

Sentencia T-442/07

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual por existencia de otro medio de defensa judicial

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

ACCION DE REVISION-Naturaleza

ACCION DE REVISION EN PROCESO PENAL-Procedencia

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

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL IDONEO Y EFICAZ-Improcedencia de tutela

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Improcedencia por no existir perjuicio irremediable

CASOS DE HOMONIMIA O SUPLANTACION DE PERSONAS-Se dispone de otros medios judiciales diferentes a la tutela

Referencia: expediente T-1508289

Acción de tutela instaurada por Dámaso Benítez Mosquera en contra de la Fiscalía 136 Seccional, el Juzgado 34 Penal del Circuito y el Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo 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 la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Dámaso Benítez Mosquera en contra de la Fiscalía 136 Seccional, el Juzgado 34 Penal del Circuito y el Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

El señor Dámaso Benítez Mosquera, a través de apoderado judicial, doctor Rafael Eduardo Veloza Rodríguez, interpone acción de tutela en contra de la Fiscalía 136 Seccional, el Juzgado 34 Penal del Circuito y el Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, por considerar que en el trámite del proceso penal que culminó con sentencia condenatoria se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental que vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa, el acceso a la justicia y la igualdad. Para fundamentar su petición expone los siguientes

1. Hechos¹.

Señala el accionante que el día 17 de junio de 2000, la empresa ACERTAR LTDA., dedicada al renglón de las confecciones fue asaltada por varios sujetos que según el proceso penal adelantado por hurto calificado agravado se realizó aprovechando los flirteos amorosos de una mujer que sedujo al vigilante a quien puso en estado de indefensión a través de sustancias soporíferas, facilitando así el acceso al inmueble de los facinerosos quienes después de golpear al vigilante procedieron a sustraer las mercancías, muebles, enseres y gran cantidad de bienes.

Iniciadas las pesquisas por los organismos de inteligencia del Estado resultó capturado José Hermes Manjarrés Betancourt, quién según informe de la División de Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS"², ofreció colaborar con la justicia suministrando los nombres de las personas que intervinieron en el hecho punible para hacerse acreedor de los beneficios que por confesión y colaboración establecen las normas procedimentales penales. Dicho informe señala que uno de los partícipes del ilícito fue el señor Dámaso Benítez Mosquera, a quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. 4.832.555 y residente en la carrera 23ª No. 64-27 Sur de Bogotá, y que según la afirmación del citado colaborador se conoce con el nombre de "José Pinzón", alias "rancho".

Indica que en la indagatoria celebrada el Sr. Manjarrés Betancourt³ manifestó "no haber suministrado direcciones sino haberle señalado a los investigadores las direcciones igualmente indicó no haber tenido negocio con las personas que mencionó como partícipes del hurto sino que "...los veo seguido en el barrio porque viven en el mismo sector, pero yo nunca he tenido negocios con ellos". Con fundamento en dicho informe del DAS y la versión ofrecida por el procesado Manjarres Betancourt, la Fiscalía 136 Seccional, "supuestamente envía telegrama a DAMASO BENITEZ MOSQUERA a la carrera 23 No. 64-27", es decir, lo envía al norte de la ciudad cuando el informe señala el sur, citándolo para escucharlo en diligencia de inquirir⁴ a la cual no concurre por los motivos que habrán de exponerse.

Posteriormente, el procesado Manjarrés Betancourt es llevado a diligencia de reconocimiento⁵ donde supuestamente reconoce a uno de los autores materiales del ilícito como es el Sr. Benítez Mosquera. Al no comparecer a la indagatoria, con base en el reconocimiento realizado por el Sr. Manjarrés Betancourt, la Fiscalía 136 emite el 4 de septiembre de 2000, órdenes de captura⁶ indicando como domicilio la carrera 23ª No. 64-27 de Bogotá. Mediante resolución del 6 de septiembre de 2000⁷, se ordena el emplazamiento del Sr. Benítez Mosquera por el término de 5 días hábiles por edicto⁸ fijado en la secretaría del despacho.

El 18 de octubre de 2000, la Fiscalía deja constancia en relación con la cancelación de las órdenes de captura, entre las cuales está la emitida contra el Sr. Benítez Mosquera, bajo los siguientes términos: "...esta Fiscalía jamás había ordenado cancelar las mismas y si se había incurrido a tal conducta era única y exclusivamente a dicha empleada, señalándose a tales funcionarios que la suscrita Fiscal en pretérita oportunidad había puesto en

conocimiento del Jefe de esta Unidad, las fallas presentadas por dicha empleada en ejercicio a las funciones inherentes a su cargo, toda vez que la suscrita había sido requerida por tales funcionarios por el trámite anómalo que se había dado a las mismas. Se deja constancia que los correspondientes formatos de cancelación de orden de captura fueron devueltos para ser agregados al proceso, siendo informada la suscrita Fiscal por parte del señor Jefe de Unidad que se debía requerir a dicha empleada por haber entregado tales órdenes un mes después de haberse proferido las mismas...9´”. Mediante resolución del 20 de octubre de 2000, la Fiscalía 136 sostuvo que: “‘Teniendo en cuenta que las órdenes de captura libradas dentro del presente proceso no fueron enviadas en forma oportuna al SIAN por parte de la señora ...Dispone poner en conocimiento de esta situación al señor Jefe de la Unidad, ..., para los fines legales pertinentes´”. Nuevamente la Fiscalía fija el 9 de octubre de 2000, edicto emplazatorio al Sr. Benítez Mosquera que tiene constancia de desfijación el 13 de octubre de 200010.

Por resolución del 23 de enero de 2001, la Fiscalía declara persona ausente, entre otros sujeto, al Sr. Benítez Mosquera, designándole como defensor de oficio al Dr. Henry Torres León. Emplazado, declarado persona ausente y designado el defensor de oficio, la Fiscalía por resolución del 29 de junio de 2001, resuelve la situación jurídica¹¹, atribuyéndole la presunta coautoría en el delito de hurto agravado y calificado. Por resolución del 13 de septiembre de 2001, la Fiscalía 136 declara clausurada la investigación y ordena correr traslado del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, para que los sujetos procesales presenten los alegatos de conclusión. El defensor de oficio del Sr. Benítez Mosquera guardó absoluto silencio.

Iniciada la etapa del juicio el defensor de oficio dentro del término del artículo 446 del C. de P.P., no solicitó prueba alguna ni presentó nulidad. Después de algunos aplazamientos por la no comparecencia del defensor se celebra el juzgamiento donde “en los más pobres argumentos que demuestran la ignorancia o desconocimiento de lo paginado, solicita por fuerza de la inercia la absolución del defendido”. El 31 de octubre de 2003, el Juzgado 34 Penal del Circuito pone fin al proceso condenando al Sr. Benítez Mosquera a la pena principal de 70 meses de prisión como autor del delito de hurto agravado y calificado, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo espacio de tiempo y negando cualquier subrogado penal. Proceso que pasó al Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la administración de la pena en las irregulares condiciones que se adelantó.

A continuación, el apoderado judicial del actor procede a concretar las acciones y omisiones que constituyen graves errores de procedimiento en el curso del proceso penal:

1. El artículo 369 del Código de Procedimiento Penal -Decreto 2700 de 1991-, señala: "Reconocimiento a través de fotografías...la diligencia se hará sobre un número no inferior a seis fotografías cuando se tratare de un solo imputado, y en lo posible SE AUMENTARAN en la misma proporción, según el número de personas a reconocer. En la diligencia...deberá estar presente el defensor...si de la diligencia resultare algún reconocimiento, las fotografías se agregarán a la actuación".

La diligencia de reconocimiento donde es convocado el procesado Sr. Manjarrés Betancourt desde el comienzo resulta irregular al realizarse el mismo día del cumplimiento de la resolución 8 de septiembre de 2000¹², que hacía imposible su notificación a los sujetos procesales -publicidad-¹³, sin que además exista constancia de haberse comunicado la práctica de la misma, lo cual vino a impedir el ejercicio derecho de contradicción¹⁴. De igual forma:

i) se realizó no sobre fotografías sino sobre fotocopias "situación totalmente anómala en razón de la distorsión que una fotografía sufre cuando es fotocopiada y si a eso se le aúna el hecho de que la persona por reconocer es de raza negra resulta absolutamente desastroso cualquier reconocimiento en esas condiciones".

ii) sin la presencia de los defensores de las personas a quienes se va a reconocer, pues, no obstante desde el principio de la investigación sus identidades y direcciones son conocidos por el Fiscal "difiere la citación a indagatoria y los trámites procedimentales para vincularlos legalmente al proceso y designarles defensores de oficio o posesionar a los designados por éstos tal como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución...".

iii) el reconocimiento se hace sobre la base de la coacción moral al sindicado ya que para el reconocimiento de cada uno de los imputados el Fiscal "le sugestionaba interrogándolo de la siguiente manera: '...sírvese indicar a la Fiscalía bajo la gravedad del juramento, o 'bajo la gravedad del juramento que ha prestado...', si las fotografías que se le ponen de presente reconoce al sujeto denominado JOSÉ PINZÓN ". Si se tiene en cuenta que el sindicado está en procura de obtener una disminución punitiva por colaboración intentará por todos los medios demostrar al funcionario judicial que no está mintiendo y que su colaboración es

eficaz “así a las personas que ‘reconozca’, como en el caso de mi procurado, no la haya visto jamás. Lo importante para el procesado es darle resultados al fiscal para que éste pueda ‘acusar’ y hacer ‘condenar’ a unas personas; así las estadísticas que muestran que la administración de justicia es eficaz subirá en porcentaje y los resultados a mostrar a sus superiores estarán a la vista”.

iv) no hubo un reconocimiento que ofrezca certeza. El capturado Manjarrés Betancourt es dubitativo en los reconocimientos, pues, siempre dice: “se asimila”, como en el caso del Sr. Benítez Mosquera, a quien nunca cita por su nombre sino por el de “José Pinzón”, cuando indicó: “...al muchacho que le decían rancho no lo veo aquí...se asimila a éste número cinco”. Sin embargo, a pesar de dicha duda que ofrece el reconocimiento para el Fiscal es digno de credibilidad.

v) el número de fotografías empleadas no se compadece con lo previsto en el artículo 369 del C. de P. P., que dispone que no puede ser inferior a seis (6) cuando se trate de un solo imputado y en lo posible se aumentarán en la misma proporción según el número de personas a reconocer. La diligencia de reconocimiento se hizo sobre siete (7) personas. Según constancia del despacho se emplearon además de las decadactilares de los imputados, seis (6) tarjetas decadactilares más para un total de trece (13), cuando mínimo debió emplearse 42 fotografías, de no difícil manejo dado que en esta capital funciona la Registraduría Nacional del Estado Civil, que bien pudo haber proporcionado un número mayor de tarjetas si la Fiscalía hubiere hecho el menor esfuerzo para ello. Tampoco se solicitó las decadactilares de todos aquellos ciudadanos conocidos con el nombre de “José Pinzón” al indicarse por quien hace el reconocimiento que “Doctora, JOSE PINZON se hace llamar es un muchacho que le decimos RANCHO se hace llamar JOSE PINZON cargaba una cédula de JOSE PINZON”. Y,

vi) falta de incorporación de las fotografías empleadas para el reconocimiento. Se omite agregar a la actuación las fotografías empleadas como lo dispone el inciso final del artículo 369 del C. de P.P.

2. Citación para indagatoria y el juicio (audiencia preparatoria y audiencia pública). Artículo 376 del Código de Procedimiento Penal: “Citación para indagatoria...Si en cualquiera de los casos anteriores el imputado no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el

cumplimiento de dicha diligencia”.

Se presentaron irregularidades que impidieron al actor enterarse oportunamente de la existencia del proceso en cualquiera de las dos etapas -sumario y juicio-:

i) no obstante que en el “Informe Completo Misión 004” del 27 de junio de 2000, es decir, 5 días después de cometido el ilícito se le indica al Fiscal 123 Seccional de la Unidad 4ª Especializada en Automotores, que la dirección del Sr. Dámaso Benítez Mosquera, alias “José Pinzón”, es la carrera 23ª No. 64-27 sur, la Fiscalía 136 instructora lo cita mediante telegrama enviado a la carrera 23ª No. 64-27, la cual se ubica al norte de la ciudad que de contera es inexistente, por lo que se solicitó a la División de Nomenclatura de Catastro información al respecto sin que se hubiera respondido a la fecha.

ii) bajo esa dirección errada se emite y tramita la orden de captura en contra del accionante por lo que era imposible su captura por la Policía Judicial, “razón por la cual la captura del mismo se lleva a cabo tal como da cuenta el procesado en escrito de tutela presentado por el condenado y visto a folio 252 del cuaderno de ejecución de la pena (mismo del juicio)”. Ello hacía imposible que el citado compareciera. No existe prueba alguna que el telegrama se hubiere enviado y mucho menos existe informe de Telecom de su devolución dado que dicha dirección resulta inexistente como lo acredita la certificación expedida por Catastro Distrital. Así mismo, “el citado BENITEZ MOSQUERA no comparece, como tampoco lo había podido hacer si el telegrama es enviado a la misma dirección del sur de Bogotá, pues allí tampoco reside ni residía para la época de los hechos investigados”.

iii) en la etapa del juicio el Juzgado 34 Penal del Circuito no sólo ignora la dirección que reposa en el citado Informe 004, “sino que registra a folio 2 del cuaderno del juicio como dirección del señor DAMASO BENITEZ MOSQUERA la ‘Calle 63 No. 42-34’ dirección que según el informe fue tomada del ‘Fl. 203 Cdno 3 O’. Si el despacho se remite a tal folio puede establecer que dicha afirmación no corresponde a la verdad ya que a dicho folio obra copia del registro de cédula de ciudadanía del señor JAIR BLANCO CORTES. Adicionalmente, tal como lo acredito con declaración jurada de la señora MARIA LARA, compañera permanente del señor DAMASO BENITEZ MOSQUERA, no ha residido en esta última dirección”. Bajo esta falsa información el Juzgado envía citaciones y comunicaciones al Sr. Benítez Mosquera, según reposa en folios 7, 21, 42 y 142 del cuaderno del juicio, que es la misma dirección a

donde envían citaciones al sindicato Jair Blanco Cortés.

3. Irregularidades sustanciales en el emplazamiento que afectan el debido proceso. El artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, señala: “Emplazamiento para indagatoria...Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de recaptura, vencidos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta, se procederá conforme a lo previsto en este artículo”.

Señala el apoderado judicial del actor que esta constituye la más protuberante irregularidad dado que siendo citado por telegrama enviado a la carrera 23ª No. 64-27 de esta ciudad, para diligencia de indagatoria el 30 de agosto a las 3:00 p.m., dada las razones mencionadas no recibe la comunicación por lo que la Fiscalía mediante resolución del 4 de septiembre de 200015, ordena la captura del Sr. Benítez Mosquera expidiendo la respectiva orden de captura¹⁶. Por resolución del 28 de septiembre de 2000, la Fiscalía ordena el emplazamiento, edicto que es fijado el 29 de enero de 2001, el cual no registra fecha de desfijación.

Además, a folio 36 del C.O. No. 5, reposa la siguiente constancia: “...Santafé de Bogotá, D.C., octubre 18 de 2000. En la fecha la suscrita Fiscal se permite acotar lo siguiente: Que se hizo presente en el día de hoy el Doctor ISNARDO BARRERO BARRERO, Jefe de la Unidad, con el señor JORGE encargado de los diferentes registros de órdenes y cancelaciones de captura enviadas al CISAD como se ha establecido por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías. Que dicho señor manifestó que a su oficina le llegaron en el día de hoy copias de las órdenes de captura proferidas contra...DAMASO BENITEZ MOSQUERA y... junto con las copias correspondientes a las cancelaciones de dichas órdenes de captura de los mismos, sin diligenciar los respectivos formatos, situación poco usual, pues tales formatos deben ser anexos al proceso, mientras no se profieran tales determinaciones, de acuerdo a las instrucciones para ello, procedimiento que es contrario a las normas señaladas por la Dirección Seccional de Fiscalía, por cuanto el informe de tales determinaciones debe ser rendido dentro de los 5 días siguientes de haberse proferido tales decisiones. Ante lo anterior la suscrita Fiscal, le manifestó tanto a dicho funcionario como al jefe de esta unidad que tales copias de órdenes de captura había sido entregadas para el correspondiente informe al CISAD a la señora EDNA MARCELA CASTRO, asistente judicial asignada a este despacho,

desde el día 7 de septiembre del año en curso y que esta Fiscalía jamás había ordenado cancelar las mismas y si se había incurrido a tal conducta era única y exclusivamente a dicha empleada...". Por resolución de la Fiscalía del 20 de octubre de 2000, ordena poner en conocimiento del Jefe de la Unidad que las órdenes de captura no fueron enviadas en forma oportuna¹⁷.

Aduce que "No obstante las irregulares atinentes a la NO TRAMITACION DE LAS ORDENES DE CAPTURA, en foliatura posterior a la incorporada el 18 de octubre 2000, obra a folio 42 del C.O. # 5 nuevo edicto emplazatorio convocando a DAMASO BENITEZ MOSQUERA para que se presente a diligencia de indagatoria, el cual es fijado el día 9 de octubre y desfijado el día 13 del mismo mes y año (2000)". Considera que si el 18 de octubre de 2000, se deja constancia sobre la no tramitación oportuna y legal de la orden de captura, mal podría la Fiscalía haber procedido el 9 de octubre de 2000 a fijar el edicto. Si ya se había fijado cuando se establece la irregularidad procesal debió el funcionario judicial decretar la nulidad del acto irregular¹⁸ y proceder a la nueva fijación del edicto emplazatorio, por lo que al no realizarse conforme lo dispone el Código de Procedimiento Penal resulta nulo todo lo actuado. Sobre la base de este acto irregular que no repuso como era su deber¹⁹, mediante resolución del 23 de enero de 2001, declara persona ausente al Benítez Mosquera y se le designa defensor de oficio.

De otro lado, bajo lo que denomina "Fundamentos constitucionales y jurisprudenciales de la acción-argumentación jurídica de los cargos", señala.

- Si se escudriña un poco más el "Informe Complementario 004"²⁰, se establece que la Policía Judicial afirma haber obtenido la información por dichos del procesado sin que se allegue copia de la "declaración" tomada al capturado, lo cual debió haberse efectuado por el Fiscal que participó en el allanamiento y si en realidad se tomó declaración al capturado debió estar asistido de un abogado en los términos del artículo 314 del Decreto 2700 de 1991.

- No obstante se decretó diligencia de allanamiento en la carrera 23^a No. 64-27 Sur²¹, y siendo dicho lugar el indicado en el informe como domicilio del accionante, "desecho el instructor la posibilidad de establecer si realmente en ese lugar residía la persona imputada como coautor del delito investigado, si en el inmueble se encontraban o no los elementos que constituyeran evidencia de participación en el reato y por consiguiente el posible

compromiso que su morador pudiera tener pero también se omitió la posibilidad real de poner en conocimiento al sospechoso del proceso que en su contra se estaba levantando”.

- La diligencia de reconocimiento de fotografías no arrojó como resultado duda sobre la identidad del reconocido para lo cual se transcribe lo siguiente: “...Sirvase hacer una descripción física del individuo denominado JOSE PINZON. CONTESTO. Doctora JOSE PINZON se hace llamar es un muchacho que le decimos RANCHO se hace llamar JOSE PINZON que conocía yo como rancho es negro de piel es negra...de uno setenta más o menos...(ilegible)...nariz grande, ojos negros está un poco calvo tiene 34 o 35 años de edad...PREGUNTADO: sírvase indicar a la Fiscalía bajo la gravedad del juramento que ha prestado, si las fotografías que se le ponen de presente reconoce al sujeto JOSE PINZON. CONTESTO. Al muchacho que le decían RANCHO NO LO VEO AQUÍ SE ASIMILA este el número cinco. Acto seguido se procede nuevamente a cambiar de lugar las fotografías sin que el sindicato pueda observarlas...”²².

Negligente fue el Fiscal al no haber establecido marcadas diferencias por no confrontar la descripción física realizada por el Sr. Manjarrés Betancourt y la exigua descripción que del accionante hace la tarjeta decadactilar para establecer “que el señor DAMASO BENITEZ MOSQUERA nació el 24 de septiembre de 1949, por lo que con una sencilla operación aritmética el instructor había podido establecer que para la fecha del reconocimiento (sept. 8 de 2000), el hoy condenado tenía aproximadamente 51 años de edad, es decir, había una diferencia de edades de pos lo menos diecisiete (17) años, con la del sujeto JOSE PINZON referenciado y descrito por MANJARRES situación absolutamente notoria. En estas condiciones de duda, de falta de certeza, el funcionario fiscal continúa la investigación, ordena el aplazamiento...violando una vez más el debido proceso ...ya que el inciso segundo del artículo 356 le dice al funcionario judicial que: ‘En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada’”.

De igual modo, fue irregular la diligencia de ampliación de injurada celebrada el 20 de marzo de 2001, rendida por Jesús Antonio Mayorga Rodríguez, que al ser interrogado por el Fiscal acerca de si conocía al Sr. Benítez Mosquera expuso que no lo conoce²³. Una vez se le insta para que manifieste si conoce al sujeto conocido como “rancho”, en cuanto a su descripción física señala que “...El es alto moreno, moreno es trigueño, NO ES NEGRO de pelo ondulado, de cara como con barros, como con acné, de unos 35 años de edad, ojos negros cuerpo

delgado. Manos grandes. También le faltan los dientes en la parte de arriba”²⁴. Descripción que difiere de la realizada por el Sr. Manjarrés Betancourt por lo que ha debido generarse duda sobre la verdadera identidad de la persona ausente en el proceso.

-Anota que la negligencia del defensor de oficio Dr. Henry Torres, no puede confundirse de manera alguna con el ejercicio de una defensa pasiva ya que “No decir nada...es una actitud nada consecuente con los principios de la ética profesional pues sobre la base de horrores procedimentales ...se afectó en forma grave la libertad del señor DAMASO BENITEZ MOSQUERA quien hoy se encuentra injustamente recluido en un centro carcelario...brilla por su ausencia en el proceso la defensa técnica...pues ni tan siquiera un memorial solicitando copias de la actuación o de las piezas procesales más importantes fue solicitada por el abogado HENRY TORRES, lo que aunado a la no comparecencia a la audiencia preparatoria²⁵, diligencia en la que el despacho deja constancia acerca de la comparecencia del citado defensor cuando en realidad de verdad éste estuvo ausente y prueba de ello es que ni su nombre antefirma ni su firma aparecen registrador en el acta de la citada diligencia judicial incurriendo el funcionario juez en un desacierto...o simplemente una ligereza de la Secretaría...; la no comparecencia en dos (2) oportunidades (folios 36 y 96 del cuaderno del juicio), y su exigua, pobre, menesterosa, lastimera intervención que solo denota desconocimiento total del expediente tan cierto como que ni siquiera menciona el nombre de su defendido DAMASO BENITEZ MOSQUERA son indicativos de que no se trata de ninguna estrategia pasiva de defensa sino que denotan una clara ineptitud, ignorancia del asunto encomendado lo que puso en grave riesgo la libertad personal de su defendido”.

Conforme a lo anterior, el actor considera que toda la actuación judicial desplegada en el proceso penal por el Fiscal 136 y el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, constituye una vía de hecho por defecto procedimental sin que exista un mecanismo lo suficientemente rápido y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, pues, los recursos ordinarios no pudieron ser ejercidos por obvias razones. Pretende así la nulidad de todo el proceso penal a partir de la resolución de apertura de la instrucción por lo que debe declararse la libertad inmediata del actor quien se encuentra recluido en la cárcel de Pitalito.

Finalmente, señala que no ha presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos y que “la presentada por el señor DAMASO BENITEZ MOSQUERA se hizo en razón

de lo que el accionante en su momento consideró una ‘detención sin justa causa’.

2. Documentación anexa a la presente acción.

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

* Poder conferido por el accionante Sr. Dámaso Benítez Mosquera al Dr. Rafael Eduardo Veloza Rodríguez.

* Declaración juramentada rendida el 15 de agosto de 2006, ante la Notaría 14 de Bogotá, por la señora María Beatriz Hurtado Perea quien señala que convive en unión libre con el actor de forma permanente e ininterrumpida desde el mes de mayo de 1997 y que su domicilio a partir de esa fecha “fue en la carrera 26 No. 66B-15, barrio Candelaria hasta el mes de agosto de 2000, habiendo sido arrendador el señor Sebastián Téllez Torres residente en la carrera 26 No. 66B-15 Sur, barrio Candelaria y de esa fecha en adelante nuestro domicilio ha sido la calle 68 B No. 49C-03 Sur, barrio Candelaria la nueva IV etapa”.

* Copia del derecho de petición presentado a la División de Nomenclatura de Catastro Distrital, el 16 de agosto de 2006, por el apoderado judicial del actor solicitando certificar para los años 2000-2003, i) la existencia de la carrera 23ª con calle 64-27 y quién es el propietario, y ii) la existencia del inmueble distinguido con el No. 42-34 de la calle 63 y quién es el propietario. Reposo comprobante de radicación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto del 29 de agosto de 2006, dispuso remitir a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el presente asunto bajo el argumento de ser el superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior que conoció de la apelación de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Penal del Circuito y, por consiguiente, el competente para estudiar y resolver este asunto (art. 1, ord. 2, inc. 1, del Decreto 1382 de 2000). Decisión que le fue informada oportunamente al apoderado judicial del actor.

De otro lado, la parte actora allega respuesta al derecho de petición presentado a Catastro Distrital que informa la no existencia de los inmuebles identificados con las nomenclaturas “carrera 23ª No. 64-27” y “calle 63 No. 42-34”. De igual modo, acompaña certificación expedida por Goddar Catering Group Bogotá Ltda., indicativa que el actor trabajó como cocinero en dicha compañía desde el 7 de junio de 1996 hasta el 31 de octubre de 2001.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia calendada 5 de septiembre de 2006, avoca el conocimiento del asunto y dispone i) solicitar a las autoridades accionadas copia de las sentencias de primera y segunda instancia dejando constancia de la presentación o no del recurso de casación contra la sentencia de segundo grado y ii) notificar al actor, a los accionados y demás intervinientes del proceso penal de cuyo trámite se deriva la presunta violación de los derechos fundamentales.

3.1. Contestación de la Fiscalía Seccional 11 de Bogotá, que en su momento fungió como Fiscal 136 Seccional.

La Fiscal Seccional 11 de Bogotá, señala que al tener conocimiento por parte de la Fiscalía 136 de esta ciudad, que cursa una acción de tutela, procede a suministrar la información requerida, atendiendo que para el año 2000 fue Fiscal 136 de la Unidad 5ª de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, instrucción No. 490035, por hurto calificado y agravado.

Al oponerse a las pretensiones de la acción de tutela, empieza por recordar que adelantó instrucción en sumario No. 490035, en contra, entre otros de los sindicados José Cupertino Moreno Peñuela, Carlos Alberto Rodríguez Duarte, Saúl Ovalle Garzón, Bernardo Heli Pineros Moreno, Pedro Nel Méndez Collazos, Jair Blanco Cortes y del actor Dámaso Benítez Mosquera, por el delito de hurto calificado y agravado, en hechos ocurridos el 17 de junio de 2000, en las instalaciones de la empresa Acertar Ltda., abriéndose investigación penal por el Fiscal 123 de la época, el 23 de junio de 2000 escuchando en injurada a José Hermes Manjarrés Betancourt, Alvaro Riveros, José William Zamudio y Henry Armando Fuentes Cortés.

El 27 de junio de 2000, la Fiscalía 136 avoca el conocimiento del sumario y dispone la práctica de varias pruebas para esclarecer y determinar los hechos denunciados por parte del DAS, profiriendo el 4 de julio de 2000, detención preventiva en contra de los sindicados mencionados. El 23 de agosto de 2000, ordenó la vinculación mediante injurada, entre otros

imputados, al Sr. Dámaso Benítez Mosquera por reunir los requisitos legales librando la comunicación respectiva para la notificación. Al no comparecer como los demás a rendir injurada se libra orden de captura en resolución del 4 de junio y al no lograrse la captura se procedió al emplazamiento el 28 de septiembre de 2000 (folio 147, C.O. 4), declarándolo persona ausente mediante resolución del 23 de enero de 2001 (folio 105, C.O. 5), designando defensor de oficio al Dr. Henry Torres León, quien se posesionó el 30 de enero de 2001 (folio 123, C.O. 5) y se dispone la cancelación de la orden de captura.

Por resolución del 29 de junio de 2000, entre otras decisiones, se profirió en contra Sr. Benítez Mosquera medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable del delito de hurto calificado y agravado, siendo negada la libertad provisional y dispuso la orden de captura para hacer efectiva la medida. El 13 de septiembre de 2001, se clausura la investigación en contra de los sindicados que comprende entre otros al Sr. Benítez Mosquera, enviando comunicación telegráfica al defensor (folio 5, C.O. 8) para la notificación de la resolución, procediendo la secretaría a notificarla por estado del 4 de octubre de 2001 y al agente del Ministerio Público el 28 de septiembre de dicho año. El 26 de octubre de 2001, la secretaría de la época pasa el expediente al despacho para calificar el mérito del sumario, una vez corrido los términos de notificación y ejecutoria de dicha resolución conforma al artículo 393 de la Ley 600 de 2000.

Señala que por la cantidad de sindicados y la complejidad del sumario se procede a calificar el mérito el día 20 de diciembre de 2001, con resolución de acusación contra el actor, notificando personalmente de dicha resolución al defensor de oficio y por estado (folio 43, C.O. 8). Resolución que queda ejecutoriada el 7 de mayo de 2002, sin que se interpusiera recurso alguno, procediendo la secretaría auxiliar de la unidad a enviar el expediente de 20 cuadernos al Juzgado 34 Penal del Circuito, a quien había correspondido la actuación con anterioridad en contra de otros procesados.

El Juzgado 34 Penal del Circuito abrió el proceso a pruebas de acuerdo a lo consagrado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y comunicó dicha determinación a todos los sujetos procesales como lo fue entre otros al defensor del Sr. Benítez Mosquera (folios 6 y 7, cuaderno del Juzgado 3 Penal del Circuito de Descongestión). El 6 de diciembre de 2002, se realizó audiencia preparatoria donde compareció el defensor de oficio, sin hacer petición alguna. El 10 de junio y el 28 de agosto de 2003, se efectuó diligencia de audiencia pública

donde intervino el defensor de oficio pidiendo la absolución del Sr. Benítez Mosquera, contra quien se profirió sentencia condenatoria de pena de prisión de 70 meses, sin suspensión condicional de la pena y librando nuevamente orden de captura. Sentencia que fue notificada interponiendo recurso de apelación el defensor del sindicato Jair Blanco Cortés y los otros sujetos procesales guardaron silencio como lo fue el caso del actor y su defensor.

Además, señala que "...ni en la etapa instructiva ni ...en la del juicio se incurrió en ninguna irregularidad que hubiese afectado el debido proceso y el accionante durante el curso del sumario...contó con defensor de oficio ...y a dicho sujeto procesal y su defendido se le comunicaron todas las actuaciones y determinaciones que se adoptaron y profirieron a lo largo del proceso...".

Finalmente, acompaña fotocopias del: 1) auto de 4 de julio de 2000, proferido por la Fiscalía 136 Seccional, que decreta medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Alvaro Riveros, José Zamudio, José Hermes Manjarrés Betancourt y Henry Fuentes, como autores responsables del delito de receptación, con su respectiva notificación personal. 2) auto de la Fiscalía del 23 de enero de 2001, que declara personas ausentes a José Cupertino Moreno Peñuela, Carlos Alberto Rodríguez Duarte, Saúl Olvalle Garzón, Bernardo Heli Piñeros Moreno, Pedro Nel Méndez Collazos y al actor Dámaso Benítez Mosquera; designa defensor de oficio de los sindicatos al Dr. Henry Torres León y dispone cancelar las órdenes de captura. 3) auto de la Fiscalía del 29 de junio de 2001, donde profiere resolución de acusación contra el Sr. Jesús Antonio Mayorga Rodríguez y decreta medida de aseguramiento en contra de varios sindicatos, entre otros del actor como presunto responsable del delito de hurto calificado y agravado. 4) resolución de acusación del 20 de diciembre de 2001, en contra, entre otros sujetos, del Sr. Benítez Mosquera como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado por la cuantía, al igual que se señala que ejecutoriada la investigación se remitan las actuaciones al Juzgado 34 Penal del Circuito ya que dicho despacho conoció en primer lugar de tales hechos respecto de otros procesados vinculados a esta investigación. 5) sentencia del 31 de octubre de 2003, donde se condena entre otros al Sr. Benítez Mosquera a la pena principal de 70 meses de prisión, como coautor responsable del delito de hurto calificado y agravado, a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal y niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Y, 6) sentencia del 27 de febrero de 2004, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirma respecto del

condenado Jair Blanco Cortes, la sentencia condenatoria.

3.2. Contestación del Juzgado 3 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá.

En oficio del 8 de septiembre de 2006, informa el Juzgado 3 Penal del Circuito de Descongestión que a dicho despacho le fue asignado la carga laboral del Juzgado 34 Penal del Circuito por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, que conoció de la causa No. 328-02, adelantada contra el Sr. Benítez Mosquera por el delito de hurto. Señala que como el proceso se encuentra debidamente ejecutoriado y fue remitido a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, se abstiene de emitir pronunciamiento alguno.

El apoderado judicial del actor interpone recurso de reposición contra el auto de fecha 5 de septiembre de 2006, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento que al solicitarse únicamente copias de las sentencias de primera y segunda instancia sólo se estaría revisando la legalidad de las mismas cuando lo que se cuestiona en la acción de tutela es todo el curso del proceso penal por lo que solicita el envío de todo el original del proceso.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indica que contra la decisión proferida no procede recurso alguno pero dispone la realización de una inspección sobre el expediente para verificar la actuación adelantada por las autoridades judiciales accionadas.

3.3. Contestación de la Fiscalía 136 Seccional de Bogotá.

La Fiscalía 136 Seccional de Bogotá, informa que asumió el cargo como fiscal encargada desde el 11 de julio del 2006. Expone que sería irresponsable entrar a pronunciarse sobre las presuntas irregularidades que se señalan ya que no reposa el expediente en dicho despacho y por cuanto quien debe ejercer la defensa es quien profirió las decisiones que se cuestionan como lo fue la Dra. Nieves Bautista García, a quién se remitió la acción de tutela con sus anexos. Al efecto, acompaña oficio dirigido a la actual Fiscalía Seccional 11, Dra. Baustista García.

3.4. Respuesta del Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

El Juez 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, informa por oficio No. 0631 del 8 de septiembre de 2006, que se hizo efectiva por el DAS la orden de captura del

actor el 17 de mayo del año en curso, anotando que la identificación documental del capturado coincide con la persona condenado en alusión, quien se encuentra recluida en Pitalito, Huila, por lo cual se dispuso enviar copias de las diligencias a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Neiva.

En relación con la presunta violación del debido proceso al actor, expone que “toda vez que el mismo no fue adelantado en ninguna de sus etapas por este juzgado, nada puede decir o contradecir este Despacho, puesto que lo que corresponde al ejecutor penal es, una vez se le asigne un asunto, velar por el cumplimiento de la respectiva condena y, como es el caso sub iudice, capturada una persona y puesta a su disposición, precisar si se trata de la condenada, de acuerdo a la identificación documental o cédula contenida en el proceso y la sentencia”.

Recuerda que sobre este caso el actor ya había interpuesto otra acción de tutela la que contestó en su momento y cuyo conocimiento correspondió al Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3.5. Respuesta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

El Magistrado Dr. Luis Eduardo Manrique Bernal, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, solicita declarar improcedente la acción de tutela por cuanto la decisión proferida por dicho Tribunal se ajustó a las exigencias legales y constitucionales, donde existieron múltiples institutos que proveen mecanismos de defensa a los intervinientes y como la decisión adoptada fue hace más de dos (2) años, carece de inmediatez la acción de tutela.

El 19 de septiembre de 2006, la Dra. Marina Pulido de Barón, Magistrada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, practica inspección al proceso, del cual reseña lo siguiente:

La investigación penal se originó en la denuncia formulada el 18 de junio de 2000 por Carolina Pardo por el delito de hurto calificado que recayó sobre varios elementos de las firmas “Pardo Pardo” y “Doménico” (folios 2-6, c. 1). La Fiscalía 136 Seccional de Bogotá, profirió resolución de apertura de la instrucción el 23 siguiente (folios 89-90, c. 1).

Por resolución del 8 de septiembre de 2000, ordena realizar diligencia de reconocimiento a través de fotografías (folio 32, c. 4), que se realizó el 8 de septiembre de 2003, en presencia

de la Fiscal, un agente del Ministerio Público, un abogado nombrado para la diligencia y Hermes Manjarrés, quien identificó al Sr. Benítez Mosquera como coautor del delito por el cual se procedía, señalando su tarjeta decadactilar dentro de un grupo de seis que fueron aleatoriamente organizadas (folios 33-43, c.4). A través de resolución del 28 de septiembre de 2000, se emplazó al actor (folio 147, c.4), fijándose edicto entre el 9 y el 13 de octubre siguiente (folios 42, c.5) y declarándose persona ausente a través de providencia del 23 de enero de 2001 (folio 105, c.5) y se le designó como defensor de oficio al Dr. Henry Torres León, quien se posesionó el 31 de los mismos mes y año (folio 123, c.5).

Por resolución del 29 de junio de 2001, se le impuso al Sr. Benítez Mosquera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación (folios 51-69, c.7). Resolución de acusación proferida el 20 de diciembre de ese año, notificada personalmente al defensor asignado de oficio (folios 31-43). La audiencia pública de juzgamiento se efectuó durante los días 10 de junio y 28 de agosto de 2003, solicitando el defensor la absolución de su prohijado (folios 89-95 y 117 del c. de la causa). La sentencia se profirió el 31 de octubre de 2003 (folios 118-131), la cual una vez impugnada por el defensor de otro procesado, fue objeto de confirmación por el Tribunal Superior el 27 de febrero de 2004 (folios 2-9, c. segunda instancia).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Decisión de primera instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 20 de septiembre de 2006, resolvió “negar por improcedente” la acción de tutela.

Empieza por descartar una posible temeridad en la interposición de la acción de tutela ya que en la incoada anteriormente se adujo que al solicitar el certificado judicial fue capturado por el DAS, atendiendo las sentencias proferidas en su contra por un delito que no cometió, mientras que en la presente acción se alegan irregularidades en el trámite del proceso penal.

Señala que el actor contó con la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación a través de su defensor sin que lo hubiere hecho, por lo que no puede intentar ahora revivir oportunidades procesales que vencieron, pues, la acción de tutela no tiene la virtud de suplir

las omisiones de los sujetos procesales.

De igual modo, sostiene que ha transcurrido más de dos (2) años contados a partir de la fecha en que la decisión de segundo grado se profirió -27 de febrero de 2004-, por lo que carece de una interposición oportuna y razonable -inmediatez de la acción-.

2. Impugnación.

El apoderado judicial del actor impugnó la decisión de primera instancia en tutela con base en los siguientes argumentos:

1) la persona condenada no es quien intervino en el hurto ya que morfológicamente no es la misma que describen en la actuación procesal dado sus rasgos personales como edad y color de piel, lo cual resulta suficiente para descartar que es la misma persona.

2) el actor estuvo huérfano de defensa por lo que mal podría haber acudido a la casación dada la inactividad del defensor de oficio quien ni siquiera menciona a su defendido por los nombres y apellidos. El actor vino a enterarse de la existencia del proceso sólo al momento de su captura en el mes de mayo de 2006, por lo que mal podía acometer su defensa e interponer recursos.

3) la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, lo fue en relación con el Sr. Jair Blanco Cortés y no en relación con el actor, ya que su defensor no apeló la decisión.

4) el Fiscal 136 Seccional, envió las citaciones a una dirección equivocada y no hizo esfuerzo alguno para reponer dicha actuación.

Anota que interpuso la acción de tutela contra la Fiscalía 136 Seccional de la Unidad 5ª de Fe Pública y Patrimonio Económico porque instruyó el proceso y se incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales del actor y contra el Juzgado 34 Penal del Circuito por cuanto era su deber revisar la legalidad de la actuación y contra el Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad por cuanto viene ejerciendo el control de la pena. Por consiguiente, no se accionó contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por lo que conforme al artículo 187 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia en contra del actor quedó en firme dentro de los tres (3) días siguientes a la desfijación del edicto por no haberse presentado recurso alguno por el defensor.

En relación con la presentación anterior de otra acción de tutela expone que “no sabe que escribió ni que firmó, en medio de su natural desespero de verse privado de la libertad firmó lo que persona inescrupulosas, en procura de hacerse a algún dinero, le indujeron a que firmara para obtener su libertad”. Señala que la anterior acción presentada no puede llamársele tutela al no cumplir los elementos mínimos que debe contener, tampoco arroja ninguna claridad sobre los hechos y menos aún existe la motivación del derecho violentado con el proceder judicial. La presente acción no se funda sobre la protección del derecho a la libertad sino sobre el debido proceso, la defensa y el acceso a la justicia que si bien es cierto tienen estrecha relación no han sido materia de protección, ni de pronunciamiento por el juez de tutela. Solicita así que se haga prevalecer el derecho sustancial sobre las formas.

3. Decisión de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de octubre de 2006, resolvió confirmar el fallo impugnado por cuanto el actor en forma directa o a través de su defensor no hizo uso de los medios de defensa judiciales, no se presentó el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia que le fue adversa, omisión que excluye la posibilidad de acudir al instrumento excepcional de la tutela. La acción de tutela no es el remedio de última hora para buscar el rescate de oportunidades defensivas dilapidadas al tener un carácter subsidiario. Además, el principio de inmediatez cobra presencia al no presentarse dentro de un plazo razonable.

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

La Defensoría del Pueblo, a través de oficio No. 00005, recibido el 9 de febrero de 2007, en ejercicio de la facultad de insistencia solicitó a la Sala de Selección de Tutela, la revisión del presente asunto para evitar un perjuicio grave relacionado con los derechos al debido proceso y defensa del actor.

Como fundamento de la solicitud indica que el actor no pudo ser notificado, ni enterado de la investigación penal, pues, los telegramas y comunicaciones fueron enviados a una dirección que no corresponde con la aportada por los funcionarios del DAS y que según pudo constatarse por Catastro Distrital no existe, ni han existido inmuebles identificados como carrera 23ª No. 64-27 y calle 63 No. 42-34. Agrega que también llama la atención el ejercicio de la defensa técnica adelantada por el defensor de oficio que debió ser requerido por el

juzgado para forzar su comparecencia a la audiencia pública, amén de su silencio e inasistencia posterior a la audiencia preparatoria.

La Sala de Selección de Tutelas No. 2, en auto calendado 23 de febrero de 2007, aceptó la insistencia para revisión de los fallos de tutela, que fueron repartidos a esta Sala para la respectiva decisión .

IV. ESCRITO PRESENTADO EN SEDE DE REVISIÓN POR LA PARTE ACCIONANTE ACOMPAÑANDO ESTUDIO MORFOLÓGICO FACIAL DEL ACTOR.

En escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación, el 9 de abril de 2007, el apoderado judicial del actor allega estudio morfológico realizado por la señora Laura Esperanza Acero Mora, indicando que pretende llevar al convencimiento que su representado es una persona diferente “a las personas que como JOSE PINZON describen los señores José Hermes Manjarrés y Jesús Antonio Mayorga, o según los operadores es Dámaso Benítez Mosquera”.

Del acápite correspondiente al “Análisis de rasgos específicos”, se indica por la perito morfológica facial que las descripciones realizadas por los señores Jesús Antonio Mayorga y José Hermes Manjarrés Betancourt “son demasiado someras, es decir que son descripciones muy generales de la fisonomía y no describe rasgos específicos en el rostro con particularidades como son ojos, nariz, boca, entre otros, datos con los cuales es imposible reconocer a una persona y mucho menos identificarla...Es de anotar que en los pocos rasgos descritos ...existen claras diferencias entre las descripciones elaboradas por ellos, sino al ser comparada con la morfología facial y corporal del señor DAMASO BENITEZ, estas diferencias se denotar en: cronología de edad, color de piel, raza, contextura corporal, particularidades en la piel, entre otras...”.

Como conclusiones indica que existen contradicciones entre la comparación de los rasgos morfológicos realizadas por los señores Mayorga y Manjarrés Betancourt en cuanto al color de piel, particularidades en la piel, cabello, raza y se omiten detalles específicos en la diligencia de reconocimiento fotográfico. De igual manera, se señala que existen grandes diferencias entre dichas descripciones y la realizadas por la perito morfológica facial forense que se denotan en la edad, contextura corporal, raza, color de la piel, particularidades en la piel, estatura, particularidades de las manos, cabello. No se puede realizar un reconocimiento

fotográfico fehaciente “debido a que son muy pocos los rasgos faciales generales que recuerda y ningún rasgo específico completo con sus particularidades”.

V. PRUEBAS ORDENADAS POR LA SALA DE REVISIÓN.

Por auto del 9 de mayo de 2007, la Magistrada Ponente dispuso: i) oficiar al Juzgado 9 Penal del Circuito de Bogotá, para que remita fotocopias legibles de la totalidad del expediente o en su defecto de ser posible el expediente original, que contiene la actuación surtida dentro del proceso por hurto calificado y agravado, causa No. 0328-2002; ii) oficiar al Juzgado 3 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva, para que remita por el medio más expedito fotocopias de las actuaciones adelantadas por dicho despacho judicial e informe el estado actual del proceso respecto a la causa No. 0328-2002; y iii) oficiar a la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema a fin de solicitarle su colaboración para la remisión oportuna de copias de la acción de tutela presentada por el señor Damaso Benítez Mosquera, cuyo conocimiento correspondió al Magistrado Dr. Yesid Ramírez Bastidas, bajo el radicado No. 26219.

El 22 de mayo de 2007, el despacho de la magistrada ponente recibió la siguiente documentación:

1. Oficio 1214 de 14 de mayo de 2007, firmado por el Secretario del Juzgado 9 Penal del Circuito de Bogotá, acompañando los cuadernos originales del proceso penal 2007-0237, que se siguió entre otros contra el actor en tutela por el delito de hurto, anexando para el efecto 17 cuadernos de 78, 56, 59, 23, 212, 131, 296, 194, 296, 292, 323, 302, 295, 295, 79, 296 y 229 folios.
2. Oficio No. 462 de 17 de mayo de 2007, suscrito por la Juez 3 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, informando que avocó el conocimiento del proceso penal, librando la correspondiente boleta de encarcelación ante el Director de la cárcel de Pitalito. Así mismo, manifiesta que se denegó al actor la petición de prisión domiciliaria como sustituta de la carcelaria.
3. Oficio 1017 de 17 de mayo de 2007, firmado por la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual remite el original del expediente de tutela atendiendo la acción de tutela presentada anteriormente por el actor.

De dicho expediente se aprecia que el actor presentó acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la Fiscalía 136 Seccional, el Juzgado 34 Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá, al considerar que se equivocaron dichas instancias judiciales al momento de identificar al verdadero autor del delito de hurto, que atribuye a que en una oportunidad le robaron la billetera. Al igual anota que no ha podido presentar la correspondiente solicitud ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al encontrarse en paro judicial ante la suplantación de la cual fue objeto.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de junio de 2006, declaró la improcedencia de la acción de tutela por cuanto ante un caso de homonimia o suplantación de personas se dispone de medios de defensa judiciales como es la petición directa ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la acción de revisión.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Conforme se ha expuesto los antecedentes del caso en los acápites preliminares de esta decisión puede concluirse que el objeto de la acción de tutela radica para el actor en la existencia de una vía de hecho por defecto procedimental que en su parecer incurrieron la Fiscalía 136 Seccional, el Juzgado 34 Penal del Circuito y el Juzgado 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, en el trámite del proceso penal que por ausencia se adelantó y culminó con sentencia condenatoria por el delito de hurto calificado agravado. Principalmente centra su atención -dado los efectos que tendría en el proceso penal de ser cierta su afirmación- en que la persona identificada en el curso del proceso penal no lo fue debidamente por cuanto morfológicamente no corresponde a él soportando dicha aseveración en un estudio morfológico facial que acompaña. Adicionalmente, considera que i) la diligencia de reconocimiento fotográfico no se realizó bajo las formalidades legales, ii) las citaciones al proceso se dirigieron a una dirección errada e inexistente, iii) el emplazamiento no cumplió las exigencias de ley, y iv) careció de una defensa técnica, todo lo cual llevó a la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al acceso a la justicia y a la igualdad.

La Fiscal accionada -136 Seccional- se opone a las pretensiones del actor al concluir que ni en la etapa instructiva ni en la de juzgamiento se incurrieron en las irregularidades anotadas por lo que no se desconoció derecho fundamental alguno. De igual modo, el Juez 11 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad expone que nada puede decir ni contradecir ya que el proceso penal no fue tramitado en dicho despacho atendiendo que su función se reduce a ser un ejecutor penal. Además, señala que la identificación documental del capturado coincide con en el de la persona condenada.

Establecida la competencia por los jueces de instancia en tutela y enterado de dicha decisión oportunamente el accionante, tanto la Sala de Casación Penal como la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declararon improcedente la acción de tutela por cuanto consideraron que el actor no hizo uso oportuno de los medios de defensa judicial y, además, su presentación adolece de la inmediatez requerida.

Conforme a lo anterior, la Sala de Revisión previamente debe entrar a determinar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso dada su naturaleza subsidiaria frente a la existencia de otros medios de defensa judiciales que resulten idóneos y eficaces. Por consiguiente, sólo en el evento de encontrar procedente la tutela la Sala entrará a examinar el fondo del asunto.

3. El carácter subsidiario de la acción de tutela y la acción de revisión como mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz.

Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación la acción de tutela reviste un carácter subsidiario dado que su procedencia se supedita al tenor de los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, a la ausencia de otro medio de defensa judicial salvo se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Además, dichos medios de defensa habrán de valorarse en cuanto a su idoneidad y eficacia respecto a las particulares condiciones en que se encuentre el solicitante.

Naturaleza subsidiaria que respecto a la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido puesta de presente desde el inicio de las funciones de esta Corte, como puede apreciarse en la sentencia C-543 de 199226, donde se manifestó:

“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..."²⁷

Motivo, entre otros, por el cual esta Corporación ha sostenido repetidamente la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Clara muestra lo constituye recientemente la sentencia C-590 de 2005²⁸, que recoge la doctrina constitucional sentada en sentencias de revisión de tutela y de constitucionalidad.

En dicha decisión la Corte reafirma que la acción de tutela únicamente resulta viable si se cumplen determinados y rigurosos requisitos de procedibilidad, dentro de los cuales señala: i) los de carácter general que permiten la presentación de la acción de tutela y ii) los de carácter específico referidos a la procedencia misma del amparo una vez presentada. Veamos lo indicado al respecto:

"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 irremediable²⁹...
- 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 vulneración³⁰...
- 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 posible³²...

f. Que no se trate de sentencias de tutela³³...

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 inconstitucionales³⁴ 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 al margen del texto).

Es decir, que dentro de los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela, recuerda la Sala Plena en la sentencia C-590 de 2005, está el de cumplir con el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judiciales de que disponga el solicitante salvo se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Por ello, es “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”.

Justamente la Corte ha resaltado la importancia constitucional de la acción de revisión como mecanismo judicial extraordinario para defensa de los derechos fundamentales. Acción de revisión que se encuentra prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-35, en los siguientes términos:

“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 menor 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 inimputabilidad³⁶.
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.

Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria”.

Sobre dicha herramienta, la Corte Constitucional en la sentencia C-998 de 2004³⁷, recuerda que con la acción de revisión se cumple la exigencia constitucional de poder impugnar las sentencias condenatorias y no tiene límite de tiempo para su presentación³⁸. Concretamente ha señalado que “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 restrictiva³⁹”(Sentencia C-871 de 2003)⁴⁰.

De igual forma, la acción de revisión constituye un mecanismo al cual pueden acudir el procesado que no comparezca personalmente al proceso por desconocimiento o porque se oculte, como lo indicó esta Corte en la sentencia C-488 de 1996⁴¹, donde además distinguió para efectos de determinar los derechos que les asiste entre el sindicado que se oculta y el que no se entera de la existencia del proceso⁴².

También ha reconocido esta Corporación que la acción de revisión hace improcedente la acción de tutela al constituir un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales siempre que se esté bajo alguna de las causales taxativamente contempladas en el Código de Procedimiento Penal. Así lo expuso en las sentencias SU.913 de 2001⁴³, T-1320 de 2001⁴⁴, T-659 de 2005⁴⁵, T-1292 de 2005⁴⁶,

T-196 de 200647, T-212 de 200648, T-644 de 200649 y T-226 de 200750, al señalar que: “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”⁵¹.

Ello debe entenderse en correspondencia con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en cuanto a que deben agotarse todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del peticionario, salvo se persiga evitar la consumación de un perjuicio irremediable evento en el cual procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio⁵².

Perjuicio irremediable al cual ha referido esta Corporación en la sentencia T-225 de 199353, al definir los elementos concurrentes que deben presentarse para su configuración:

“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 señales 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”.

Como lo ha sostenido esta Corte⁵⁴ el perjuicio irremediable debe acreditarse por el actor correspondiendo al juez de tutela verificar si de la situación fáctica es posible deducir su existencia conforme a los requisitos concurrentes exigidos para su presentación.

Por consiguiente, expuesta la parte teórica de esta decisión en los términos anteriores, la Sala entrará a resolver el caso concreto con base en dichos lineamientos.

4. La necesidad de agotar todos los medios de defensa judiciales previstos por el ordenamiento jurídico. Improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

Conforme se ha expuesto, debe la Sala resolver en primer lugar si en el caso concreto se cumplen los requisitos generales que hacen procedente la acción de tutela dadas las

presuntas irregularidades procesales observadas por el actor en el trámite del proceso penal que terminó con sentencia condenatoria.

La Sala encuentra que el accionante no ha cumplido uno de los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela como es agotar todos los medios de defensa judiciales que dispone el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos, que para el caso se concreta en la acción de revisión que puede presentar a través de su apoderado judicial ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que se constituye en un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

El apoderado judicial del actor centra el objeto de la acción de tutela -dada la trascendencia del defecto observado que repercutiría en las resultas del proceso penal adelantado- en que la persona identificada en el curso del proceso penal no lo fue debidamente al ser una persona morfológicamente diferente a su representado. Afirmación que pretende soportar con un estudio morfológico facial realizado por la Sra. Esperanza Acero Mora, que vino a acompañar en sede de revisión de tutela.

Debe en primer lugar manifestar la Sala que del proceso penal puede observarse en relación con la individualización e identificación del señor Dámaso Benítez Mosquera que el señor José Hermes Manjarrés Betancourt, quien intervino directamente en el hurto de la empresa Acertar Ltda., lo mencionó en varias diligencias⁵⁵ por los nombres y apellidos y el alias con que se le señalaba y que en su oportunidad informó al DAS, para posteriormente en diligencia de reconocimiento⁵⁶ identificarlo a través de fotografías, dejando constancia la Fiscalía de que el sindicado corresponde a la cartilla decadactilar número 4.832.555 de Andagoya-Istmina, Chocó, que corresponde al actor en tutela.

Diligencias penales donde no estuvieron presentes las circunstancias expuestas ahora en la presente acción tutela -la persona condenada no corresponde morfológicamente al actor-, para las cuales el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos extraordinarios de defensa judiciales como es la acción de revisión ante la Jurisdicción Ordinaria, que permite al accionante dejar sin valor la sentencia condenatoria en aquellos casos en que hechos posteriores a la decisión muestran que la misma es injusta. Concretamente el accionante puede hacer uso de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 220 del Código de

Procedimiento Penal, que señala la procedencia de la revisión contra sentencias ejecutoriadas: “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...”.

“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 condenado⁵⁸.”

En consecuencia, ante los hechos y pruebas nuevas que se aportan por el actor en esta sede de revisión considera la Sala que la acción de tutela no es el escenario propicio para ventilar dichas circunstancias por cuanto para ello el legislador ha previsto como escenario natural el proceso de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme al trámite impuesto en el Código de Procedimiento Penal, donde podrá oírse a las partes, ejercer el derecho de contradicción, requerir el proceso objeto de revisión, abrir a pruebas, decretar y practicar las solicitadas, presentar los alegatos y así poder adoptar la decisión final que corresponda.

Ya la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 1995, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, proceso No. 8987, abordó un caso similar resolviendo amparar en revisión los derechos fundamentales de una ciudadana en un caso que iba más allá de la simple homonimia ya que se estaba ante dos personas morfológicamente diferentes aunque el documento de identidad era el de la accionante, concluyendo así “en la configuración plena de la causal 3ª. de revisión”⁵⁹.

Por consiguiente, ante la existencia de un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales del actor como es la acción de revisión, la presente acción de tutela deviene en improcedente dado que no se ha agotado dicho mecanismo.

Adicionalmente, no se alude en la acción de tutela a un posible caso de homonimia⁶⁰ respecto a la cual la Corte Constitucional ha sostenido que por regla general no resulta procedente la acción de tutela dada la existencia de otro mecanismo de defensa judicial ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o también se puede ejercer la acción de revisión (T-949 de 2003⁶¹ y T-540 de 2004)⁶². A este respecto conviene precisar que en la anterior acción de tutela presentada por el actor se alegó exclusivamente dicho factor el cual fue desestimado por el juez de instancia en tutela -Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia- al señalar la existencia de otros medios de defensa judiciales⁶³.

Tampoco puede desconocerse la importancia del papel que cumple el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respecto a las actuaciones que conoce y que ha resaltado la Corte Constitucional en varias oportunidades⁶⁴, en orden a garantizar la legalidad en la ejecución de la sanción penal. Por ello, conviene recordar sus atribuciones consignadas en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal⁶⁵:

“ART. 79. De los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. 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 enseñanza y 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.

8. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.

Cuando se trate de procesados o condenados que gocen de fuero constitucional o legal, la competencia para la ejecución de las sanciones penales permanecerá en la autoridad judicial de conocimiento.

PAR. TRANS. En aquellos distritos judiciales donde no se hayan creado las plazas de ejecución de penas y medidas de seguridad, cumplirán estas funciones, mientras tanto, los jueces de instancia respectivos....”.

Funciones del ejecutor penal que han permitido a la Corte sostener, como lo hizo en la sentencia T-753 de 200566, que: “la autoridad judicial de ejecución de penas y medidas de seguridad es garante del ejercicio de derechos de la persona condenada durante el término de ejecución de la pena y le corresponde tramitar las peticiones y solicitudes presentadas por quien ha sido condenado”.

Ahora bien, en cuanto a la posible existencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto que pudiera hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, debe señalarse:

El actor no alegó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ni demostró la existencia de dicho perjuicio que hiciera procedente la acción de tutela transitoriamente. Incluso valorando

las circunstancias expuestas por el actor la Sala no aprecia la concurrencia de los presupuestos establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un perjuicio irremediable como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad de la acción.

La sola circunstancia de encontrarse el actor privado de la libertad no justifica per se la consumación de un perjuicio irremediable dada la existencia de una sentencia condenatoria que goza de la presunción de acierto y legalidad⁶⁷. Ya esta Corporación en sentencia T-212 de 200668, 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”.

De igual modo, debe indicarse que si bien el actor es reiterativo en señalar que las irregularidades se dieron en todo el trámite del proceso penal, lo que aquí se está sosteniendo es que el defecto procesal observado -persona identificada en el curso del proceso penal no corresponde morfológicamente al actor-, repercute necesariamente en la sentencia condenatoria por lo que ha debido agotarse previamente los medios de defensa judiciales que prevé el ordenamiento jurídico como es la acción de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo además acudir ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, en lo que a su competencia corresponde.

Además, de ser cierto lo consignado en la presente acción de tutela, es decir, que el actor es una persona diferente a la identificada en el proceso penal y así lo estima la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver la acción de revisión, las demás irregularidades procesales observadas perderían toda razón de ser al quedar demostrada su inocencia y, por ende, poder obtener la libertad suplicada.

Si una vez agotados de manera diligente los medios de defensa judiciales que ha previsto el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales del actor, considera que han fallado al persistir la violación de sus derechos fundamentales puede presentar nuevamente la acción de tutela sin que por ello se incurra en temeridad dado el estado de indefensión en que se encontraría ante la nueva decisión adoptada.

Esta posición fue acogida por la Corte en la sentencia C-590 de 2005, al indicar que la acción de tutela solamente puede operar: “cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y

siempre que la persona hubiere acudido a ellos de manera diligente. ...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". Y, lo señaló también en la sentencia T-1232 de 200369, al manifestar 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...".

Por lo anterior, dado que el actor dispone de otro mecanismo de defensa judicial que no ha agotado habrá de declararse la improcedencia de la acción de tutela. Se confirmarán los fallos de tutela proferidos por los jueces de instancia pero por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta decisión.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE :

Primero. Confirmar por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta decisión los fallos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 20 de septiembre de 2006 y por la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 31 de octubre de 2006, que declararon improcedente la acción de tutela.

Segundo. La Secretaría General de esta Corporación, proceda a devolver a la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, los expedientes originales facilitados en calidad de préstamo y correspondientes al expediente de tutela No. 26219 y al proceso penal causa No. 0328-2002, respectivamente.

Tercero. 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

Magistrada Ponente

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En la medida que la argumentación expuesta en la acción de tutela no resulta ordenada dada la reiteración continua de los hechos y su complementación paulatina en párrafos siguientes, la Sala de Revisión si bien en principio mantendrá la metodología empleada a efectos de hacer lo más fidedigno posible su exposición, ello no es óbice para que se realice una relación más sintética y ordenada de los hechos para su mayor entendimiento. Además, en la medida que el apoderado judicial del actor identifica los folios y cuadernos donde reposa la información que reseña, los mismas se citarán de igual forma a la utilizada como nota al pie.

2 Informe Complementario 004 de 27 de junio de 2000. C. O. No. 1, folios 103 s.s.

3 Radicado 490035. C.O. No. 1, folios 157 s.s.

4 Radicado 490035 C.O. No. 3, folio.

5 *Ibíd.* C.O. No. 4, fols. 33 y s.s.

6 C.O. No. 4, folio 24 y C. O. No. 5, folio 29, C.O. No. 7, folio 99 y 105.

7 C.O. No., folio 148.

8 C.O. No. 4, folio 173.

9 C.O. No. 5, folio 36.

10 C.O. No. 5, folio 42.

11 C.O. No. 7, folio 51.

12 C.O. No. 4, folio 33.

13 Art. 252 del Decreto 2700 de 1991.

14 *Ibidem* art. 251.

15 C.O. No. 3, folio 280.

16 C.O. No. 5, folio 29.

17 C.O. No. 5, folio 40.

18 Art. 305 en concordancia con el art. 304 del C. de P.P.

19 Art. 13 del Decreto 2700 de 1991.

20 C.O. No. 1, folio 103.

21 C.O. No. 1, folio 140.

22 C.O. No. 4, folios 36 y 37.

23 Cuaderno Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, folio 26.

24 *Ibidem*, folio 27.

25 Radicado 2002-0328, cuaderno del juicio , folio 23.

26 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta decisión se examinó la constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

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

28 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Examinó la constitucionalidad del artículo 185, parcial, de la Ley 906 de 2004.

29 Sentencia T-504/00.

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

32 Sentencia T-658-98

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

34 Sentencia T-522/01

35 La Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, contempla en el artículo 192, la procedencia de la acción de revisión. Sin embargo, al tenor del artículo 533 de dicha Ley: “El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero del año 2005”.

36 Al respecto debe tenerse en cuenta la sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, que declaró exequible este numeral bajo el siguiente condicionamiento: “Declarar EXEQUIBLE el numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y

37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”.

37 M.P. Alvaro Tafur Galvis. La Corte examinó la constitucionalidad del artículo 205, parcial, de la Ley 600 de 2000.

38 Se transcribe apartes de la sentencia C-142 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

39 Sentencia C-680 de 1996. Fundamento 4.2

40 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

41 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

42 “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. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela⁴², siempre y

cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado”.

43 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

45 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

46 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

47 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

48 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

49 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

50 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

51 T-659 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

52 C-590 de 2005.

53 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

54 T-1039 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

55 Diligencia de indagatoria del señor Manjarrés Betancourt, celebrada el 29 de junio de 2000, ante la Fiscalía 136 Seccional, folios 160 a 168 del cuaderno No. 1. Diligencia de ampliación de indagatoria del señor Manjarrés Betancourt, realizada el 6 de septiembre del año 2000, folios 12 a 18 del cuaderno No. 4.

56 8 de septiembre de 2000. Folios 33 a 39 del cuaderno No. 4.

57 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

58 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

59 El artículo 232, numeral 3 del Decreto 2700 de 1991, señalaba: “Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: ...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”.

60 Según el Diccionario Jurídico Colombiano, con enfoque en la legislación nacional, Editora jurídica Nacional, homónimo viene “Del griego HOMOS, parecido y ONOMA, nombre. Denominación dada a dos personas o casos que tienen un mismo nombre; y a las palabras que, siendo iguales por su forma, tienen distinto significado. Tratándose de personas equivale a tocayo.”

61 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

62 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

63 Debe manifestarse que en la presente acción de tutela los jueces de instancia desestimaron la existencia de temeridad por cuanto el objeto de la pretensión de la tutela anterior fue una irregularidad distinta -homonimia- a la observada en este asunto, la cual fue puesta de presente por el actor al incoar esta acción y sobre la cual el apoderado judicial del actor se refirió concretamente en el escrito de impugnación para descartar una posible temeridad.

64 C-312 de 2002, T-388 de 2004 y T-949 de 2003, entre otras.

65 Ley 600 de 2000. La nueva Ley 906 de 2004, en su artículo 38, señala las atribuciones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, adicionado por la Ley 937 de 2004.

66 M.P. Jaime Araujo Rentería.

67 Cfr. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 1995, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, proceso No. 8987, donde se sostuvo: “En cuanto al aspecto

central que ocupa la atención de la Sala, ha de advertirse que la acción de revisión, como técnicamente se le ha denominado, es un derecho que surge para cambiar una situación que ha sido considerada como verdad indiscutible en el proceso en razón a la presunción de acierto y legalidad que acompaña las decisiones proferidas por autoridad judicial en su función de administrar justicia”.

68 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

69 M.P. Jaime Araujo Rentería.