

Sentencia T-226/07

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Sentencia condenatoria al actor por hechos ocurridos cuando ya no era gerente de la empresa en la que trabajó

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

ACCION DE REVISION-Procedencia contra sentencias condenatorias

Constituye la acción de revisión el medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales ya que permite impugnar la sentencia condenatoria cuando aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates que establezcan la inocencia del condenado. Por consiguiente, la acción de revisión que habrá de surtirse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye el escenario natural donde el actor puede ventilar las circunstancias reseñadas en la acción de tutela bajo las causales taxativamente previstas en la legislación procesal penal, aportar las pruebas que considere necesarias y brindar los elementos de juicios indispensables para demostrar que efectivamente no ejerció el cargo para el momento de los hechos denunciados. Así mismo, de ser cierto lo indicado por el actor, las demás irregularidades procesales perderían todo objeto y finalidad ya que al demostrar su inocencia podrá obtener consecuentemente la libertad.

ACCION DE REVISION-Procedencia para plantear la causal de prescripción

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario frente a la acción de revisión penal

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-1444099

Acción de tutela instaurada por Sergio Alvarez Cárdenas en contra de la Fiscalía 119 y el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Sergio Alvarez Cárdenas en contra de la Fiscalía 119 y el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

El señor Sergio Alvarez Cárdenas, a través de apoderada judicial, doctora Gloria Esperanza Sacristán Carvajal, interpone acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la sentencia condenatoria del Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, por considerar que se incurrió en una vía de hecho al vulnerar los derechos fundamentales a la libertad, el debido proceso, la presunción de inocencia y la vida. Para fundamentar su petición expone los siguientes

1. Hechos.

1.1. Manifiesta la apoderada que el actor de nacionalidad venezolana se vinculó laboralmente a la sociedad Terranova Latinoamericana Ltda., como Gerente General desde el 1 de enero de 1994 hasta el 29 de febrero de 1996, cargo que según los estatutos de la sociedad

contratante podía desempeñar hasta por 2 años (escritura de constitución No. 2405 de 14 de julio de 1993).

1.2. Afirma que en el mes de junio de 1998, la señora Elvia María Barreto Vera presentó denuncia por estafa en contra de la sociedad Terranova Latinoamericana Ltda. Directamente se hicieron cargos contra Max Hollinger Bruger, presidente de la compañía, Jairo Nuñez Caicedo, quien suscribió el contrato con la denunciante y Francisco Zamorano, en razón a la compra que hiciera el 4 de junio de 1996, mediante contrato de promesa de compraventa, del derecho de uso condicionado sobre la unidad habitacional número 820 del Hotel Cancún Subset Clubs de Cancún, Estado de Quintana Roo de México, por valor de siete mil quinientos dólares (US. 7.500), que canceló la denunciante por instalamentos desde el 4 de junio de 1996 hasta mayo de 1998.

1.3. Expone la apoderada que la Fiscalía 119 de Bogotá, Unidad de Delitos contra la Fe Pública, resolvió la situación jurídica en providencia del 26 de abril de 2004, a “‘NELLY JOSEFINA PRIETO, SERGIO ALVEREZ CASTRO Y MAX HPOLLEINGER BRUEGUER’, personas vinculadas al proceso como personas ausentes y conforme al proveído (fl. 61) se refiere a ‘los representantes y funcionarios de la organización ahora sindicados NELLY SOSEFINA PRIETO, SERGIO ALVEREZ CASTRO Y MAX HOLLINGER GRUGER, obtuvieron dineros, haciéndoles además creer que les vendían a privilegiados...’”. Se vinculó entonces al proceso penal a Sergio Alvarez Castro con pasaporte venezolano No. 6.175.965 y conforme a dicho proveído “‘estos deberán continuar subjudice y vinculados para que en últimas se concrete la pena...’se les resolverá la situación jurídica impartiendoles la correlativa medida de aseguramiento que será de detención preventiva’. ... ‘imponer medida de aseguramiento de detención preventiva a los procesados NELLYS SOSEFINA PRIETO, SERGIO ALVEREZ CASTRO Y MAX HOLLINGER BRUGER, como coautores del punible de ESTAFA agravada’”. Indica que el 15 de junio de 2004, se califica el mérito del sumario con resolución de acusación contra “SERGIO ALVAREZ CASTRO”, como presunto coautor responsable del delito de estafa agravada. Además, se nombró un defensor de oficio que no intervino en oportunidad alguna.

1.4. Posteriormente, el proceso fue enviado al Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración de Bogotá, donde le fue designado un defensor público, doctor Edgar Camilo Gutiérrez Rangel, quien ni siquiera en la audiencia se refirió a Sergio Alvarez Castro, menos a Sergio Alvarez

Cárdenas. El juez terminó profiriendo sentencia condenatoria en contra de Sergio Alexander Cárdenas. Anota que su defendido al ingresar al país fue detenido en cumplimiento de la orden de captura proferida por el Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración, para hacer efectiva la pena.

1.5. Considera así la apoderada que tanto la Fiscalía 119 Seccional de Bogotá como el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión violaron sus derechos fundamentales. Anota que se vinculó, acusó y condenó a su poderdante Sergio Alvarez Cárdenas por hechos que ocurrieron cuando no hacía parte de la organización empresarial Terranova Ltda. y ni siquiera se encontraba en el país. Manifiesta que la única razón por la cual se le vinculó al proceso penal fue por el hecho de aparecer en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, como gerente general de la sociedad Terranova Latinoamericana Ltda., cuando ya no trabajaba para dicha organización, ya que el periodo es de dos años. Tampoco existió sindicación alguna por la denunciante, ni por la parte civil en contra de su mandante como autor, partícipe, copartícipe o cómplice. Menos se practicó prueba alguna para determinar el grado de participación de su representado. Además, recuerda que quien firmó el contrato con la denunciante fue el señor Nuñez Caicedo, persona que a pesar de haber sido denunciada no fue vinculada al proceso.

De igual modo, indica que desde la primera providencia en que se calificó provisionalmente la situación de los denunciados se les condenó al imponer medida de aseguramiento como coautores del delito de estafa agravada para que “en juicio sin dilaciones se les concretice la pena” (debido proceso y presunción de inocencia), cuando no se tenía claro quienes eran los acusados ni se los había individualizado e identificado. Recuerda que “para la época de los hechos el delito de estafa tenía una pena de 1 a 10 años (artículo 356 ley 100 de 1980) y la detención preventiva ni siquiera era la medida de aseguramiento a imponer (artículo 397 del Decreto 2700 de 1991) norma procedimental vigente para la época de los hechos”.

Agrega que a pesar que en la etapa instructiva le fue nombrado un defensor de oficio éste no ejecutó una sola actuación, la probanza aportada fue exclusivamente de la parte civil, no se ejerció el derecho de contradicción de la prueba, no se ordenó la práctica de prueba alguna por el investigador, se tuvo como ciertos los hechos y pruebas allegados por la parte civil, se olvido investigar también lo favorable y dio por cierto los hechos expuestos en la denuncia al proceder desde la primera providencia a condenarlos lo cual no resulta difícil ante una

defensa inexistente, un Ministerio Público ausente y una parte civil complacida.

Al cúmulo de irregularidades se suma las realizadas por el Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración, al juzgar a Sergio Alvarez Castro, condenar a Sergio Alexander Cárdenas y hoy tener privado de la libertad a Sergio Alvarez Cárdenas. Además, desconoció los parámetros de tasación de la pena dejando de lado la fundamentación probatoria al igual que violó el principio in dubio pro reo y la circunstancia que sea ciudadano venezolano no significa que lo desproteja la ley, pues, por el contrario se le debe otorgar un trato igualitario respecto a los nacionales.

1.6. En ese orden, expone que tanto la Fiscalía 119 Seccional, como el Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración de Bogotá, incurrieron en una vía de hecho por defecto fáctico por lo que solicita anular todas las actuaciones desde la resolución de la situación jurídica de los imputados. Como medida provisional solicita ante el juez de tutela la suspensión de la detención preventiva de su defendido mientras se resuelve de fondo la acción de tutela, al encontrarse privado de la libertad y a disposición del Juez 6 de Ejecución de Penas de Bogotá. Anota que a ello se suma la precaria salud de su mandante al tener una afección cardiaca por hipertensión y un cuadro crónico, fuera de los 63 años de edad que tiene.

2. Documentación anexa a la presente acción.

A continuación se relaciona el material probatorio que se acompaña con la presente acción de tutela:

* Copia incompleta del contrato suscrito por la denunciante con la comercializadora. Folios 38 a 46 del cuaderno principal.

* Copia de la demanda de parte civil presentada por el apoderado de la señora Elvia María Barreto Vera contra Max Hollinger Bruger, Jairo Nuñez Caicedo, Francisco Zamorano -Organización Terranova Latinoamericana Ltda., Organización Finalex C.A.-, presentada el 23 de junio de 1999. Folios 47 a 57 del cuaderno principal.

* Copia del auto interlocutorio de 26 de abril de 2004, proferido por la Fiscalía Seccional 119 de Bogotá, que resuelve situación jurídica a Nelly Josefina Prieto, Sergio Alvarez Castro y Max

Hollinger Bruger, imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del punible de estafa agravada. Folios 64 a 70, del cuaderno principal.

* Copia del auto interlocutorio de 15 de junio de 2004, proferido por la Fiscalía Seccional 119 de Bogotá, que califica el mérito del sumario de Nelly Josefina Prieto, Sergio Alvarez Castro y Max Hollinger Bruger, profiriendo resolución de acusación, como presuntos coautores responsables de estafa agravada. Folios 71 a 76 del cuaderno principal.

* Copia de diligencia de audiencia pública celebrada en el Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración de Bogotá, el día 25 de mayo de 2005. Folios 77 a 80 del cuaderno principal.

* Copia de la sentencia proferida por el Juzgado 6 Penal Municipal de Depuración el día 24 de junio de 2005, que condenó a Nellys Josefina Prieto, Sergio Alexander Cárdenas identificado con pasaporte No. 6.175.965 y Max Hollinger, por el delito de estafa, a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de \$ 500.000.00. Folios 81 a 95 del cuaderno principal.

* Copias del pasaporte del señor Sergio Alvarez Cárdenas. Folios 21 a 37 del cuaderno principal.

* Copia del escrito dirigido a la Cámara de Comercio de Bogotá, firmado por la señora Gladys Alvarez, de fecha 28 de mayo de 1998, informando que el señor Sergio Alvarez Cárdenas presentó renuncia al cargo de gerente general de O.T.L. Ltda., el día 29 de febrero de 1996, sin que a la fecha hubiera sido retirado del registro de la Cámara de Comercio. Folio 20 y 107 del cuaderno principal.

* Copia del oficio dirigido a la señora Gladys Alvarez y firmado por el Jefe Departamento Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, de fecha 3 de junio de 1998, informando que procederá a retirar el nombre del señor Sergio Alvarez Cárdenas, como Gerente y Representante Legal de la sociedad Organización Terranova Latinoamericana Ltda., una vez se allegue copia del acta emanada del órgano competente, donde conste la aceptación de la renuncia o la nueva designación para el cargo. Además, indica que se ha procedido a archivar dicho oficio en el expediente de la sociedad, el cual puede consultarse. Folios 18 y 19, 105 y 106 del cuaderno principal.

* Copia de constancia de trabajo firmada por el Gerente de Gestión Humana de Legislación

Económica en Caracas, de fecha 18 de abril de 2006, donde se señala que el señor Sergio Alvarez ingreso a trabajar el 29 de julio de 1996 hasta el 7 de febrero de 1997. Folio 15 del cuaderno principal.

* Copias de dos formulas médicas de Mega Salud, de fecha 20 de abril de 2006, en las cuales se señala la valoración por cardiología realizada al señor Sergio Alvarez Cárdenas y la medicación formulada por el médico, indicando además que el paciente es hipertenso. Folios 17 y 16 del cuaderno principal.

* Copia de escrito dirigido al Juez Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, firmado por Gloria Esperanza Sacristán Carvajal, apoderada del señor Sergio Alvarez Cárdenas, solicitando disponer la sustitución de la ejecución de la pena de prisión. Folios 96 a 104 del cuaderno principal.

* Poder especial dado por el actor a la doctora Gloria Esperanza Sacristán Carvajal para el trámite de la tutela.

3. Trámite procesal.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de 25 de abril de 2006, dispuso remitir a los juzgados penales del circuito de Bogotá -reparto-, el presente asunto por ser los superiores funcionales del Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión y por consiguiente los competentes para estudiar y resolver el caso (art. 1, ord. 2, inc. 1 del Decreto 1382 de 2000).

Por reparto le correspondió este asunto al Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, avocando el conocimiento por auto del 5 de mayo de 2006 y ordenando vincular al Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá y a la Fiscalía 119 Seccional, para lo cual les corrió traslado como entes accionados, bajo el apremio de la presunción de veracidad sobre los hechos, y solicitando del juzgado la actuación penal correspondiente. Así mismo, negó la solicitud de aplicación de medidas provisionales para proteger los derechos bajo el argumento que la privación de la libertad tiene como sustento legal una sentencia condenatoria en firme que goza de la presunción de legalidad y que no resulta censurable ante el escaso material probatorio allegado. Respecto a las condiciones de salud del actor, dispuso que el DAS o establecimiento penitenciario suministren la atención requerida para

proteger la vida del accionante, previa valoración médica, observando que se presentó solicitud de sustitución de ejecución de la pena de prisión ante el Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

3.1. Respuesta del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

El responsable del Área de Servicios Complementarios del Departamento Administrativo de Seguridad, por oficio de 9 de mayo de 2006, informa al juez de tutela que el actor fue evaluado por los médicos de Salud Ocupacional del DAS. desde la fecha de ingreso el 10 de abril de 2006, como también ha sido atendido por el personal médico de Mega Salud Ltda., entidad delegada por el INPEC para atender a las personas detenidas. Así mismo, comunica que el día 8 de mayo de 2006, fue remitido a la Clínica San Pedro Claver para cumplir con la cita de cardiología autorizada por Mega Salud y al ser evaluado se evidenció que presentaba trastornos del ritmo y cardiomegalia que hizo necesario su hospitalización.

3.2. Contestación por el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

En relación con los hechos que motivan la presente acción de tutela la juez accionada se opone a las pretensiones del actor al señalar lo siguiente¹:

En cuanto al numeral 1.1., manifiesta que no le consta. Es decir, lo referente a que el actor se desempeñó desde el 1 de enero de 1994 hasta el 29 de febrero de 1996, cargo que sólo podía ocupar por 2 años conforme a los estatutos de la sociedad contratante.

Respecto al punto 1.2., asevera que a folio 1 de la causa No. 05-0095, reposa denuncia bajo el No. 027950, presentada ante la Fiscalía Seccional de Bogotá y repartida el 28 de mayo de 1999 y no en el mes de junio de 1998, por la señora Elvia María Barreto Vera por hechos acaecidos los días 4 y 5 de junio de 1996, dentro de los cuales se vincula a "MAX HOLLINGER, JAIRO NUÑEZ CAICEDO, FRANCISCO ZAMBRANO (ORGANIZACIÓN TERRANOVA LATINOAMERICANA LTDA. -ORGANIZACIÓN FINALEX C.A.) SERGIO ALVAREZ, gerente general de la organización Terranova Latinoamericana Ltda., identificado con P.P. No. 00011557051, calle 90 # 11-A-41 piso 5 y 6 de Bogotá...", BEN MOSHE HAIM, RUDOL HOLLINGER, por los delitos de abuso de confianza, estafa y otras defraudaciones que se llegaren a presentar en la investigación de la presente denuncia...Efectivamente la denuncia que se presenta corresponde a la posible conducta punible surtida con la promesa de compraventa sobre la

unidad habitacional No. 820 del Hotel Cancun, por valor de siete mil quinientos dólares (Folios 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 del cuaderno original 1)". De igual modo, afirma que en la denuncia se hacen cargos de una u otra manera contra las personas que se dirige la misma, por lo que no es cierto que hubiere sido presentada haciendo cargos directamente contra el los señores Max Hollinger Bruger, Jairo Nuñez Caicedo y Francisco Zamorano.

Sobre el numeral 1.3., indica que en lo concerniente con la resolución de la situación jurídica es cierto, según consta en folios 56 a 62 del cuaderno original No. 2. Pero no es cierto que se hubiere vinculado a "Sergio Alvarez Castro", ya que según resolución del 1 de octubre de 2001, la Fiscalía Delegada 119 declaró como personas ausentes a Nelly Josefina Prieto, Sergio Alvarez Castro y Max Hollinger Bruger, según consta a folios 33 y 34 del cuaderno original No. 2. Asevera que según obra en Resolución del 26 de abril de 2004, tanto en el relato de la identificación de los sindicatos como en la parte considerativa, puede leerse que el vinculado es el señor "SERGIO ALVAREZ CASTRO, identificado con pasaporte No. 75965, nacido el 01 de febrero de 1944 Norte de Santander, notándose un error mecanográfico en la parte resolutive donde a cambio de ALVAREZ se escribió ALVEREZ, pero como podrá observarse en toda la resolución siempre se hace referencia al apellido ALVAREZ, situación que al igual ocurre en lo atinente a la señora NELLY JOSEFINA PRIETO". Expone que es cierto que la Fiscalía 119, al calificar el mérito del sumario profiere resolución de acusación en contra de Nelly Josefina Prieto, Sergio Alvarez Castro y Max Hollinger Bruger. Aduce también que dentro de la resolución de declaratoria de persona ausente se les designó como defensor al abogado Hernando Rodríguez Amarillo, quien fue notificado de dicha decisión el 10 de octubre de 2001, "igualmente se notificó personalmente de la resolución que definió la situación jurídica con fecha 28 de abril de 2004 (folio 62 anverso cuaderno original No. 2) y de la resolución que clausuró la investigación con fecha 12 de mayo de 2004, como de la resolución que calificó el mérito del sumario, el 22 de junio de 2004 (folio 132 vuelto cuaderno original 2)".

En lo concerniente al punto 1.4, asegura que es cierto que dicho proceso le fue asignado al Despacho por reparto atendiendo la declaratoria de incompetencia que hiciera el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, quien habiendo realizado la audiencia preparatoria encontró que no era competente para seguir conociendo del asunto, sino que radicaba en los juzgados penales municipales dada la cuantía (artículos 3 y 6 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 y artículo 6 de la Ley 600 de 2000). Reafirma

entonces que fue su Despacho quien profirió sentencia y que el proceso fue recibido el 6 de abril de 2005, que constituye el momento en que comienza su actuación. Agrega que teniendo en cuenta que el Despacho a su cargo fue creado para la descongestión y ante la no comparecencia del defensor designado inicialmente en la audiencia pública, se le relevó del cargo y se designó un miembro activo de consultorio jurídico de la Universidad Nueva Granada, estudiante Edgar Camilo Gutiérrez Rangel, “quien tomara posesión del cargo el 12 de mayo de 2005, así mismo hizo su intervención en la audiencia pública que se realizara el 25 de mayo del mismo año 2005, que si bien es cierto no se refirió continuamente con nombres y apellidos de los justiciables, si en todo momento como podrá observarse en el acta utiliza como sus defendidos de manera general”. Anota que es cierto que la sentencia condenatoria del 24 de junio de 2005, se dirige contra Sergio Alexander Cárdenas. Y, en cuanto a la detención del actor al ingresar al país, señala que no le consta dicho hecho.

A continuación, procede a realizar las siguientes consideraciones generales:

Refiere que si bien es cierto, como se observa en los diferentes proveídos de la Fiscalía acusadora como del Juzgado Penal del Circuito que en principio conoció del proceso, en lo que corresponde al señor Sergio Alvarez Castro, “desde la misma denuncia y el certificado de constitución de cámara de comercio adjunto (folio 6 anverso del cuaderno original No. 1), que solamente figura como SERGIO ALVAREZ, en su calidad de gerente general de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda. O.T.R., siendo entonces la misma persona a la cual se refiere la quejosa y no otra, luego entonces y ante el desarrollo procesal de la misma fiscalía con las diferentes autoridades locales como internacionales (Caracas Venezuela), se pudo concluir que la verdadera identidad de quien se conoció inicialmente en el proceso como SERGIO ALVAREZ, dado el número de cédula y pasaporte a las autoridades del vecino país, se aportó gran información la que se observa a folios 71 al 95 del cuaderno original número 2, que dicho ciudadano corresponde a SERGIO ALVAREZ CARDENAS, cédula de identidad venezolana V-6.175.975 y pasaporte 6135965 (ver folios 243 del cuaderno original No. 1), lo que al este juzgador proferir la sentencia definitiva fue su deber y obligación examinar todos esos aspectos y efectivamente emitir el fallo contra SERGIO ALVAREZ CARDENAS dado que con lo allegado quedó plenamente identificado”.

Manifiesta que en la sentencia se incurrió en un lapsus calami frente a la omisión del primer apellido del condenado cuando en lugar de colocar ALVAREZ se escribió ALEXANDER, “lo cual

es de entender que frente a la actual tecnología sistemática que en ocasiones cuando en tratándose de utilizar un formato con alguna vocal o letra puede ocurrir que de el nombre para la cual se encontraba diseñada y no el que le está ordenando, pero ello y al examen de la sentencia en su parte considerativa y en especial cuando en el encabezado del fallo hace referencia a la individualización de los procesados, leemos claramente que la misma se dirige para el señor SERGIO ALVAREZ CARDENAS identificado con el pasaporte número 6175965, nacido el 01 de febrero de 1944, en Norte de Santander y otras personas”. Agrega que en esta clase de errores en los nombres y apellidos resultan protegidos por la legislación procedimental cuando autoriza al a quo corregirlos en el término de ejecutoria que de haber sido observado se habría corregido inmediatamente.

Concluye así que no se vulneró el debido proceso al actor y, al contrario, desde cuando se asumió el conocimiento del proceso se puso todo el empeño para preservar el debido trámite garantizando el derecho de defensa como sucedió al “notar que no asistió en la primera sesión de audiencia pública el defensor oficioso, suplió la misma por otro para que de tal forma el proceso no sufriera las consecuencias de una justicia lenta y por tanto mantener los términos y darle un final a un proceso que como vemos llevaba casi siete años. En consecuencia, como dijera anteriormente respetuosa de los términos procesales, el derecho de defensa, un debido proceso y una sentencia justa sin que ello implique irrespetuosas las manifestaciones y evaluaciones que hace el señor apoderado del aquí accionante cuando en esta etapa haga tales evaluaciones y no lo haya hecho en su oportunidad”. En consecuencia, solicita denegar la presente acción de tutela.2

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Decisión de primera instancia.

El Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 10 de mayo de 2006, resolvió negar la acción de tutela con base principalmente en las siguientes consideraciones:

- Se observaron las etapas procesales lo cual se corrobora cuando al evidenciarse fallas en la etapa de instrucción como fue la ausencia de definición de situación jurídica se declaró la nulidad para salvaguardar las garantías propias del proceso penal. Y, además se realizó un cambio de competencia en aplicación del principio de favorabilidad penal que evidencia el esfuerzo para el cumplimiento del debido proceso.

- No se aprecia del trámite procesal ninguna vía de hecho. El fallo fue proferido por autoridad competente, con sujeción a las normas procedimentales y sin defectos fácticos o probatorios, lo cual se corrobora con la actividad probatoria que sustenta la sentencia cuestionada al permitir verificar que se cuenta con el contrato de venta de tiempo compartido y recibos de pago, testimonios de Ricardo Cruz Chacón, Olga Margarita Perilla, José Guillermo Forero Beltrán y Mario Cifuentes, que “verifican, entre otros, al unísono la versión de los hechos denunciada en idéntica sucesión de circunstancias temporo-modales en las que se efectuó la estafa..., ocurriendo lo propio respecto de las sindicaciones que en ellas se realiza; por otra parte, se logró establecer la existencia de la sociedad Terranova Latinoamericana Ltda., figurando como gerente general Sergio Alvarez Cárdenas (f. 6 y 7 c.o Í).” Lo anterior, le permite considerar al juez de tutela que la providencia encuentra fundamento en un determinado criterio jurídico o en una razonable interpretación de las normas aplicables al asunto y que cuenta con un razonable y sólido acervo probatorio que permiten descartar una vía de hecho en la valoración probatoria.

- En la acción de tutela se refiere que el actor fungió como gerente general por dos años “sin embargo, el certificado de existencia y representación de la sociedad Terranova Latinoamericana Ltda. señala lo contrario, amén que existen varias declaraciones de personas que trabajaron en esa firma y a quienes les consta sus funciones como gerente administrativo y además quien controlaba el departamento de cartera”. Agrega que “si se toma en cuenta que a lo largo del iter procesal se menciona la renuncia interpuesta por Sergio Alvarez que acreditaría en este momento su inocencia, sin embargo dicha renuncia no se ha conocido por el Despacho juzgador, lo cual conlleva a concluir que hasta ese momento se desempeñaba como gerente general de la sociedad en cuestión...”.

- No toda falla en la defensa técnica se torna en vía de hecho. Si bien la defensa de oficio no fue particularmente diligente dicha inactividad no determinó el sentido del fallo, pues, incluso se “trabó una fuerte actividad probatoria que da suficiente sustento para el efecto de una decisión definitiva”. Anota que el defensor de oficio en la audiencia pública de juzgamiento trató de desvirtuar las acusaciones con elementos probatorios y jurídicos “que pretendieron una efectiva defensa de todos los sindicados para ese momento, lo que determina la imposibilidad...de intervenir en la sentencia objeto de amparo por el hecho de mediar desacuerdo respecto a la valoración probatoria hecha por el juez y una defensa no muy diligente, pero cuya falencia no determinó el sentido real del fallo, lo que ha sido reiterado

por la jurisprudencia constitucional...”(T-106 de 2005).

- La individualización del actor nunca estuvo en entredicho, al determinarse su identificación “C.C. venezolana Número V-6.175.975, su número de pasaporte 6135965 (f. 243 c.o. 1) y además su correspondencia con el certificado de existencia y representación de la sociedad de que era gerente general...Y finalmente el hecho de una imposición de medida de aseguramiento que no correspondía, puede determinar su ilegalidad, sin embargo no es posible volver a iniciar nuevamente el proceso declarando la nulidad de lo actuado, cuando finalmente logró establecerse la responsabilidad del encausado por decisión de autoridad competente, pues de proceder así se incurriría en una falta contra el bien jurídico de la administración de justicia”.

- Concluye así que se incurrieron en impropiedades procesales que resultaron corregidas y subsanadas a través de la declaratoria de nulidad referida. Se respetaron las formas propias del proceso penal, se evidenció un acervo probatorio apto para sostener y cimentar la decisión final y si bien la parcial inactividad defensa deja mucho que desear ello no determinó el sentido del fallo “pues lo contrario sería incurrir en el contrasentido de que el hecho de gozar de una defensa técnica y material sería garantía de absolución jurídica”. A continuación señala que la acción de tutela no procede cuando se pretende utilizar como mecanismo alternativo o complementario, transcribiendo para el efecto apartes de la sentencia T-272 de 1997, en la que se señala que la acción de tutela no fue instituida como una tercera instancia para modificar decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada y dentro de los cuales se establecieron los recursos ordinarios y extraordinarios para controvertir las actuaciones.

Del expediente de tutela se observa constancia del 7 de julio de 2006, por parte del Juzgado 10 Penal del Circuito de Descongestión en la cual se señala que durante el lapso de tiempo 11 de mayo al 6 de junio de 2006, no corrieron términos debido al cese de actividades de los trabajadores judiciales. Y entre el 7 de junio al 6 de julio de dicho año, tampoco corrieron términos atendiendo que el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, se encontraba en inventario para la entrega de procesos al Juzgado 10 Penal del Circuito, que fue incorporado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al sistema penal acusatorio. De igual modo, reposa constancia que la presente acción de tutela le correspondió por descongestión al Juzgado 10 Penal del Circuito de Descongestión y que se encuentra

pendiente el trámite de notificación del fallo de tutela. Al efecto, el Juzgado Décimo dispuso continuar el trámite de notificación correspondiente.

2. Impugnación.

La apoderada del actor impugnó la decisión de primera instancia en tutela recordando que se presentó acción de tutela para amparar el debido proceso y consecuentemente la libertad del accionante fundado en la incursión de un defecto fáctico por el Fiscal y el Juez que tuvieron a cargo la instrucción y el juzgamiento del actor al haberlo condenado por el sólo hecho de ostentar la calidad de representante legal de una sociedad que resultó involucrada en el delito de estafa sin mediar prueba de su participación.

Recalca que el defecto fáctico que se ha planteado radica en que tanto instructor como juzgador en el proceso penal presumieron su responsabilidad por la calidad que ostentaba de representante legal de una persona jurídica sin haberse probado la participación en los hechos. Anota que “esta es la circunstancia que califica como vía de hecho, pues el concepto de responsabilidad penal, se genera a partir de la acción u omisión del individuo, por cuanto el derecho penal así lo exige, cuando impone como requisito para su estructuración el concepto de responsabilidad.”

Anota que la circunstancia de no haber participado el actor en los hechos objeto del proceso penal se corrobora con la decisión del Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que concedió el beneficio de la prisión domiciliaria bajo el argumento que “en el caso sub-judice, observa el Despacho que el penado SERGIO ALVAREZ CARDENAS, renunció a su cargo de Gerente General de la Compañía O.T.L. Ltda.. el 29 de febrero de 1996, es decir antes de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la actuación y que según las fotocopias del pasaporte, se ausentó del país, luego de producida la desvinculación a Venezuela...”, para lo cual anexa copia de la carta de renuncia certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá. Considera que se violó el principio de presunción de inocencia al imponer una responsabilidad penal por el sólo hecho de aparecer como representante legal de una persona jurídica.

Recuerda que se aportó al expediente copia del oficio de fecha 3 de junio de 1998, donde la Cámara de Comercio informa que no radica copia de la renuncia presentada por el actor el día 29 de febrero de 1996, hasta tanto no se cancele la inscripción mediante el registro de un

nuevo nombramiento o elección y que la designación o revocación de los administradores deberá efectuarse por el órgano social competente; con lo cual la Cámara de Comercio incurrió en un error “toda vez que de la sola lectura de los estatutos se establece que la representación legal estaba en cabeza del señor MAX HOLLINGER en su calidad de presidente y por lo tanto la sociedad Organización Terranova Latinoamericana Ltda. OTL Ltda., no quedaba acéfala pues la representación legal a pesar de la renuncia del señor ALVAREZ CARDENAS la ostentaba su presidente”.

Agrega que esta situación ya fue subsanada a través de certificación de la Cámara de Comercio, con fecha de inscripción 13 de junio de 2006, donde se señala: “Que por documento privado del 29 de febrero de 1996, inscrito el 13 de junio de 2006 bajo el número 1061332 del libro IX, el señor Sergio Alvarez Cárdenas renuncia al cargo de representante legal (Gerente General) en la sociedad de la referencia, con los efectos señalados en la sentencia C-621/2003 de la Corte Constitucional”. Por ende, considera que no sólo se violó el principio de presunción de inocencia sino también el de favorabilidad atendiendo la sentencia C-621 de 2003, dado que dicha decisión ha debido tenerse en cuenta por el juez accionado.

Señala que el error de informática al cual alude el juez de primera instancia en tutela desconoció su derecho de defensa ya que persistió a lo largo del proceso llegando a condenar a personas que no concuerdan con sus apellidos.

Aduce que en las declaraciones ante el juez accionado se señala que el actor había renunciado al cargo de gerente general de la sociedad. Indica que ha debido oficiarse a la Cámara de Comercio de Bogotá atendiendo dichas afirmaciones y el desarrollo mercantil de la empresa en cuestión, con lo cual se hubiera obtenido “la información correspondiente a los actos de comerciante ejercidos por la sociedad OTL Ltda., para la época de los hechos, tales como el registro de los libros de socios, de actas, mayor y de balance, solicitudes que fueron suscritas por quienes para la fecha ejercían la representación legal, abril 18 de 1996 el señor HAIM BEN MOSHE, agosto 30 de 1996 el mismo, mayo 20 de 1998 RUDOLF HOLIGER entre otras y que me permito anexar debidamente certificadas por la Cámara de Comercio de Bogotá”.

Concluye así que se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico al establecer los accionados una “responsabilidad subjetiva, derivada del carácter que ostentaba el señor

Alvarez Cárdenas, como representante legal de la persona jurídica utilizada para la comisión del hecho punible investigado, cuando debió comprobar –por corresponderle la carga de la prueba al Estado- la participación del referido ciudadano en los hechos y establecer su culpabilidad”.

El 23 de agosto de 2006, el actor directamente acompaña un escrito indicando que coadyuva la petición de impugnación presentada por su apoderada judicial, agregando que existen algunos hechos que no fueron tenidos en cuenta por los operadores de justicia por lo que procede a señalarlos.

En efecto, expone que el delito por el cual se lo condenó no podía ser perseguido desde el mismo momento en que la Fiscalía decidió llamarlo a juicio por cuanto se encontraba “prescrito”. Lo anterior, ya que los hechos sucedieron el día 5 de junio de 1996, fecha de suscripción del contrato de promesa de compraventa sobre un derecho de uso condicionado por siete mil quinientos dólares. El 15 de junio de 2004, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de estafa agravada. Agrega que atendiendo que el delito tiene una sanción penal de 2 a 8 años y de acuerdo a los artículos 83 y s.s. del Código Penal que determinan el término de prescripción como la iniciación, interrupción y suspensión, se aprecia que “la acción penal para el delito de estafa ya estaba prescrito y la única salida del señor Fiscal no era otra que la de declarar la extinción de la acción penal porque operaba el fenómeno de la prescripción y no proferir resolución de acusación como lo hizo”. Anota que el máximo de la pena a imponer es de 8 años que contados a partir del 5 de junio de 1996 hasta el 15 de junio de 1994, se completa el tiempo de prescripción sin ninguna interrupción.

Manifiesta que el Fiscal adujo que el delito bajo la Ley 599 de 2000, lo es la modalidad de agravada sin especificar la disposición o si la circunstancia es genérica o específica, por lo que tendríamos que remitirnos a los artículos 247 y 267 del Código Penal, donde no aparecen circunstancias de agravación, por lo que la prescripción sigue en 8 años. Además, tampoco es agravado por la cuantía.

Anota que en la sentencia de la Juez Sexta Penal Municipal de Descongestión a pesar de reconocer que debe aplicarse la Ley 599 de 2000, no lo hace sino que aduciendo el principio de favorabilidad termina aplicando el Decreto ley 100 de 1980. Considera que la ley más

favorable no lo es el Decreto ley 100 de 1980 sino la Ley 599 de 2000, por cuanto bajo esta última opera la prescripción de la acción penal, mientras que con aquella no por cuanto el máximo de la pena es de diez años. Además, se aumenta la pena de una tercera parte a la mitad cuando la cuantía supera el valor de \$ 100.000.00 y si bien el mínimo parte de un año no tenía por qué imponer una pena tan alta, debiendo ajustar la cifra del agravante actualizada a la fecha. Considera que por el hecho de no tener antecedentes penales se constituía en una circunstancia de atenuación punitiva. En consecuencia, manifiesta que el principio de favorabilidad que se adujo a su favor no lo es para su caso.

De otro lado, señala que otra irregularidad aberrante es que el Fiscal al declararlo persona ausente designó al Dr. Hernando Rodríguez, quien no se posesionó por cuanto el telegrama se le envió a una dirección equivocada. No se le nombró un nuevo defensor durante el resto de la etapa instructiva. Por el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión se nombró una persona inexperta a quien se le llamó solamente para hacer presencia en la audiencia pública. Concluye así que hubo falta de defensa material y técnica.

Arguye que se le condenó por un hecho que no cometió ya que no se encontraba en el país para ese tiempo y no estaba vinculado a la entidad denunciada, sin demostrarse su culpabilidad. Agrega que si bien era representante legal de papel no lo era en realidad.

Considera así que “si hubiese tenido una defensa mínima con toda seguridad no se me hubiese condenado, pues solo bastaba con haberle hecho caer en cuenta a cualquiera de los operadores de justicia, llámese fiscal o juez, que el delito esta prescrito, o en su debido momento denunciar que durante toda parte investigativa y parte del juicio estaba sin defensa...”. Expone que su familia quedó abandona en Venezuela por lo que se ha desmembrado su hogar. Indica que es un anciano que sufre del corazón y su enfermedad se agrava debido a que no puede salir a caminar. Expresa que su apoderada judicial le ha manifestado que para su caso “procede la acción de revisión, por cuanto se aprecian algunas causales para que esta sea viable, pero igualmente tengo entendido que es un proceso muy largo y costoso, pero mientras tanto seguiría privado de mi libertad, y no sería nada extraño que terminara de pagar la condena, y no se hubiese definido aún lo de la revisión” (Subrayas no originales).

3. Decisión de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 29 de agosto de 2006, decidió confirmar el fallo proferido en primera instancia, con base en las siguientes consideraciones:

- Coincide con el juez de primera instancia en tutela al negar la acción ya que existió una correcta aplicación de las etapas procesales en el curso del proceso penal, máxime cuando se decretó la nulidad por la inexistencia de la definición de la situación jurídica saneando el defecto observado.

- La sentencia del juez accionado tuvo asiento en una adecuada observancia de los medios probatorios obrantes en el proceso por medio de los cuales se corroboró la ocurrencia de los hechos, cuyas evidencias fueron analizadas y valoradas en debida forma y conforme a los presupuestos constitucionales y legales. Recalca que el sentido del fallo se determinó atendiendo el acervo probatorio existente en el proceso y no dependiendo de ningún elemento diferente al mencionado. Además, contra el fallo podía hacer uso de los medios de impugnación legales como el recurso de apelación.

- No se presumió la responsabilidad penal del procesado, pues, por el contrario fue el resultado del análisis de las pruebas aportadas al expediente por lo que no puede admitirse que la condena lo fue por el hecho de ser el representante legal de la persona jurídica denunciada. La presunción de inocencia fue desvirtuada según el estudio jurídico que se realizó tanto en lo sustancial como en lo procesal y probatorio.

- El actor tuvo defensor de oficio el cual realizó una importante intervención en la audiencia de juzgamiento “dirigida a impetrar la absolución del sindicado, quien, de otro lado, fue debidamente individualizado en el proceso, esto es, que no hay duda que quien resultó condenado es la misma persona que aquí ejerce la acción de tutela”.

- En cuanto a la prescripción de la acción que vino a ser alegada en el escrito de impugnación se puede hacer uso de la acción de revisión. No obstante, señala que resulta fácil inferir que no transcurrió el término de prescripción de la acción “habida cuenta de que se ha procedido por el delito de estafa previsto en los artículos 356 y 372 del Decreto 100/80, aplicado por razón del principio de favorabilidad de la ley penal, cuya pena máxima sería de quince (15) años de prisión, lapso éste que era el de tener en cuenta para el efecto indicado al tenor del artículo 80 del citado Código Penal”.

- La agravación punitiva obedeció a la cuantía económica del delito cometido.
- Finalmente, en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad se indica que la condena se produjo con base en un adecuado análisis del acervo probatorio obrante en el proceso y la aplicación de dicho principio obedeció a la tasación de la pena realizada por el Juzgado. Agrega que ha debido esgrimirse dicho argumento en el momento procesal oportuno a través de la impugnación, sin embargo, si hubo un error en la tasación de la pena por aplicación indebida del principio de favorabilidad de la ley penal, ello puede invocarse ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, existiendo entonces un mecanismo de defensa judicial.

III. INSISTENCIA Y SELECCIÓN DE LOS FALLOS DE TUTELA PARA REVISIÓN.

El Magistrado, doctor Rodrigo Escobar Gil, a través de comunicación de fecha 10 de noviembre de 2006, en ejercicio de la facultad de insistencia solicitó a la Sala de Selección de Tutela, la revisión del presente asunto a efectos de que la Corte determine si las actuaciones de las autoridades demandadas desconocieron el derecho al debido proceso del actor, al ser condenado sin reparo en las pruebas allegadas al proceso de las cuales se puede inferir que no tuvo participación en la comisión de la estafa. Igualmente, para que se reitere la jurisprudencia en torno al debido proceso en cuanto a la defensa técnica.

La Sala de Selección de Tutela No. 11 de la Corte Constitucional, en auto de fecha 28 de noviembre del 2006, dispuso seleccionar los fallos de tutela que se estudian y repartirlo a este Despacho para su decisión por la Sala Novena de Revisión.

IV. PRUEBAS ORDENADAS POR LA SALA DE REVISIÓN.

Por auto del 22 de enero del 2007, la Sala de Revisión dispuso oficiar al Juzgado 52 Penal Municipal de Bogotá³ para que remitiera copias de la totalidad del expediente que contiene la actuación surtida dentro del proceso de estafa, causa No. 05-0095, que terminó con sentencia condenatoria el 24 de junio de 2005.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema a resolver.

El actor presenta acción de tutela como mecanismo transitorio⁴ contra la Fiscalía 119 y el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, radicando principalmente el objeto de la acción⁵ en que dentro del proceso penal por ausencia que se le adelantó, entre otros sindicados, por el delito de estafa y que culminó con sentencia condenatoria de 48 meses de prisión⁶, se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico al condenarlo por hechos que ocurrieron -4 de junio de 1996-7 cuando no era gerente general de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda. y sólo por haber tenido dicha calidad máxime cuando de la escritura de constitución de la organización se infiere el ejercicio del cargo solo por un tiempo determinado.

Dado que, como lo reconoce el actor, continuaba registrado como gerente general de dicha organización para la época de la presentación de la denuncia, según certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, acompaña oficio en que ante una petición de retiro de dicho registro presentada por un familiar, la Cámara de Comercio informa que procederá a retirar el nombre del actor como gerente de dicha organización una vez allegue copia del acta proferida por el órgano competente donde conste la aceptación de la renuncia o la nueva designación. En el trámite de la impugnación del fallo de tutela el accionante allega certificado de la Cámara de Comercio expedido el 15 de junio de 2006, donde se indica que por documento privado del 29 de febrero de 1996, que vino a ser inscrito el día 13 de junio del 2006, el actor presentó renuncia al cargo de gerente de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda.

Además, el actor centra el objeto de la acción en que no fue debidamente identificado en sus apellidos durante todo el trámite del procesamiento por ausencia y expone igualmente una serie de irregularidades procesales consistentes en que en la etapa instructiva i) desde la primera providencia en que se calificó provisionalmente la situación de los denunciados se les condenó ya que se impuso medida de aseguramiento como coautores del delito de estafa agravada cuando no se tenía claro quienes eran los acusados y no se había individualizado a

los sindicatos, ii) para la época de los hechos la detención preventiva no era la medida de aseguramiento a imponer (art. 397 del Decreto 2700 de 1991), iii) a pesar de que le fue designado un defensor de oficio éste no ejecutó una sola actuación hasta la etapa de juzgamiento en que se le designó un nuevo defensor, iv) las pruebas fueron aportadas exclusivamente por la parte civil, v) no se ejerció el derecho de contradicción de las pruebas, vi) no se dispuso la práctica de prueba alguna, vii) se dio por cierto los hechos y pruebas allegadas por la parte civil y viii) no se investigó lo favorable para los acusados ante una defensa inexistente, un Ministerio Público ausente y una parte civil complacida. Y respecto a la etapa de juzgamiento anota que i) si bien le fue designado un nuevo defensor de oficio éste no se refirió a él en la celebración de la audiencia pública, ii) el juzgador desconoció los parámetros de tasación de la pena, iii) dejó de lado la fundamentación probatoria y iv) desconoció el principio in dubo pro reo. Añade que por su calidad de ciudadano venezolano no implica que no se le otorgue un trato igualitario respecto a los nacionales.

El actor al coadyuvar el escrito de impugnación de su apoderada judicial, señala que respecto al delito por el cual se le condenó había operado la prescripción de la acción y que según le ha indicado su apoderada judicial “para mi caso procede una acción de revisión, por cuanto se aprecian algunas causales para que ésta sea viable, pero igualmente tengo entendido que es un proceso muy largo y costoso, pero mientras tanto seguiría privado de mi libertad y no sería nada extraño que terminara de pagar la condena y no se hubiese definido aún lo de la revisión” (subrayas al margen del texto original).

El Juez 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, como autoridad judicial accionada, se opuso a las pretensiones del accionante señalando que no le constaba que el actor hubiera ejercido el cargo de gerente general únicamente desde enero de 1994 hasta febrero de 1996 y que podía ocuparlo sólo por dos años. Además, indica que si bien algunas veces se presentaron errores mecanográficos respecto al apellido el actor, éste fue identificado plenamente partiendo del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio que se acompañó con la denuncia donde aparece registrado como gerente general de la Organización, según consta en el folio 6 anverso del cuaderno No. 1 de la causa penal, y con la información dada por las autoridades nacionales y venezolanas respecto al número de identificación del pasaporte, foto, fecha y lugar de nacimiento.

Adicionalmente, el juez accionado procede a desvirtuar las demás irregularidades expuestas

por el actor, conforme al proceso penal, indicando que i) la denuncia no fue presentada en la fecha indicada por el actor, ii) el actor si fue denunciado en calidad de gerente general de la organización junto con otros directivos y sociedades donde se presentaron cargos, iii) dentro de la resolución de declaratoria de persona ausente se designó como defensor al abogado Hernando Rodríguez Amarillo “quien se notificó de esta decisión el 10 de octubre de 2001, igualmente se notificó personalmente de la resolución que definió la situación jurídica con fecha 28 de abril de 2004 (folio 62 anverso cuaderno original No. 2) y de la resolución que clausuró la investigación con fecha 12 de mayo de 2004, como de la resolución que calificó el mérito del sumario, el 22 de junio de 2004 (folio 132 vuelto cuaderno original 2)”, iv) ante la no comparecencia del defensor designado se le relevó del cargo y se designó uno nuevo - miembro activo de consultorio jurídico de la Universidad Nueva Granada-, quien asumió y tomó posesión del cargo, intervino en la audiencia pública refiriendo de manera general a sus defendidos, v) en la denuncia y el certificado de la Cámara de Comercio (folio 6 anverso cuaderno original No. 1), figura como Sergio Alvarez en calidad de gerente general de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda., “siendo entonces la misma persona a la cual se refiere la quejosa y no otra, luego entonces y ante el desarrollo procesal de la misma fiscalía con las diferentes autoridades locales como internacionales (Caracas Venezuela), se pudo concluir que la verdadera identidad de quien se conoció inicialmente en el proceso como SERGIO ALVAREZ, dado el número de cédula y pasaporte a las autoridades del vecino país, se aportó gran información la que se observa a folios 71 al 95 del cuaderno original número 2, que dicho ciudadano corresponde a SERGIO ALVAREZ CARDENAS, cédula de identidad venezolana V-6.175.975 y pasaporte 6135965 (ver folios 243 del cuaderno original No. 1), lo que al este juzgador proferir la sentencia definitiva fue su deber y obligación examinar todos esos aspectos y efectivamente emitir el fallo contra SERGIO ALVAREZ CARDENAS dado que con lo allegado quedó plenamente identificado”.

Los jueces de tutela negaron las pretensiones del actor al considerar que conforme al certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio aportado con la denuncia y los testimonios de algunos empleados que trabajaron para dicha organización se desprende que el actor ejercía las funciones de gerente sin que se conociera hasta ese momento de la renuncia al cargo. De igual modo, desvirtuaron la existencia de alguna otra actuación como constitutiva de vía de hecho. Y, en cuanto a que se configuró la prescripción de la acción indicó que se cuenta con la acción de revisión y que la tutela no constituye una tercera instancia cuando se dispone de otros medios de defensa judiciales.

Conforme a lo anterior, en la medida que se ha aludido tanto por el actor como por el juez de tutela a la existencia de medios de defensa judiciales como la acción de revisión, la Sala habrá de determinar previamente la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, además de que se ha instaurado la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de este punto habrá de referirse en primer lugar a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y a los presupuestos de configuración de la existencia de un perjuicio irremediable para así entrar a resolver el caso concreto.

3. El carácter subsidiario de la acción de tutela y los elementos que deben configurarse para la existencia de un perjuicio irremediable.

El inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política⁸ y el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 19919, revisten a la acción de tutela de un carácter subsidiario por cuanto sólo será procedente cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Medios de defensa judiciales que deben ser valorados en cuanto a su idoneidad y eficacia, respecto a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

El carácter subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido señalado por la Corte desde el inicio de sus funciones. Al efecto, en la sentencia C-543 de 1992¹⁰, se sostuvo que “tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable ... Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales...tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso...”¹¹ Decisión que, entre otras decisiones, fue reiterada en la sentencia SU.622 de 2001¹² y posteriormente en la sentencia C-590 de 2005¹³, donde se señaló que la acción de tutela es

un medio de defensa judicial subsidiario y residual, y que las acciones judiciales ordinarias constituyen supuestos de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales.

De igual modo, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, esta Corte ha manifestado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya que deben cumplirse “ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad”, que la Corte ha distinguido unos de carácter general que son los que permiten la presentación de la acción de tutela y otros de carácter específico. En efecto, en la citada sentencia C-590 de 2005, la Corte recordó:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional...
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁴...
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹⁵...
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar 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 actora¹⁶...
- e. 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 posible¹⁷...
- f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁸...

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia

se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica 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.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance....

i. Violación directa de la Constitución.” (Subrayas no originales).

Dentro de los requisitos generales que posibilitan la presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales está el que el accionante hubiere agotado “todos los medios –ordinarios y extraordinarios” de defensa judiciales salvo que se trate de evitar un perjuicio ius fundamental irremediable.

Como lo indicó la sentencia reseñada, C-590 de 2005, constituye “un deber del actor

desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última". En consecuencia, no resulta procedente la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el actor no ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte en sentencia T-751 de 200120 y en Auto de Sala Plena 199 de 200321, definió el perjuicio irremediable como "el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho..."²²

Recientemente esta Corporación en la sentencia T-1064 de 200623, reiteró que el perjuicio irremediable debe ser acreditado por el actor, correspondiendo al juez constitucional apreciar si de la situación fáctica que origina la acción es posible deducir su existencia. En la sentencia T-225 de 199324, se definieron los elementos de configuración:

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces

inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas”.

Por ende, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable está supeditada a que el actor demuestre conforme a las circunstancias concretas del caso, la presencia concurrente de los elementos de su configuración como son la inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción.

4. En el presente caso el ordenamiento jurídico prevé la existencia de un mecanismo de defensa judicial para impugnar la sentencia condenatoria como lo es la acción de revisión. La no configuración de un perjuicio irremediable.

La Sala procederá a resolver i) sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, dado que se ha aludido a la existencia de otros mecanismos de defensa judiciales como la acción de revisión. De existir un medio judicial que revista de idoneidad y eficacia, la Sala habrá de examinar ii) si se está ante un perjuicio irremediable ya que la tutela fue presentada como mecanismo transitorio.

4.1. Ha señalado la Corte que con la acción de revisión se cumple la exigencia constitucional de impugnar las sentencias condenatorias²⁵, del cual puede hacer uso el procesado por

ausencia²⁶ y para la cual no existe término de presentación²⁷. En sentencia C-871 de 2003²⁸, la Corte recordó que la acción de revisión “permite en casos excepcionales dejar sin valor una sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial revelan que ésta es injusta. En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio ‘res iudicata pro veritate habetur’ para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado...Teniendo en cuenta que la revisión está llamada a modificar providencias amparadas por la cosa juzgada, es un mecanismo extraordinario que sólo procede por las causales taxativamente señaladas por la ley. Es por ello que la jurisprudencia ha dicho que las causales previstas para su procedencia deben ser interpretadas en forma restrictiva²⁹”. (Subrayas no originales).

Dicha acción de revisión se encuentra consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que señala las causales de procedencia:

“La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por una misma conducta punible que no hubiese podido ser cometida sino por una o por un número menos de las sentenciadas.
2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.
4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero.
5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión

se fundamentó en prueba falsa.

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria....”.

Esta Corte ha reiterado que la procedencia de la acción de revisión por la causal de prescripción de la acción (numeral 2), constituye un mecanismo extraordinario de defensa judicial que resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales. Así lo sostuvo en la sentencia SU.913 de 200130, la cual fue reiterada en las sentencias T-1320 de 200131y T-212 de 200632:

“En conclusión, mediante la acción de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puede plantear el accionante, a través del defensor, la causal de prescripción.

...

La pregunta que surge es si la acción de revisión es el mecanismo idóneo para proteger, en cuanto al tema de la prescripción, el derecho fundamental que el accionante considera pudiere habersele violado.

Al respecto la Corte expresa que existiendo como causal de revisión el que la acción no podía proseguirse por la prescripción, se considera que el accionante puede alegar la presunta violación de su derecho al debido proceso en dicha acción.

...

La idoneidad y eficacia del medio alternativo es instancia propicia para que se examine la pretensión del accionante, pero no significa que sea un medio que le garantiza siempre la prosperidad de lo que alega en dicho recurso. La Corte no puede, al decidir que existe otro medio alternativo, que debe resolverse ante otro Juez, examinar si prosperaría o no la pretensión de quien instaura la tutela, porque se trataría del estudio del fondo de lo alegado, lo cual escapa a la competencia de la Corte Constitucional.

Por tanto, existiendo un medio procesal eficaz e idóneo, alternativo, como es la acción de revisión, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, esta Corte declarará

improcedente la tutela instaurada ...”.

También la Corte ha referido, conforme a la disposición penal reseñada, a la causal consistente (numeral 3) en que procede la acción de revisión cuando después de la sentencia condenatoria aparecen hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que establezcan la inocencia del condenado y ha acogido el alcance que respecto de la misma ha dado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha explicado el sentido de esa causal en los siguientes términos:

‘El hecho nuevo (...) es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex-novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba ex-novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado...33’”.

Recientemente esta Sala de Revisión, sentencia T-1292 de 200534, reiteró el carácter subsidiario de la acción de tutela frente a la acción de revisión, recordando para el efecto la sentencia T-659 de 200535, donde indicó: “Así las cosas, en principio, el ciudadano debe esperar a que la autoridad judicial competente se pronuncie de fondo acerca de la procedencia o no de la causal de revisión invocada, por cuanto, se insiste, existe una sentencia penal en firme en su contra, y por ende, la restricción al ejercicio de su libertad

personal se encuentra amparada en una decisión judicial”. Ello es muestra de la idoneidad y eficacia de que reviste dicho medio de defensa judicial extraordinario.

La Corte ha señalado como requisito general de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, el que se “hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada”³⁶, lo cual constituye un deber del actor para que la Corte no termine vaciando de competencias las distintas autoridades judiciales y desbordando sus competencias institucionales³⁷. Por ende, en el presente caso el actor habrá de agotar dicho medio de defensa judicial extraordinario previsto el ordenamiento jurídico atendiendo el carácter subsidiario que reviste la acción de tutela.

Respecto a lo que considera el actor es el objeto central que motiva la presentación de la acción de tutela, tal como lo ratificó en el escrito de impugnación, constituye la acción de revisión el medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales ya que permite impugnar la sentencia condenatoria cuando aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates que establezcan la inocencia del condenado.

No debe olvidarse que el actor reconoce que para el momento en que se inició y terminó el proceso penal por ausencia³⁸, aparecía registrado en la Cámara de Comercio como gerente general de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda. (folios 6 y 7 del cuaderno No. 1 de la causa penal). Sólo después de la sentencia condenatoria, la Cámara de Comercio³⁹ vino a registrar en el certificado de existencia y representación legal de la organización: “Que por documento privado del 29 de febrero de 1996, inscrito el 13 de junio de 2006 bajo el número 1061332 del libro IX, el señor Sergio Alvarez Cárdenas renuncia al cargo de representante legal (Gerente General) en la sociedad de la referencia...”. Por ende, la circunstancia de que el actor no era gerente general de la organización al momento de la suscripción del contrato de promesa de compraventa del derecho de uso condicionado sobre una unidad habitacional del hotel Cancún por valor de US. 7.500., al haber renunciado al cargo desde el 29 de febrero de 1996, era desconocida tanto para el Fiscal 119 como para el Juez 6 Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

Tampoco puede desconocerse que en el trámite del proceso penal por ausencia adelantado,

entre otros, contra el actor se aprecia que las autoridades que participaron en la investigación y juzgamiento desplegaron una actividad probatoria como la práctica de testimonios tendientes a verificar la ocurrencia de los hechos y así mismo realizaron las diligencias necesarias en orden a identificar a los denunciados.

Por consiguiente, la acción de revisión que habrá de surtirse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye el escenario natural donde el actor puede ventilar las circunstancias reseñadas en la acción de tutela bajo las causales taxativamente previstas en la legislación procesal penal, aportar las pruebas que considere necesarias y brindar los elementos de juicios indispensables para demostrar que efectivamente no ejerció el cargo para el momento de los hechos denunciados.

Así mismo, de ser cierto lo indicado por el actor, las demás irregularidades procesales perderían todo objeto y finalidad ya que al demostrar su inocencia podrá obtener consecuentemente la libertad.

De igual modo, el actor a través de su apoderada judicial puede presentar la acción de revisión por la causal de prescripción de la acción, que como lo ha señalado la Corte dicha acción es un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de los derechos.

Adicionalmente, como se expondrá más adelante, el actor ha hecho uso de otros medios de defensa judiciales que prevé el ordenamiento jurídico como lo es acudir ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad para obtener la sustitución de la pena privativa de la libertad la cual le vino a ser otorgada. No debe olvidarse las competencias que le asisten a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad según el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal), como son: “Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocerán de las siguientes actuaciones: 1. De las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan. 2. De la acumulación de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona. 3. Sobre la libertad condicional y su revocatoria. 4. De lo relacionado con la rebaja de la pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanzay sobre la sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal. 5. De la aprobación de propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las

condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad. 6. De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad. 7. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución o extinción de la acción penal. 8. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia...”.

Si agotados de manera diligente los medios de defensa judiciales como lo es la acción de revisión, el actor considera que ésta ha fallado al no garantizar sus derechos fundamentales, la acción de tutela resulta procedente al encontrarse en estado de indefensión. Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-590 de 200540, al señalar: “este mecanismo (acción de tutela) sólo puede operar cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y siempre que la persona hubiere acudido a ellos de manera diligente. En este sentido, la acción de tutela no suplanta ni reemplaza a los mecanismos ordinarios ni puede servir para remediar la negligencia de alguna de las partes procesales. Se trata, simplemente, de una revisión extraordinaria y excepcional de la constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión. Si las acciones y recursos judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos”. Y, lo reiteró la sentencia T-1232 de 200341, al indicar que : “Cuando se ha utilizado las instancias ordinarias de defensa, con las acciones y recursos previstos en ella para la defensa de los derechos fundamentales y persiste la amenaza o violación contra ellos, la acción de amparo constitucional se constituye en el único y eficaz mecanismo de protección de tales derechos. Pues, el agotamiento de las vías ordinarias de defensa comporta la no existencia de otros medios de protección, lo que habilita la utilización de la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política, según el cual la acción de amparo procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial”.

4.2. Ahora bien, el actor impetra la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin embargo, no expuso argumento alguno en orden a justificar y demostrar la ocurrencia de dicho perjuicio.

Debe recordarse que el actor al solicitar ante el juez de instancia en tutela la aplicación del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 y requerir la suspensión de la detención, fue que aludió y sólo para dichos efectos a que se encontraba privado de la libertad, que tiene 63 años de edad⁴² y su estado de salud es precario. Después, en escrito posterior, concretamente cuando manifiesta que coadyuva la impugnación del fallo de tutela presentado por su apoderada judicial, viene a referir que es una persona de 63 años y que padece de una afección cardiaca.

También debe indicarse que con la presentación de la acción de tutela el actor adjunta escrito que dirigió al Juez 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, solicitando la sustitución de la pena privativa de la libertad exponiendo los mismos argumentos reseñados, es decir, que al ingresar al país fue detenido por el DAS por lo que se encuentra privado de la libertad, que para la época de los hechos no era gerente general de la empresa denunciada, que actualmente tiene 63 años de edad y padece de una afección cardiaca. El 10 de mayo de 2006, el Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, resolvió: “SUSTITUIR la pena privativa de la libertad impuesta a SERGIO ALVAREZ CARDENAS que trata el art. 38 del C. P. ...Prestada la caución y suscrita el acta de compromiso en comento, OFICIAR al INPEC a fin de que se proceda al traslado del penado ...al lugar de residencia que señale en la diligencia de compromiso...”, teniendo como fundamento los aspectos reseñados. Quiere ello decir que el actor pudo obtener ante la instancia judicial ordinaria correspondiente la sustitución de la pena privativa de la libertad para la garantía de sus derechos.

En el presente caso, la Sala no observa la concurrencia de los presupuestos señalados por la jurisprudencia constitucional como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad de la acción respecto a los hechos manifestados por el actor que permitiera la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, máxime cuando, como se ha expuesto, el actor no justificó ni demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Incluso partiendo de que su justificación radica por encontrarse privado de la libertad, tener 63 años de edad y padecer de una afección cardiaca, dichas circunstancias no justifican per se la existencia de un perjuicio irremediable, ni demuestran su configuración. Esta Corporación en la sentencia T-212 de 200643, señaló que “el mero hecho de estar privado de

la libertad no implica un perjuicio irremediable que haga que proceda la tutela como mecanismo transitorio para cuestionar una providencia de tipo penal". Lo cual también puede predicarse de la sola circunstancia de tener 63 años de edad⁴⁴ y el padecer de una afección cardiaca.

Menos aún puede señalarse que al actor ha sido discriminado por la sola circunstancia de ser ciudadano venezolano ya que ello no se justificó y no existe un solo elemento probatorio que soporte dicha afirmación.

Por lo anterior, el actor tiene a su disposición la acción de revisión ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y no se observa la existencia de un perjuicio irremediable. Por ello, habrá de revocar los fallos de tutela proferidos por los jueces de instancia al haber denegado la acción de tutela para en su lugar declararla improcedente con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE :

Primero. Revocar los fallos proferidos por el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá del 10 de mayo de 2006 y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del 29 de agosto de 2006, en cuanto denegaron la acción de tutela, para en su lugar declararla improcedente con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En primer lugar habrá de atenderse la numeración dada en la presente decisión. En la medida que en la contestación por la juez accionada refiere al orden establecido en la acción de tutela, esta Sala de Revisión para un mayor entendimiento habrá de explicitar su contenido.

2 Finalmente, señala que remite el expediente el cual consta de cuatro (4) cuadernos originales con 300, 134, 194 y 10 folios.

3 Despacho judicial a quien pasó los asuntos de conocimiento del Juzgado Sexto Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

4 Debe recordarse que como medida provisional para proteger sus derechos el actor solicitó ante el juez de tutela la suspensión provisional de la detención preventiva de su defendido mientras se resuelve de fondo la acción de tutela al encontrarse privado de la libertad, a lo cual se suma la precaria salud de su mandante al tener una afección cardiaca por hipertensión y un cuadro crónico, fuera de los 63 años de edad que tiene.

5 Así se tiene además del escrito de impugnación presentada por la apoderada judicial del actor. Folio 147 del cuaderno principal.

6 El actor expone que al ingresar al país fue detenido por el DAS en cumplimiento de la orden de captura proferida por el Juzgado 6 Penal Municipal de Descongestión que le impuso el 24 de junio de 2005, una sentencia condenatoria de 48 meses de prisión, multa de \$ 500.000, pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, y pago de perjuicios materiales y morales.

7 Señala la apoderada judicial del actor, ciudadano de nacionalidad venezolana, que en el mes de junio de 1998, se presentó denuncia por estafa en contra de la Organización Terranova Latinoamericana Ltda., concretamente contra algunos de sus directivos y quien suscribió el contrato de promesa de compraventa del derecho de uso condicionado celebrado el 4 de junio de 1996 sobre una unidad habitacional del hotel Cancún, Estado de Quintana Roo de México, por valor de US. 7.500.

8 “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

9 “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

10 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Esta decisión fue reiterada en la sentencia SU.622 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

12 M.P. Jaime Araujo Rentería.

13 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

14 Sentencia T-504/00.

15 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

16 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

17 Sentencia T-658-98

18 Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

19 Sentencia T-522/01

20 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 M.P. Jaime Araujo Rentería.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-468/92. M.P. Fabio Morón Díaz.

24 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

25 C-998 de 2004. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

26 C-488 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Además, en esta decisión la Corte alude “En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste.”

27 C-998 de 2004. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

28 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

29 Sentencia C-680 de 1996. Fundamento 4.2

30 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

31 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

32 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 10186, sentencia del 11 de 1996. MP Juan Manuel Torres Fresneda, que reitera la sentencia de esa misma sala del 1 de diciembre de 1983. En el mismo sentido ver también, entre otras providencias, el auto del 9 de mayo de 1997. Rad. 12575 MP Jorge Córdoba Poveda

34 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

35 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

36 Sentencia C-590 de 2005.

37 Sentencia C-590 de 2005.

38 La denuncia penal fue presentada el 28 de mayo de 1999 y se profirió sentencia condenatoria el 24 de junio de 2005.

39 Certificado expedido el 15 de junio de 2006.

40 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

41 M.P. Jaime Araujo Rentería.

42 El juez de primera instancia en tutela negó la solicitud de aplicación de medidas provisionales bajo el argumento que la privación de la libertad tiene como sustento legal una sentencia condenatoria en firme que goza de la presunción de legalidad y que no resulta censurable ante el escaso material probatorio allegado. Respecto a las condiciones de salud del actor, dispuso que el DAS o establecimiento penitenciario suministren la atención requerida para proteger la vida del accionante, previa valoración médica, observando que se presentó solicitud de sustitución de ejecución de la pena de prisión ante el Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

43 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 T-106 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta sentencia se reiteró que la sola circunstancia de pertenecer a un grupo de especial protección constitucional no era un motivo que per se justificara la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.