

SENTENCIA T-831/08

(agosto 22)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales especiales de procedibilidad

DEFECTO FACTICO-Configuracion

DEFENSA TECNICA-Alcance

DEFECTO PROCEDIMENTAL-Desconocimiento del derecho de defensa técnica

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Vulneración al núcleo esencial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VULNERACION AL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VULNERACION AL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Improcedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por inexistencia de defecto fáctico

Referencia: expediente T- 1.626.207

Accionante: JUAN GUILLERMO MALAVER ROBLES

Accionado: Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal

Fallos de tutela objeto de revisión: sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 2007 (2ª instancia), confirmatoria de la sentencia de la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 6 de febrero de 2007 (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

## ANTECEDENTES

### 1. Pretensión

#### 1.1. Demanda

Mediante Acción de Tutela radicada el 15 de diciembre de 2006<sup>1</sup>, el señor Juan Guillermo Malaver Robles solicitó al juez de tutela protección a su derecho fundamental al debido proceso, a su juicio vulnerado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá (sentencia del 16 de junio de 2005)<sup>2</sup> y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, (sentencia del 22 de octubre de 2005)<sup>3</sup>, en el proceso penal que se adelantó en su contra, por cuanto se desconocieron los derechos de defensa y contradicción, y los principios de tipicidad, publicidad y presunción de inocencia, en tanto no fue notificado personalmente de algunas de las providencias dictadas; no tuvo defensa adecuada en la mayor parte del proceso, no fueron debidamente valoradas las pruebas allegadas; no se probó en el juicio que la cantidad de droga que le fue encontrada superaba la dosis personal, por lo cual no puede decirse que estaba probada la tipicidad de la conducta endilgada.

En consecuencia, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir incluso de la resolución de cierre de investigación, de manera que pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa técnica.

#### 1.2 Fundamentos de la Pretensión

##### 1.2.1 Violación del derecho de defensa técnica

Señala que durante el proceso estuvo huérfano de defensa técnica, falla que produjo como resultado: (1) Que dejara de solicitarse la aclaración, adición o, en caso extremo, la objeción del dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, prueba de vital importancia para establecer o desvirtuar la ilicitud de la conducta. (2) Que no se controvirtiera la resolución de

acusación proferida sin el cumplimiento de los presupuestos sustanciales exigidos en la ley para su emisión, porque no había prueba sobre la ocurrencia de la conducta punible, sino que el funcionario procedió a suponerla. (3) Que en la etapa de juzgamiento no se solicitara la declaratoria de nulidad de la actuación a partir incluso del cierre de la investigación, para que se practicara la prueba necesaria para calificar con acusación. y, (4) que en la audiencia pública no se evidenciara ante el juez la duda probatoria respecto del comportamiento punible, duda que de haberse advertido habría sido resuelta en su favor, de modo que la decisión del juzgador se fundó en elementos de juicio que resultaban insuficientes.

## 1.2. 2 Violación de los principios de tipicidad, presunción de inocencia y publicidad

En el presente caso también se vulneraron los principios de legalidad, en cuanto a tipicidad, y de presunción de inocencia, habida consideración que al plenario no se arrió prueba suficiente para demostrar, en el grado de certeza, la ilicitud de la conducta y sin embargo se le condenó de prisión, en lugar de que las dudas presentadas en el aspecto objetivo del presunto delito se resolvieran a su favor.

Añade que las peticiones impetradas por su defensor en el recurso de apelación fueron desoídas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Corporación que confirmó la sentencia condenatoria impuesta en su contra al señalar que no constituye irregularidad sustancial que resquebraje las bases del proceso el hecho de que no se haya corrido el traslado previsto en el artículo 254 del C. de P.P., por cuanto los sujetos procesales habrían podido objetar el dictamen, como lo preceptúa el artículo 255 ejusdem. Adujo así mismo que si su abogado no había objetado el dictamen de Medicina Legal, ello obedecía a una estrategia de defensa, pero nada dijo en torno a la cadena de custodia, como si no se tratase de un tema definitivo en materia de la determinación de la existencia de delito.

Sostiene que el Tribunal erró en la valoración el dictamen de medicina legal al sacar conclusiones que no se encontraban en el ni de allí podían derivarse.

Estima que se vulneró el principio de publicidad, por cuanto la diligencia de audiencia pública se adelantó prácticamente a sus espaldas, si se tiene en cuenta que se llevó a cabo el mismo día de la audiencia preparatoria, en contravía de lo dispuesto en el artículo 401 del C.P.P., en el que se dispone que culminada la audiencia preparatoria el juez debe fijar fecha para la

celebración de la audiencia pública dentro de los diez días hábiles siguientes.

Ello por cuanto al no haber comparecido a la audiencia preparatoria, porque nunca recibió la citación, ni su abogado le comunicó la fecha de la diligencia, tampoco tuvo oportunidad de que se le convocara con suficiente tiempo a la audiencia pública, negándosele así la oportunidad de comparecer a la misma y ejercer su defensa.

## 2. Respuesta del accionado

Notificadas la Fiscalía, el Juzgado y los tres Magistrados integrantes de la Sala Penal del Tribunal para la fecha de la notificación, se obtuvieron las siguientes respuestas:

### 2.1 Respuesta de la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Facatativá

La Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Facatativá respondió que si bien la unidad Seccional de esa Fiscalía adelantó la investigación, cuyo trámite dió origen a la acción de tutela, informa que con ocasión de la implementación del Sistema Penal Acusatorio esa dependencia desapareció y los procesos que allí cursaban se distribuyeron entre los demás fiscales. Cabe anotar que esta respuesta se expidió un día después del fallo de tutela de primera instancia.

### 2.2 Respuesta del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá manifestó en su defensa que resulta ajena a la actuación y decisión adoptada por ese despacho, la incursión en vía de hecho alguna, en los términos que de ésta ha precisado la Honorable Corte Constitucional, es decir, "...cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona..." o cuando la interpretación hecha por el Juez de manera manifiesta vaya en contra del ordenamiento jurídico en detrimento de los derechos fundamentales de las personas, constituyendo en esta forma una decisión ajena a la juridicidad, única forma que tornaría procedente la tutela impetrada.

Después de hacer un recuento de la actuación surtida afirma que el debido proceso fue estrictamente observado durante el proceso, dentro del cual se garantizó el pleno ejercicio

de los derechos fundamentales, especialmente el debido proceso y como parte de éste al derecho de defensa que le asistían al procesado y demás sujetos procesales, además las decisiones adoptadas se encuentran jurídicamente fundamentadas y consultando la prueba obrante en el plenario, sobre la cual se hizo la correspondiente valoración de acuerdo a los criterios que para la misma determina el Código de Procedimiento Penal, es decir, bajo la óptica de la sana crítica y ajustada a derecho.

Agregó que las comunicaciones le fueron enviadas a la dirección registrada por el actor como su residencia, dirección a la que le fue remitido telegrama para notificación de la sentencia y en virtud del cual compareció personalmente el 29 de junio de 2005 para enterarse de la misma; si eventualmente cambió su residencia, era obligación del procesado o su defensor dar a conocer su lugar de ubicación donde podía recibir citaciones, sin que le pueda ser atribuido a ese Juzgado tal omisión, más aún cuando el acusado tenía conocimiento del proceso que en su contra se adelantaba y debía estar atento al desarrollo del mismo, para ejercer los derechos que le corresponden.

### 2.3 Respuesta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal.

De los magistrados que firmaron el fallo de segunda instancia en el Tribunal sólo fue notificado uno, pues las otras dos notificaciones se hicieron a magistrados diferentes. Sólo se obtuvo respuesta de uno de los tres magistrados notificados quien contestó que no actuó como ponente en la sentencia, pues su posesión tuvo lugar con posterioridad a la expedición de la misma. Igualmente, manifestó que no fue interpuesto recurso de casación.

## 3. Hechos relevantes y medios de prueba

### 3.1. Hechos que apoyan la pretensión.

3.1.1. Diligencia de pesaje de la sustancia incautada, prueba química de campo y toma de muestra de la misma para remitir a Medicina Legal, realizada con la colaboración de un perito del C.T.I. donde, tomadas las muestras al azar de diferentes sitios del paquete que la contenía se obtuvieron resultados negativos en las dos primeras pruebas de campo y positivo en la tercera al adicionar ácido clorhídrico N° 3, por lo cual se sospechó que la sustancia estaba revuelta con otro material vegetal, rebajando la calidad “y en consecuencia contener muy poquita MARIHUANA, lo que se confirma también olfativamente por no tener el olor

característico de dicho tipo de sustancia”, razón por la cual se sugirió enviar a medicina legal toda la muestra<sup>4</sup>.

3.1.2 Providencia del 14 de abril de 2003 mediante la cual, al resolver la situación jurídica del actor, la Fiscalía se abstiene de imponer medida de aseguramiento por carecer el procesado de antecedentes penales, no haberse establecido en forma definitiva si la sustancia incautada supera o no la dosis personal, no existir pruebas de que el implicado fuese expendedor de sustancias prohibidas y no tener razones para pensar que éste pudiese eludir su comparecencia al proceso o entorpecer la investigación<sup>5</sup>.

3.1.3 Memorando de renuncia al poder conferido de la Dra. Ana Stella Ruiz Medina (fl 78 C.1)

3.1.4 Providencia de septiembre 24 de 2004 mediante la cual la Fiscalía señala que “Existe suficiente prueba para ordenar el cierre de la investigación”<sup>6</sup>.

3.1.5 Providencia del 26 de octubre de 2004 mediante la cual la Fiscalía dictó resolución de acusación. 7.

3.1.6 Comunicación de fecha 9 de diciembre de 2004 mediante la cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses remite copia del dictamen sobre la sustancia incautada de 28 de abril de 2003 donde se expresa: Marihuana Positivo, queda sobrante, peso (gramos) 66.0 “En la(s) muestra(s) se encontró: marihuana”<sup>8</sup>.

3.1.7 Fijación como fecha para la audiencia pública el mismo día de la audiencia preparatoria a las 10:30 a.m.<sup>9</sup>

3.1.8 Acta de la diligencia de audiencia pública donde el defensor de oficio se limitó a hacer énfasis en que su defendido no era expendedor<sup>10</sup>.

3.2. Hechos que apoyan la oposición.

3.2.1. Copia de la diligencia de indagatoria del señor Juan Guillermo Malaver Robles donde designó como apoderada para la diligencia a la dra Ana Stella Ruíz Medina y en cuyo curso

afirmó: "...la marihuana que traía era para repartirla entre mis amigos ya que nos íbamos para el paseo y pienzo (SIC) que traía la dosis mínima para cada uno, éramos entre 5 y 6 los que íbamos a ir"<sup>11</sup>.

3.2.2 Dirección registrada en la Boleta de Encarcelación o Detención: Carrera 16 E N° 14 A 11 Llano del Tunjo<sup>12</sup>.

3.2.3 Memorial mediante el cual el señor Malaver Robles otorga poder al doctor Rafael Enrique Robles Munar<sup>13</sup>.

3.2.4 Declaración del patrullero Jaime Guzmán Guzmán quien afirma haber incautado la sustancia<sup>14</sup>.

3.2.5 Aerograma mediante el cual se solicitó al Comandante de la estación de Policía de Facatativá "citar y hacer comparecer esta Fiscalía Juan Guillermo Malaver Robles residente en el Llano del Tunjo Cra 16 E N° 14 A 11 acompañado de defensor fin notificarse resolución cierre de investigación"<sup>15</sup>. Cabe anotar que no obra en el expediente prueba de la citación efectiva o de informe alguno que indique que no pudo realizarse la citación solicitada.

3.2.6 Aerograma enviado a la Cra 16 E N° 14 A 11 de Facatativá citando al actor para notificarse de la resolución de acusación<sup>16</sup>.

3.2.7 Nombramiento de defensor de oficio ante la no comparecencia del procesado o su abogado para ser notificados de la resolución de acusación y acta de posesión como tal del dr Hugo Omar Cano Moreno<sup>17</sup>.

3.2.8 Providencia del 8 de marzo de 2005 mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá avoca conocimiento y corre traslado a los sujetos procesales por el término y para los fines que indica el artículo 400 del C. de P.P.<sup>18</sup>

3.2.9 Comunicación al defensor de oficio sobre la providencia anterior<sup>19</sup>.

3.2.10 Providencia mediante la cual se fija como fecha para la audiencia preparatoria el 14 de abril de 2005<sup>20</sup>.

3.2.11 Boleta de citación enviada a la Cra 16 E N° 14 A 11 de Facatativá citando al actor a la

audiencia preparatoria<sup>21</sup>.

3.2.12 Informe secretarial sobre imposibilidad de realizar audiencia preparatoria por inasistencia del defensor y providencia fijando como nueva fecha para la misma el 28 de abril de 2005<sup>22</sup>.

3.2.13 Citación al actor enviada a la Cra 16 E N° 14 A 11 de Facatativá y al defensor de oficio a la audiencia preliminar informando la nueva fecha<sup>23</sup>.

3.2.14 Memorial del defensor de oficio solicitando que la audiencia preparatoria se realizara el 27 de abril en las horas de la mañana<sup>24</sup>.

3.2.15 Acta de la diligencia de audiencia preparatoria con la presencia del defensor de oficio y en la cual se fija como fecha para la audiencia pública el mismo día a las 10:30 a.m.<sup>25</sup>

3.2.16 Acta de la diligencia de audiencia pública con la participación del defensor de oficio<sup>26</sup>.

3.2.17 Sentencia del 16 de junio de 2005, mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá condenó al actor previo análisis del material probatorio, e igualmente en lo concerniente a la responsabilidad del procesado y se dio respuesta a los argumentos expuestos por el defensor y por la Fiscalía<sup>27</sup>.

3.2.18 Boleta de citación al actor enviada a la Cra 16 E N° 14 A 11 de Facatativá y al defensor de oficio para notificarlos de la sentencia condenatoria de fecha 17 de junio<sup>28</sup>.

3.2.19 Edicto fijado el 23 de junio de 2005 y desfijado el 27 de junio de 2005<sup>29</sup>.

3.2.20 Notificación personal y diligencia compromisoria que suscribió el actor para efectos de la prisión domiciliaria<sup>30</sup>.

3.2.21 Memorial de 29 de junio de 2007 donde el actor confiere poder al dr Wolfrando Javier Alfonso Albarracín para asumir su defensa<sup>31</sup>.

3.2.22 Providencia mediante la cual se reconoce al defensor designado por el actor y se pide tener en cuenta el escrito presentado por aquel por medio del cual interpuso recurso de reposición<sup>32</sup>.

3.2.23 Memorial que sustenta el recurso de apelación<sup>33</sup>.

3.2.24 Decisión que resuelve la alzada confirmando el fallo de primera instancia<sup>34</sup>.

3.3. Hechos materia de prueba oficiosa.

Mediante auto de 28 de septiembre de 2007 se solicitó al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá el envío de fotocopia de todo lo actuado en relación con la cadena de custodia aplicada a la sustancia vegetal incautada al actor.

La información solicitada se recibió el 11 de septiembre de 2007 e incluye: i) el informe policivo que da cuenta de la detención e incautación de la sustancia; ii) la diligencia realizada con la colaboración del C.T.I.; iii) la remisión a medicina legal de la sustancia; iv) la reiteración de la solicitud a medicina legal para el envío de los resultados; v) la remisión por parte de medicina legal del dictamen pericial cuyo resultado fue positivo para marihuana.

4. Fallos de instancia

4.1. Primera instancia (Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia)

- Decisión: NEGAR por improcedente la tutela invocada por el ciudadano JUAN GUILLERMO MALAVER ROBLES.

- Razón de la decisión: i) no se agotaron los medios de defensa judicial en tanto no se interpuso el recurso extraordinario de casación; ii) la acción de tutela no fue concebida para remediar las fallas de gestión en las que incurren los ciudadanos en la defensa de sus derechos; iii) los conflictos que surgen en torno a la valoración de las pruebas o a la interpretación de normas de carácter legal o reglamentario, son, en principio, asuntos de orden legal que compete resolver a los jueces ordinarios y escapan, por consiguiente, de la competencia del juez de tutela; iv) no se cumplió con el principio de inmediatez que rige la acción pública, pues el fallo de segunda instancia en el presente caso se profirió el 22 de octubre de 2005 y solo después de un año el supuesto afectado promueve la acción constitucional invocando el amparo para sus derechos fundamentales.

- Impugnación del fallo de primera: Inconforme el actor apeló la anterior decisión sin exponer

los motivos de su inconformidad.

#### 4.2. Segunda instancia (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia)

- Decisión: Confirma el fallo impugnado
- Razón de la decisión: No se agotaron todos los recursos, pues no se interpuso el recurso extraordinario de casación.

#### CONSIDERACIONES

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 15 de junio de 2007 de la Sala de Selección de Tutela No. seis (6) de la Corte Constitucional.

#### 5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en el proceso penal en que se juzgó y condenó al actor por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se incurrió en vía de hecho por cuanto se desconocieron los derechos de defensa y contradicción, y los principios de tipicidad, publicidad y presunción de inocencia, en tanto el actor no fue notificado personalmente de algunas de las providencias dictadas; no tuvo defensa adecuada en la mayor parte del proceso, no fueron debidamente valoradas las pruebas allegadas; no se probó en el juicio que la cantidad de droga que le fue encontrada superaba la dosis personal por lo cual no puede decirse que estaba probada la tipicidad de la conducta endilgada

Para efectos de entrar a resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia constitucional y las precisiones de esta Corte en materia de defecto fáctico por inadecuada valoración de las pruebas y procedimental por desconocimiento del derecho de defensa técnica para luego entrar a estudiar el caso concreto.

5.1. Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia constitucional y las precisiones de esta Corte en materia de defecto fáctico por

inadecuada valoración de las pruebas

Como lo ha reiterado la jurisprudencia la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales es de carácter excepcional y para que se configure es preciso que se cumplan las siguientes condiciones:

- 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 irremediable...
- 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 vulneración...
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora...
- 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 posible....
- f. Que no se trate de sentencias de tutela...

Además de los anteriores requisitos generales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de causales especiales de procedibilidad, que deben quedar plenamente demostradas y constitutivas de: a. Defecto orgánico, b. Defecto procedimental absoluto, c. Defecto fáctico, d. Defecto material o sustantivo, f. Error inducido, g. Decisión sin motivación, h. Desconocimiento del precedente, i. Violación directa de la Constitución<sup>35</sup>.

## 5.2. Defecto fáctico por inadecuada valoración de las pruebas.

En relación con el defecto fáctico la Corte ha señalado que éste se presenta cuando resulta evidente que se omitió decretar pruebas que eran necesarias o la valoración de las

existentes, o su evaluación fue realizada de manera caprichosa o arbitraria<sup>36</sup>.

Al respecto ha dicho la Corte:

“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia ‘impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido’. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque ‘no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.’ Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien ‘el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva’ dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita”<sup>37</sup>.

### 5.3. Defecto procedimental por desconocimiento del derecho de defensa técnica.

La Corte ha precisado el concepto de defensa técnica como el derecho del sindicado a escoger su propio defensor y de no ser ello posible a ser representado por uno de oficio designado por el Estado, quien a su vez debe tener un nivel básico de formación jurídica, sin perjuicio de que el procesado pueda adelantar actuaciones en su propia defensa en los términos que señala la ley. Igualmente esa defensa debe ser ininterrumpida tanto en la etapa de la investigación como en la del juzgamiento<sup>38</sup>.

Adicionalmente para determinar la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial en virtud de una eventual violación al derecho a una defensa técnica no es suficiente demostrar que existieron fallas en la defensa del procesado para que proceda el amparo constitucional pues en ese caso ha de comprobarse, según la jurisprudencia de esta Corporación que la pretendida falla i) no pueda imputarse directa o indirectamente al defendido, pues si éste renuncia al ejercicio personal de su defensa, al no comparecer conociendo la existencia de un proceso en su contra y delegarla en su totalidad en el

apoderado de confianza o en el defensor de oficio, deslegitima su interés de protección, debiendo en esos casos asumir directamente las consecuencias del proceso; ii) haya afectado otros derechos del sindicado en el contexto de lo que constituye el debido proceso penal; iii) no tuvo o pudo haber tenido como fundamento la estrategia de defensa del abogado; iv) y tuvo o pudo haber tenido un efecto en la providencia cuya constitucionalidad se cuestiona.<sup>39</sup>

## 6. El caso concreto

### 6.1. Hechos probados

En el asunto propuesto, está plenamente demostrado que:

El sindicado conocía de la existencia de un proceso penal en su contra<sup>40</sup>.

El actor fue asistido en la indagatoria por la profesional del derecho Ana Stella Ruíz Medina<sup>41</sup>, luego designó como apoderado al dr Rafael Enrique Robles Munar<sup>42</sup> y que ante la no comparecencia tanto del actor como de su abogado para notificarse de la resolución de acusación se designó como defensor de oficio al dr Hugo Omar Cano Moreno<sup>43</sup> con quien se tramitó el resto del proceso hasta la sentencia de primera instancia, para cuya impugnación otorgó poder al dr Wolfrando Javier Alfonso Albarracín<sup>44</sup>.

Las notificaciones se realizaron en debida forma a la dirección que informó el actor sin que éste o su defensor hubiesen informado el cambio de residencia del procesado<sup>45</sup>.

El apoderado de confianza del actor no interpuso el recurso de casación dejando vencer en silencio el término que tenía para ello.

Obra en el expediente la diligencia de indagatoria donde el actor admite que portaba marihuana que había comprado para él y 6 ò 7 amigos en cantidad que estimaba correspondía a la dosis personal para cada uno<sup>46</sup>, al igual que el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre la naturaleza de la sustancia incautada cuyo resultado fue positivo para marihuana, peso 66,0 gramos<sup>47</sup>.

## 6.2. Razón jurídica de la decisión.

Tratándose del derecho a la defensa, no se encuentra demostrada una vulneración de su núcleo esencial, pues durante todo el proceso el actor contó con la asistencia de profesionales del derecho tanto contractuales como de oficio, y si bien no estuvo presente ello no es un error atribuible al juez de la causa en tanto nunca fue enterado sobre el cambio de residencia del demandante y éste tampoco cumplió su deber de estar al tanto de lo que ocurría en un proceso que a partir de la indagatoria sabía que cursaba en su contra.

Si bien el defensor de oficio no solicitó la práctica de pruebas en las diversas etapas procesales, ni tampoco apeló decisiones que eran contrarias a los intereses del accionante, estuvo presente en la audiencia preparatoria y participó en la vista pública, actuación que se examina tomando en cuenta: i ) la captura en flagrancia; ii) la aceptación que su defendido hizo en la indagatoria de encontrarse en posesión de marihuana en cantidad equivalente a la dosis personal de 6 o 7 personas, manifestación que realizó en forma libre y voluntaria, sin juramento, asistido por un profesional del derecho y advertido de su derecho a no declarar en su contra; iii ) la ausencia del sindicado derivada de su propia conducta omisiva que no permitía al abogado desarrollar una estrategia pues no tenía quien le proporcionara, de haberlos, otros elementos para la defensa; iv ) la verificación de la naturaleza de la sustancia incautada que se solicitó una vez el C.T.I estableció la presencia de marihuana en ella ante la duda sobre el contenido preciso de la droga en ella con el dictamen de medicina legal positivo para la sustancia mencionada.

Adicionalmente las notificaciones se realizaron en la forma prevista en los artículos 176 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, considerando que el sindicado no estaba privado de la libertad (artículo 178 ibídem).

Aunado a lo anterior, al estudiar el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá se encuentra que se trata de una sentencia sustentada en las pruebas que obran en el proceso, debidamente argumentada, en la cual se analizó la responsabilidad del accionante de acuerdo con el criterio del juez, se dosificó la pena según los parámetros de la ley (artículos 55, 58, 60 y 61 del C. P. y se concedió el beneficio de prisión domiciliaria por cumplirse los presupuestos que para ello señala el artículo 38 el Código Penal.

Por otra parte el actor y su defensor aún cuentan con la acción de revisión para el evento en

que aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del demandante. En consecuencia no puede pretenderse que la tutela subsane tales omisiones, o revivan términos precluidos.

### 6.3. Conclusión:

Al no acreditarse para el caso la violación del derecho de defensa o la ocurrencia de un defecto fáctico en los términos de la jurisprudencia de esta Corte y estando demostrado que si pudieron presentarse fallas en la defensa estas son imputables a la conducta desinteresada del demandante que, conociendo la existencia de un proceso en su contra, no informó al juzgado su cambio de residencia ni manifestó interés en el curso del mismo se concluye que el amparo debe ser denegado. Bien pudieron el actor o su defensor acudir ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. e interponer, como lo señala el juez de primera instancia, el recurso de casación. Tampoco se observa el cumplimiento del requisito de inmediatez, en tanto la sentencia de segunda instancia fue proferida el 22 de octubre de 2005 y la acción se interpuso el 15 de diciembre de 2006 Así, el fallo de tutela debe ser confirmado.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto de fecha tres (03) de julio de dos mil siete (2007).

Segundo.- CONFIRMAR en su integridad y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 2007 (2ª instancia), confirmatorio de la sentencia de la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 6 de febrero de 2007 (1ª instancia), dentro de la acción de tutela instaurada por Juan Guillermo Malaver Robles contra el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá (sentencia del 16 de junio de 2005 (fl 123) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Penal (sentencia del

22 de octubre de 2005 (fl 203).

Tercero.- Por Secretaría General, 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.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA      Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T-831 DE 2008

Referencia: expediente T-1.626.207

Acción de tutela de Juan Guillermo Malaver Robles contra el Juzgado 1° Penal del Circuito de Facatativa y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca

Magistrado ponente:

Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que no existían razones que justificaran la invalidación de los pronunciamientos judiciales objeto de la presente acción, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento<sup>49</sup>, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 242 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la

independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, de por sí está permitida la tutela contra la decisión judicial, cual si fuera un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones a las que se podría otorgar alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Folio 16

2 Folio 123

3 Folio 203

4 Folios 66 y 67 Cuaderno 1

5 Folios 69 a 73 Cuaderno 1

6 Folio 93 cuaderno 1

7 Folios 97 a 101 Cuaderno 1

8 Folios 104 y 105 Cuaderno 1

9 Folio 118 Cuaderno 1

10 Folios 118 a 121 Cuaderno 1

11 Folios 62 a 64 Cuaderno 1

12 Folio 58 Cuaderno 1

13 Folio 79 Cuaderno 1

14 Folios 89 a 91 Cuaderno 1

15 Folio 95 Cuaderno 1

16 Folio 103 Cuaderno 1

18 Folio 109 Cuaderno 1

19 Folio 110 Cuaderno 1

20 Folio 111 Cuaderno 1

21 Folio 113 Cuaderno 1

22 Folio 114 Cuaderno 1

23 Folio 116 Cuaderno 1

24 Folio 117 Cuaderno 1

25 Folio 118 cuaderno 1

26 Folios 118 a 121 Cuaderno 1

27 Folios 123 a 133 Cuaderno 1

28 Folio 135 Cuaderno 1

29 Folio 136 Cuaderno 1

30 Folios 134 y 139 Cuaderno 1

31 Folio 140 Cuaderno 1

32 Folio 143 Cuaderno 1

33 Folio 146 a 151 Cuaderno 1

34 Folios 203 a 214 Cuaderno 1

35 Sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 1065 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

36 Sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-450 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T- 462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T- 1065 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto T-458-07 M.P. Álvaro Tafur Galvis

37 Sentencia T- 1065 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

38 Sentencia T-610 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

39 Sentencias T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-784 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-028 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-066 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

T-068 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

40 Numeral 3.2.1

42 Numeral 3.2.3

43 Numeral 3.2.7

44 Numeral 3.2.21

45 Números 3.2.2, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.11, 3.2.13, 3.2.18, 3.2.19, 3.2.20

46 Numeral 3.2.1

47 Numeral 3.1.6

48 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240 y T-350 de 2008.

49 C-590 de 2005.