de necesidad entre una y otra, 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.

Sobre este particular, se dijo en la Sentencia T-654 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), lo siguiente:

“En las condiciones anotadas, para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela.”

Esta posición fue reiterada, entre otras, en la Sentencia T-784 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) (...)»²⁸

De otra parte, debemos acompasar los anteriores postulados con el principio de instrumentalidad de las formas, derivado del numeral 1º. del artículo 308 del C. de P.P. según el cual “no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado”, lo cual se traduce en que las formas se han estatuido para satisfacer los fines del proceso y, por ende, si a pesar de algunas irregularidades se cumple con su objeto, no podrá desembocarse en la declaración de invalidez. “La misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley”.²⁹

De manera que, para establecer si se afecta de nulidad el proceso por violación del derecho de defensa es imperioso analizar los postulados antes esgrimidos, sin que pueda considerarse justificadamente que se ha transgredido este derecho fundamental, cuando el procesado quien lo alega ha obrado de manera desleal, o se encuentra claramente

demostrada la inobservancia del principio de trascendencia, puesto que no obstante, omitiéndose las irregularidades alegadas, el desenlace de las actuaciones tachadas hubiese sido el mismo.

4. El valor de los testimonios de los menores dentro de los procesos penales

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

«5.7 Con todo, no sobra recordar que la Sala de Casación Penal, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez; y sobre todo si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual:

En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.

...

De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor,

que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

[...]

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos.»³⁰

Ahora bien, el artículo 282 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, de donde se deriva el requisito de asistencia al menor, cuya ausencia se alega dentro de la acción que hoy se decide, el cual consagraba: «(...)Al testigo menor de doce años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia»; fue reproducido en idénticos términos en la Ley 600 de 2000 artículo 26631, norma que fue declarada exequible por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-118 de 2006³².

En la demanda se alegaba la violación del derecho a la igualdad originada en el trato diferenciado para los declarantes mayores de doce años; en aquella oportunidad, dijo la Corte Constitucional, que la legislación colombiana establecía unas consecuencias diversas para las conductas punibles cometidas por los menores de edad, entendidos como aquellos que no superen los dieciocho (18) años de edad, consagrando entonces, medidas de

protección³³, para quienes no alcanzaran los doce (12) años, y sanciones para quienes sobrepasaran esa edad. En estas condiciones, si se exigiera juramento al menor de doce (12) años, con la finalidad propia del mismo de garantizar la veracidad de la declaración, en caso de que aquél faltara a la verdad no sería posible imponerle una sanción. Tal distinción la estableció el legislador al regular en forma especial el derecho de menores y encuentra consonancia con la norma a que se hace referencia, y adicionalmente, está respaldada en la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁴

De lo anterior, fácil es concluir que la exigencia de la asistencia de un representante para el menor, “a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia”, asistencia que no era imperiosa, sino condicional (en lo posible); concurría para los menores de 12 años y no para los menores que superaran esa edad. Por tanto, mal podríamos deducir que se ha viciado el debido proceso con la inobservancia de una exigencia que no estaba consagrada en la Ley y que en modo alguno afecta el derecho de defensa del sindicado o puede viciar el proceso seguido en su contra.

5. La vía de hecho como presupuesto para la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Resulta necesario entonces, ocuparnos nuevamente de los argumentos tan ampliamente reiterados por esta Corporación, como requisitos sine qua-non para considerar viable la acción de tutela en contra de providencias judiciales, por lo cual se reiterarán los planteamientos plasmados en la Sentencia T- 865 de 2006³⁵, mediante la cual se recogieron las proposiciones de la sentencia C-590 de 2005³⁶, al tratar los requisitos de procedencia de la misma, para decir que por regla general no es procedente el amparo y lo es, excepcionalmente.

Por lo tanto, a partir de los hechos planteados es necesario establecer si se ha incurrido en

un defecto capaz de configurar alguna causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

El caso concreto

Recapitulando entonces, tenemos claro que Humberto Aristóbulo Vargas Martínez alega la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, en la medida en que a lo largo del proceso penal le fueron enviadas comunicaciones para efectos de notificación de las decisiones proferidas en su contra, a una dirección equivocada, diferente a aquella en la cual vivía en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a su posterior condena y que abandonó definitivamente en los días siguientes; adicionalmente desestima la actividad de sus dos defensores oficiosos y cuestiona la validez del testimonio rendido por el menor Diego Felipe Bello Aldana, quien para ese entonces contaba con trece (13) años de edad.

La Corte estima necesario puntualizar:

1º. Que Humberto Aristóbulo Vargas Martínez era propietario de un establecimiento comercial próximo al lugar donde ocurrió el homicidio de Mohamed Bello, la madrugada del 25 de diciembre del año 1994, en virtud del cual se le condenó³⁷; sitio al cual, en contravía de su manifestación –“Poseía un pequeño supermercado a donde igualmente nunca le fue enviado por parte de autoridad alguna comunicación o telegrama y cuya dirección fue conocida desde un comienzo de la investigación.”³⁸–; sí le fue enviada una comunicación en busca de obtener su presencia en la diligencia de audiencia pública, el 14 de mayo de 1998.

Que la propia versión del actor de haber enajenado el inmueble en el año 1997, negocio que realmente se registró el 27 de diciembre de 1996, conforme a escritura pública del 16 de diciembre anterior, tal como consta en el certificado de libertad y tradición allegado por la parte actora al expediente de tutela, y el informe efectuado por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en cumplimiento de la orden de captura librada para indagatoria, en el cual se da cuenta de que “a pesar de buscar información por diversas fuentes los resultados arrojados no son positivos”, sumados a las versiones de los testigos recibidas con posterioridad al incidente, entre las cuales se cuenta la del propio abuelo del occiso, de quien la experiencia nos muestra que estaría muy interesado en indicar el paradero del sospechoso del ilícito; nos indican certeramente, que el señor Humberto Aristóbulo Vargas había cambiado su lugar de residencia y no se conocía su paradero; adicionalmente, las afirmaciones son coincidentes en que pocos días después del insuceso la tienda fue cerrada, pintaron la casa y el investigado desapareció de los alrededores.

Por consiguiente, esta Sala de Revisión comparte los planteamientos efectuados en las decisiones de primera y segunda instancia, relacionados con la evidente actitud elusiva del accionante al haber cambiado su residencia y clausurado su negocio, pocos días después del incidente donde se produjo la muerte de Mohamed Bello Tafur.

2º. Que a folio 30 del cuaderno de copias correspondiente al proceso penal, un mes después de que el Juzgado 25 Penal del Circuito remitiera citaciones para la celebración de la audiencia pública³⁹; aparece un escrito del abogado Henry Ramírez Galeano, solicitando copias de unas actuaciones puntuales: i) “Del cuaderno No. 1 hasta el momento a folio 111”, ii) Del cuaderno No. 2 hasta el momento a folio 25”, y iii) Del cuaderno de 2da. Instancia.”; el profesional del derecho manifestó su intención de asumir la defensa del sindicado, la cual finalmente, no se concretó.

Y, que en el escrito de tutela el accionante asegura que los nuevos propietarios del inmueble “conocían la nueva residencia de él y le entregaban toda la correspondencia que le siguiera llegando aún después de su venta”⁴⁰.

De las anteriores consideraciones surgen dos hipótesis: i) aceptamos que el procesado había cambiado su lugar de residencia y de trabajo, sin que alguien tuviera conocimiento sobre su nueva radicación, circunstancia que haría intrascendente el error cometido en los diferentes momentos procesales por los operadores jurídicos al enviar las citaciones a la Cra. 2a No. 49-73 Sur, a la Cra 2 No. 49-73 Sur, o, a la Cra. 24 No. 49-73 Sur; y por consiguiente, ausente el principio de trascendencia como presupuesto de la declaratoria de nulidad de las actuaciones irregulares; o, ii) entendemos que enviada al menos una citación a la dirección correcta de su antiguo establecimiento comercial, y otras a la Cra. 2a. No. 49-73 Sur, días antes de que concurriera al expediente el abogado Ramírez Galeano a solicitar copias, el tutelante sí tuvo conocimiento del llamado de las autoridades judiciales a comparecer al proceso, pero voluntariamente decidió marginarse del mismo, tanto que buscó asistencia de un apoderado de confianza, lo cual haría su comportamiento desleal, impidiendo que por vía de tutela pretendiera sanear las irregularidades que debió controvertir dentro del proceso penal y en consecuencia situándose en una causal de improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionada con el deber de agotar "...todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada..." circunstancia que por contera, hace imperioso aplicar el principio de protección al proceso, tratado en el acápite 3 de la presente providencia.

En lo que tiene que ver con el cuestionamiento a la defensa técnica, esta Corporación estima que tanto la abogada Tatiana Mojica de Chiquillo como el abogado Jairo Granda Quijano ejercieron su función de defensores, la una, a través de los alegatos de conclusión, mediante los cuales defendió la inocencia del sindicado; y el otro, con su intervención en la diligencia de audiencia pública, en el mismo sentido; apoderados éstos, que fueron citados y notificados a lo largo del proceso. El que sus alegaciones no hayan prosperado, no significa en modo alguno que las decisiones judiciales hubieran sido distintas utilizado una táctica defensiva diferente.

Finalmente, en cuanto al valor probatorio de la declaración rendida por el menor Diego Felipe

Bello Aldana, ante el Fiscal 2º. Delegado de la Unidad de Investigación Previa y Permanente, quien estaba con la víctima horas antes del deceso y se encontraba a escasos metros del lugar del incidente; la Sala concluye, que no existe razón constitucional o legal válida que le reste valor a la misma, habida consideración que su relato es objetivo y coherente⁴¹, y no tenía con aquél algún vínculo de parentesco. Es claro que de ninguna manera la apreciación de tal testimonio, afecta derechos fundamentales del procesado y accionante en este asunto.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En Conclusión, la Sala de Revisión confirmará la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de julio último, mediante la cual confirmó la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el 21 de abril del mismo año, en la medida en que las irregularidades procesales cometidas en las diferentes etapas del proceso penal no afectan de manera determinante la sentencia condenatoria adoptada en contra de Humberto Aristóbulo Vargas Martínez o el proceso penal al cual fue sometido, puesto que en el mejor de los casos, aceptando que había cambiado su residencia, para no calificar de desleal su comportamiento, los errores en las comunicaciones resultan intrascendentes.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del once (11) de julio de 2006 adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual confirmó la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el 21 de abril del mismo año, a través de la cual se negó la tutela instaurada por Humberto Aristóbulo Vargas Martínez, en contra del Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad y la Fiscalía 42 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la misma ciudad.

Segundo:.. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver declaración de Luis Alfredo Rodríguez, folio 62 cuaderno No. 1 del expediente de tutela, declaración del menor Diego Felipe Bello Aldana, folio 39 ibídem.

2 Ver folio 62 cuaderno principal

3 Ver testimonio del señor Fredy Antonio Ossa citado por el Tribunal (folio 12 del cuaderno No. 2)

4 “No lo he vuelto a ver” (Declaración de Luis Alfredo Rodríguez folios 62 y 63 cuaderno principal)

5 Ver folios 52 y 53 ibídem

6 Ver folio 69 del cuaderno principal de la acción de tutela

7 Ver folio 75 del cuaderno principal

8 Ver folios 94, 100 y 122 ibídem

9 Ver folio 51 del cuaderno No. 6 del presente expediente (fotocopias del cuaderno correspondiente a la etapa investigativa)

10 Ver folio 37 del cuaderno No. 4 (fotocopias del cuaderno correspondiente a la etapa de juicio)

11 Ver folio 30 ibídem

12 Ver folios 5 a 8 del cuaderno No. 5 (fotocopias correspondientes a la actuación de segunda instancia surtida ante la Fiscalía General de la Nación)

13 Ver folio 11 cuaderno número 3 de expediente de tutela (decisión de la C. S. de J.)

14 Ver folios 1 a 30 del cuaderno principal de la acción de tutela

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

16 Ver folio 30 del cuaderno número 4 (actuaciones correspondientes a la etapa de juicio)

17 Ver folio 51 del cuaderno No. 6 del presente expediente (fotocopias del cuaderno correspondiente a la etapa investigativa)

18 Ver folio 37 del cuaderno No. 4 (fotocopias del cuaderno correspondiente a la etapa de juicio)

19 Ver folios 81 a 85 del cuaderno número 6, correspondiente a las diligencias de la etapa instructiva

20 Ver folios 48 a 51 del cuaderno número 4

21 Ver folios 18 y 46 del cuaderno No. 4

22 Ver folio 215 del cuaderno principal

23 1º) No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

2º) Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías

de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3º) No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4º) Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5º) Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6º) No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código.

24 Sala Penal. Casación del 9 de septiembre de 1976. M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Gaceta Judicial, T. 152 2393 segunda parte, pág. 563.

25 Auto de la Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia, 12 de marzo de 2001, proceso 14728. M.P. Jorge Córdoba Poveda

26 Artículo 337, inciso 2º. del C.P.P, si “la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa”.

27 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

28 M.P. Rodrigo Escobar Gil

29 Maurino, Alberto Luis. Nulidades Procesales, Buenos Aires, Astrea, 1982, Págs. 36 a 38

30 Casación Penal del 30 de marzo de 2006. M. P. Edgar Lombana Trujillo. Proceso No. 24468.

31 “ART. 266.—Deber de rendir testimonio (...) Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva

de la diligencia.” (Negrillas fuera de texto)

Es oportuno mencionar, que la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual entrará en vigencia en el año 2007, modificó las condiciones de los niños, niñas y adolescentes para rendir testimonio (Art. 150. Práctica de Testimonios)

32 M.P. Jaime Araújo Rentería

33 «Así pues, en dichos casos se iniciará un proceso penal a dicho menor, el cual posee unas características especiales. Luego de efectuado dicho proceso, el juez dictará una Sentencia en la cual tomará una de las medidas de rehabilitación que establece el mencionado Código.

Al interior de la Sentencia el juez debe establecer, entre otras, la responsabilidad del menor y la medida o medidas de rehabilitación que se adopten en relación al menor» Ver pág. 18 de la sentencia en mención (se citaba el Título V del Código del Menor) (Ver nueva legislación Código de la Infancia y la Adolescencia)

34 No sobra recordar que los menores mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) , como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, están sujetos a que el Estado tome “ todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...”. Medidas estas tomadas por el Estado Colombiano a través del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Ver pág. 22 ibídem

35 M.P. Jaime Araújo Rentería

36 M.P. Jaime Córdoba Triviño

37 Ver declaración de Luis Alfredo Rodríguez , folio 31 cuaderno No. 6, diligencias correspondientes a la etapa investigativa y coincide con las versiones recogidas de Luis Enrique Tafur y Fredy Antonio Ossa.

38 Ver escrito de tutela, folio 8 del cuaderno principal

39 Telegramas fechados el 14 de mayo de 1998

40 Ver folio 9 del cuaderno principal

41 Ver folios 8 y 9 del cuaderno No. 6