

Sentencia T-852/07

NOTIFICACION-Importancia

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE-Naturaleza

NOTIFICACION POR EDICTO DE PERSONA AUSENTE-Pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

DECLARACION DE PERSONA AUSENTE-Procedencia

Referencia: expediente T-1610318

Acción de tutela instaurada por Jairo Orlando Contreras Moya, contra el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión de la mencionada Sala de Casación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. Luego de insistencia del señor Procurador General de la Nación, la Sala de Selección N° 6 de la Corte, el día 22 de junio de 2007, eligió para revisión el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda fue presentada por la apoderada el 18 de diciembre de 2006, atacando el fallo

proferido el 14 de abril de 1997 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia condenatoria por homicidio agravado que el 17 de enero del mismo año había dictado el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá contra Jairo Orlando Contreras Moya. Mediante la acción de tutela se solicita amparar los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, defensa material y técnica, justicia y verdad, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. En mayo 20 de 1989 aproximadamente a las 12:00 p. m., en la calle 57 f sur con carrera 88, barrio Class Kennedy de Bogotá, a Pedro Díaz Pedraza le causaron la muerte violentamente.

1. La investigación del homicidio fue inicialmente realizada por el Juzgado 82 de Instrucción Criminal y reasignada al 22 de la misma actividad, que a través del DAS y mediante comunicación enviada a la calle 55 sur N° 88-23 del mismo barrio, citó en octubre 28 de 1992 a Jairo Orlando Contreras Moya para inquirirle sobre ese delito.

1. Posteriormente, la investigación la asumió la Fiscalía 103 de la Unidad Segunda del Grupo de Vida, que mediante comunicación de fecha mayo 5 de 1994, remitida a la dirección Calle 55 sur N° 88-23 del Barrio Class de Bogotá, solicitó a Jairo Orlando Contreras Moya: “presentarse con defensor y ante fiscal ciento tres... próximo nueve de junio cursante...”, para rendir indagatoria. Como no acudió, esa Fiscalía el 13 de julio de 1994 libró orden de captura contra Jairo Orlando Contreras Moya.

1. La Fiscalía 103 solicitó “la tarjeta decadactilar de Jairo Orlando Contreras Moya”, mediante oficio de mayo 5 de 1994, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que mediante oficio de septiembre 14 de 1994 remitió copia de dicha tarjeta, donde se consigna que Jairo

Orlando Contreras Moya reside en la “Calle 55 sur N° 88-23 de Bogotá”.

1. El proceso fue reasignado a la Fiscalía 21 de la Unidad Segunda de Vida, que mediante edicto de marzo 6 de 1995 citó y emplazó a Jairo Orlando Contreras Moya, para que dentro de los 5 días hábiles contados a partir de esa fecha, se presentara ante esa Fiscalía a rendir indagatoria, advirtiéndole que de no presentarse “se le declarará persona ausente, y se le nombrará defensor de oficio para que le represente dentro de las diligencias, lo anterior según lo normado en el art. 356 del Código de Procedimiento Penal”.

1. Con el proceso continuó la Fiscalía 26 de la misma Unidad, que mediante proveído de septiembre 22 de 1995 declaró persona ausente a Jairo Orlando Contreras Moya y le nombró como defensor a Víctor Hugo Cárdenas Pérez, portador de la tarjeta profesional de abogado N° 48.635.

1. El 11 de octubre de ese año se le resolvió situación jurídica a Contreras Moya, con medida de aseguramiento. Cerrada la investigación el 15 de noviembre de 1995, la Fiscalía 26 decidió mediante providencia de enero 30 de 1996, “acusar a Jairo Orlando Contreras Moya ... C. C. N° 79'528.757... de Bogotá”, como responsable de homicidio agravado, “cometido en la persona que en vida respondía al nombre de Pedro Díaz Pedraza”.

1. Conociendo de la causa el Juzgado 21 Penal del Circuito, el defensor de oficio mediante escrito de mayo 16 de 1996, solicitó que lo sustituyeran en ese proceso por cuanto tenía a su cargo 3 defensas más; dicho despacho aceptó la petición y nombró a Luz Stella Tovar Becerra, estudiante de consultorio jurídico de la Universidad Santo Tomás, como defensora de Jairo Orlando Contreras Moya.

1. El Juzgado 21 Penal del Circuito, mediante providencia de julio 29 de 1996, condenó al referido procesado a 18 años de prisión y a 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautor responsable del homicidio agravado por el cual se le había acusado, fallo recurrido en tiempo por la defensa.

1. De la apelación conoció una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que mediante providencia de septiembre 19 de 1996 declaró “la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto visto al folio 206”, relativo a la designación de la estudiante de derecho, por estimar que la defensa debía estar a cargo de un abogado titulado.

1. Para subsanar la nulidad, el Juzgado 21 Penal del Circuito designó y posesionó como defensor de oficio a Álvaro Hinestroza Salcedo, portador de la tarjeta profesional N° 14.755. Surtidas de nuevo las actuaciones respectivas, mediante providencia de enero 17 de 1997 ese despacho condenó a Jairo Orlando Contreras Moya a la pena principal de 18 años de prisión, como responsable del delito de homicidio agravado en su calidad de coautor, sentencia que fue apelada por la defensa y confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en abril 14 de 1997.

1. Se aduce en la demanda de tutela que “luego de haber rendido mi poderdante la declaración objeto de la citación en el DAS y pese a que siempre habitó en la dirección atrás enunciada, nunca más lo volvieron a llamar a posteriores diligencias derivadas de la investigación”. Después de 16 años de acaecido el homicidio, el 23 de febrero de 2005 “mi poderdante fue detenido por las autoridades cuando se encontraba renovando el pasado judicial en el DAS”.

1. Se tilda de inverosímil que el condenado no haya sido notificado, toda vez que siempre residió en la calle 55 sur N° 88-23, Barrio Class de Bogotá y en “el expediente se relacionan otros múltiples datos que permitían ubicarlo para vincularlo formalmente a la investigación

(a saber, el restaurante en donde laboraban su padres, la información que hubiera podido suministrar el Párroco del barrio para quien laboraba mi defendido” y sorprende que “no existan constancias de haberse realizado desplazamientos tendientes a la ubicación del señor Contreras Moya a los lugares indicados, ni por parte de los funcionarios encargados de adelantar la instrucción, ni de aquellos a quienes se encomendaron las actividades de captura, ni de quienes adelantaron el juicio, ni del Ministerio Público, ni de los que fungían como sus defensores de oficio”.

1. El abogado Víctor Hugo Cárdenas es reprochado en la demanda por no realizar “actuación ante el fiscal”, limitándose a asistir a la audiencia pública pero sin solicitar pruebas, las cuales tampoco fueron decretadas y practicadas de oficio, en lo que culminó condenado a Jairo Orlando Contreras Moya a 18 años de prisión, a quien su apoderada para la acción de tutela estima inocente de los cargos por los cuales fue condenado, por equivocaciones en la apreciación probatoria.

1. En virtud de lo argumentado, en la demanda de tutela se solicita que “se declare que las providencias que sustentan la condena de 18 años de prisión del señor Jairo Orlando Contreras Moya” constituyen vía de hecho, por lo cual, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, procede el amparo de los derechos fundamentales invocados y “los demás que la H. Corte encuentre vulnerados, así como del principio de prevalencia del derecho sustancial, anulando o dejando sin valor ni efecto alguno las providencias condenatorias y como corolario decretar la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, del cierre de la investigación”.

1. Mediante comunicación de enero 19 de 2007, la señora Juez 21 Penal del Circuito de Bogotá rechazó que se haya violado algún derecho fundamental; Jairo Orlando Contreras Moya fue oído en entrevista por un investigador del CTI y posteriormente se le citó a indagatoria a la “calle 55 sur N° 88-23 barrio Class”, dirección que se constató en la tarjeta decadactilar del sindicado. Se realizaron todas las actuaciones judiciales pertinentes, incluida la práctica de pruebas solicitadas por el Ministerio Público y las notificaciones a quien llevaba la defensa de oficio, cuya apelación del fallo inicial fue resuelta con la declaración de nulidad

a partir de la posesión de la estudiante de derecho.

En cuanto a la valoración probatoria, explicó que “la evidencia procesal muestra que se adelantaron las investigaciones pertinentes para, inicialmente, identificar a los autores del homicidio de PEDRO DÍAZ PEDRAZA y luego, ubicarlos para ser vinculados a esta actuación”.

El recaudo probatorio permitió disponer la vinculación de Contreras Moya como presunto responsable del punible, resaltándose que la dirección aportada por el CTI “es la misma a la que se enviaron las diferentes comunicaciones y la que se consignó en el informe a través del cual se dio cuenta sobre su captura (fl. 288), siendo diferente de la aportada por la accionante en el respectivo libelo”, resultando “innegable que recibió las múltiples comunicaciones remitidas acertadamente” a su lugar de residencia.

2. Mediante oficio N° 059 de enero 23 de 2007, la señora Jefe de la Unidad Segunda de Delitos contra la Vida de la Fiscalía General de la Nación reportó que “no puede afirmar más que lo que reposa en nuestros registros sistematizados y escritos, tal como se reseñó en precedencia, toda vez que estos Despachos Fiscales (21 y 26) fueron reubicados en otras Unidades y a la fecha desconocemos quiénes eran los titulares de los mismos para los años en que estuvo activo el proceso penal seguido contra el citado Contreras Moya, información ésta que no pudo establecerse por la premura del tiempo de respuesta”.

3. Quien fungió como Magistrado Ponente en la respectiva Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, respondió el 23 de enero de 2007, limitándose a anotar que esa corporación “hizo pronunciamiento en segunda instancia sin vulnerar las garantías constitucionales y legales inherentes al actor”, anexando, “para mejor ilustración”, copia del correspondiente fallo.

C. Pruebas relevantes acopiadas.

A la presente actuación fue allegada copia del respectivo expediente penal, radicación N° 16.827, relacionado con la investigación por el homicidio de Pedro Díaz Pedraza y el juzgamiento y condena contra Jairo Orlando Contreras Moya (fs. 17 a 347 cd. inicial).

D. Sentencia de primera instancia.

Mediante providencia de enero 30 de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela “por improcedente”, observando que realizadas las actuaciones necesarias para la captura de Jairo Orlando Contreras Moya, “si no se logró su localización a través de las dependencias encargadas de tal cometido, es situación que mal podría calificarse de negligente –sin soporte para ello- y menos aún que constituya una vía de hecho enrostrable a los funcionarios judiciales encargados del averiguatorio y del juicio; empero, sí resulta dable resaltar plurales circunstancias que convergen en señalar el conocimiento que le asistía de búsqueda: i) la citación ante los investigadores de que había sido objeto, ii) el hecho sucedió en las goteras de su residencia, iii) registrada anotación en el DAS de su orden de captura, numerosos acontecimientos que el sentido común hacen inferir que conocía plenamente de la actuación, que aquella no le era desconocida, no obstante ello, estaba haciendo uso del derecho constitucional de permanecer en ausencia”.

No encontró válida la pretensión de que, una vez proferida la sentencia condenatoria, se simule ese falso interés en concurrir al proceso, cuando ello no es así, evidenciándose la intención inequívoca de mantenerse alejado de cualquier compromiso con el mismo, adicional a lo cual fue la contumacia la que pudo impedirle a la defensa conocer alternativas, pero “escrutado el proceso se observa que fue por razón de los sendos recursos de apelación interpuestos por los togados de oficio como el Tribunal Superior Sala Penal conoció en dos oportunidades del fallo condenatorio, habiéndose producido nulidad del primero de ellos”.

Además, de conocerse hechos o pruebas nuevas “que establezcan la inocencia del actor, existe otro mecanismo de defensa judicial que lo es la acción de revisión”.

E. Impugnación.

La apoderada anotó “apelo”, al notificarse del fallo antes referido (f. 406 ib.).

F. Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de marzo 16 de 2007 confirmó la anterior, al no hallar vía de hecho alguna, denotando que la declaración de ausencia se efectuó luego de ser citado el peticionario a la dirección registrada en el expediente y no haberse podido materializar la captura, siendo evidente que los defensores de oficio sí intervinieron a su favor, restando acudir a la acción de revisión si se configurare

alguna de las causales consagradas al efecto.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Es competente la Corte Constitucional para analizar, en Sala de Revisión, la decisión tomada dentro de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de revisión.

La Sala determinará la procedencia de la acción de tutela contra una decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que confirmó el fallo de primera instancia, donde luego de declaratoria de persona ausente, fue condenado Jairo Orlando Contreras Moya a 18 años de prisión, como pena principal, al demostrarse su coautoría en el homicidio de que fue víctima Pedro Díaz Pedraza, actuación que según la libelista se adelantó con conculcaciones al debido proceso y al derecho de defensa, a más que las pruebas allegadas fueron indebidamente valoradas por las instancias que le condenaron.

Tercera. La procedencia de la acción de tutela contra sentencia judicial es excepcionalísima.

Mediante fallo C-543 del 1° de octubre de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que admitían y reglamentaban la acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, determinación que cobró efectos de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.). Se estimó precisamente inviable el especial amparo constitucional, al considerarse que al interior del respectivo proceso están previstos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, pero en esa misma providencia quedó planteada la eventualidad de que se estuviere en presencia de “una actuación de hecho”, ejecutada por el propio funcionario judicial.

Desde entonces fue desarrollándose la noción de “vía de hecho”¹, entendida como aquel proveído que de manera flagrante, grave y grosera contraría el ordenamiento constitucional, de modo que no puede en realidad reputarse como verdadera providencia judicial, pues sólo es una arbitrariedad con apariencia de tal.

Entre otras muchas determinaciones, así se ha pronunciado esta Corte²:

“Esta Corporación ha señalado que cuando en la acción de tutela se alega tal situación en relación con las distintas etapas de un proceso, o en la propia sentencia, la intervención del juez de tutela, por ser estrictamente excepcional, debe estar encaminada a determinar si a pesar de existir errores o faltas en los procesos, éstos pueden ser corregidos en el propio proceso, a través de los distintos mecanismos que prevé la ley. Es decir, si para su corrección se pueden proponer recursos, pedir nulidades, etc. En otras palabras, no toda irregularidad en el trámite de un proceso, o en la sentencia misma, constituye una vía de hecho amparable a través de la acción de tutela. Este rigor para conceder la acción de tutela cuando se alegan vías de hecho, obedece al debido entendimiento del artículo 86 de la Constitución, en cuanto al carácter excepcional de la acción de tutela, su procedencia únicamente cuando no exista para el afectado otro medio de defensa judicial y por el respeto por la cosa juzgada por parte del juez constitucional.

... ..

Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela no puede reemplazar al juez de la causa ni puede convertirse en una última instancia de decisión. Para asegurar que ello no ocurra, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que sólo hay lugar a la calificación del acto judicial como una auténtica vía de hecho si el vicio que origina la impugnación resulta evidente o incuestionable. Aquellos asuntos que puedan ser objeto de polémica judicial o que no surjan a simple vista como lesiones superlativas del ordenamiento jurídico, no pueden dar origen a la descalificación, por vía de tutela, de la sentencia impugnada.” (No está en negrilla en el texto original).

A partir de allí, la Corte paulatinamente ha aceptado la viabilidad de la acción de tutela contra sentencia judicial, siempre y cuando, en la tesis mayoritaria de esta corporación, se cumplan ciertos requisitos o presupuestos generales y especiales de procedibilidad, quedando claro que la intervención del juez de tutela frente a providencias judiciales sigue siendo estrictamente excepcional.

De otra parte, sobre la importancia de la notificación como acto procesal, se ha expuesto:

“Uno de los principales dispositivos procesales para concretar el principio de publicidad es sin

lugar a dudas la notificación de las providencias judiciales, pues por medio de ella las decisiones de los jueces son conocidas por las partes y terceros con interés jurídico.

La expresión notificar, en el campo del derecho, significa 'hacer saber' o 'hacer conocer'. Por ello, la notificación más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación, procura asegurar la legalidad de las determinaciones adoptadas en una instancia judicial, ya que al 'hacer conocer' se garantiza que los distintos sujetos procesales puedan utilizar los instrumentos o medios judiciales necesarios para la protección de sus intereses.

Conforme a lo anterior, surge como obligación de las autoridades judiciales no sólo notificar sus decisiones a las partes, sino también a todos aquellos que tengan un interés jurídico en las distintas actuaciones que puedan afectar sus derechos. Lo anterior, con el fin de otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones y de presentar y controvertir las pruebas allegadas en su contra. Con todo, dichas actuaciones judiciales deben ajustarse siempre a las disposiciones, los términos y las etapas procesales descritas en la ley".³

De tal manera, corresponde analizar a continuación, brevemente, algunos puntos de los cuales derivará si la determinación de una autoridad judicial, en el ámbito de la función atinente, puede ser controvertida y, por extrema excepción ante grave desatino, removida por vía tutelar.

Cuarta. Debido proceso. El derecho de defensa no es absoluto.

El debido proceso⁴ es una gran constelación integrada por cantidad de estrellas rutilantes, entra las cuales fulgura con la mayor intensidad el derecho de defensa, tanto material como técnica⁵, con facultades para controvertir, aportar y solicitar pruebas, que permita a la administración de justicia aproximarse al máximo posible de verdad real⁶ con pleno respeto al ejercicio de la defensa.

De otra parte, en los sistemas mixtos de procesamiento penal, como el que rigió en este asunto, antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, para garantizar la comparencia al proceso penal del sindicado, imputado o acusado y su defensa, el legislador vino incorporando la exigencia de que desde un principio le fuera informada la existencia de la actuación y que, llegado el caso, se le vinculara apropiadamente,

normalmente mediante indagatoria. Sólo por excepción, de acuerdo con precisa regulación cuya constitucionalidad ha sido definida por esta Corte, se ha permitido el mecanismo sucedáneo de la declaración de ausencia.

Así se ha pronunciado esta corporación⁷:

“La declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa.”

No puede ser de otra manera, pues al no suspenderse el respectivo término de prescripción por la contumacia del inculcado, los derechos de las víctimas, la verdad, la justicia, la reparación⁸, la credibilidad de los asociados hacia sus instituciones y el aseguramiento de la convivencia pacífica padecerían severa mengua, al ir aparejada la falta de comparecencia del procesable con la parálisis de la acción penal, hasta su extinción.

La vinculación personal de los involucrados resalta en su mayor garantía, particularmente para el desarrollo de la defensa material, pero ésta es disponible, como nunca lo es ni puede serlo la técnica, a cargo del defensor letrado, según siempre se ha exigido⁹, bajo el presupuesto de que el sistema judicial haya agotado todos los medios idóneos para hacer efectiva dicha vinculación, luego del envío de comunicaciones al lugar de residencia y/o de trabajo y, cuando fuere permitida, la orden de captura, bajo la máxima acuciosidad y estricta búsqueda y constatación de las autoridades respectivas, que permitan la última opción del emplazamiento por edicto, para declarar ausente a la persona requerida, que siempre estará asistida por un abogado defensor titulado, responsable y capacitado.

Quinta. Caso concreto.

La tutela fue forjada como una acción constitucional subsidiaria¹⁰, pues para la procedencia de este amparo constitucional, previamente han de estar agotados todos los medios de defensa judicial¹¹; en caso contrario será declarada improcedente, salvo cuando se presente una conculcación de derechos fundamentales con inminencia de perjuicio irremediable, situación en la cual procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Cabe anotar, de una vez, que en el presente caso no se ha agotado la acción de revisión que contemplan las normas de procedimiento penal para eventos como el que acá se discute (por ejemplo, frente a los aducidos testimonios de familiares de la víctima, cfr. arts. 192.3 L. 906/04 y 220.3 L.600/00: “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...”). Pero como no aparece claro si han aparecido elementos realmente novedosos de convicción, ni su eventual verosimilitud y trascendencia, procede la Corte a agregar las siguientes consideraciones.

En la presente acción se adujo que la Fiscalía que estuvo a cargo de la investigación del homicidio de Pedro Díaz Pedraza, vinculó al proceso como persona ausente a Jairo Orlando Contreras Moya sin que se hubiesen agotado todos los mecanismos idóneos para notificarle personalmente de la existencia del proceso penal que existía en su contra, y con ello permitirle ejercer su derecho a la defensa.

Entonces, cuándo se entiende que el aparato judicial ha agotado los medios para hacer comparecer al inculcado al proceso, y así poder acudir al emplazamiento por edicto? Sobre este aspecto se pronunció la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 8 de 1990:

“...un recto entendimiento de la norma acusada (art. 378 del C. de P. P.), tanto por lo dispuesto por los artículos 399 y 400 del C. de P. P., cuanto por razones de lógica jurídica, ha de ser en el sentido de que el emplazamiento por edicto del investigado para lograr su comparecencia o vinculación al proceso penal, procede en aquellos casos en que no hubiere sido posible lograr su presencia, esto es, cuando a pesar de haberse ordenado su citación conforme a lo previsto en el artículo 400 antes mencionado, o su captura conforme al artículo 399 ibídem y al párrafo del primeramente citado, fue imposible hallar al imputado o hacerlo comparecer para poder adelantar dicha diligencia.” (No está en negrilla en el texto

original).

A folio 134 del cuaderno inicial se observa que mediante comunicación de mayo 5 de 1994, dirigida a la “Calle 55 Sur Nro 88 – 23 Brio Class”, se le solicitó a Jairo Orlando Contreras Moya “presentarse con defensor y ante fiscal ciento tres ... próximo nueve de junio cursante”; en la misma fecha se le solicitó al Registrador Nacional del Estado Civil (f. 135 ib.) “remitir a esta oficina por duplicado y con destino al fiscal Ciento Tres Delegado, la Tarjeta decadactilar de JAIRO ORLANDO CONTRERAS MOYA, identificado con la c. c. Nro. 3779528757, se corrige 79528757, hijo de VICTOR CONTRERAS Y CONCHA MOYA, sin más datos”. Así, la Registraduría mediante oficio CJ-103361 (f. 141 ib.) allegó la tarjeta decadactilar de Contreras Moya, donde se verifica que la dirección de su residencia es “Cl.55sur # 88-23”, lo cual permite comprobar que las citaciones enviadas por la Fiscalía a Contreras Moya están acordes a su lugar de residencia.

Debido a que Contreras Moya no atendió las citaciones, la Fiscalía 103 dio aplicación al inciso 1° del artículo 399 del Decreto 050 de 198712 y el 13 de julio de 1994 ordenó su captura (f. 138 ib.), dando pleno fundamento a lo señalado por ese despacho en la declaración de ausencia: “el sindicado mencionado fue debidamente emplazado por el término de ley y debe procederse de conformidad con lo normado por el Artículo 356 del C. de P. P., declarándolo persona ausente, nombrándole defesnro (sic) de oficio con quien se continuará la investigación” (fs. 152 y 166 ib.).

De tal manera y como bien constataron los despachos de instancia en esta acción, se refrenda que Jairo Orlando Contreras Moya fue vinculado como persona ausente a aquel proceso penal, con plena observancia de las garantías exigibles, en cabal ceñimiento al debido proceso, adicionalmente delimitado tanto en la citada providencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, como en las sentencias C-100 de febrero 11 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que definió la exequibilidad de la declaración de persona ausente en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, y C-591 de junio 9 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual se expresó, frente al artículo 127 de la Ley 906 de 2004:

“... según la jurisprudencia constitucional, en materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de (sic) la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real

del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe (sic) a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia.” (No está en negrilla en el texto original.)

Por otra parte, manifiesta la apoderada que los defensores de oficio no realizaron a cabalidad la defensa técnica del declarado ausente, argumento ampliamente refutado con la autoridad de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que al pronunciarse en primera instancia denegó esta tutela:

“De la misma manera ningún eco tendrá ante la Corte la segunda transgresión alegada y que apunta con la defensa pasiva de que fuera objeto al interior de la actuación; sobre este aspecto es de señalar que de antaño la Sala ha venido enseñando que de manera alguna aquella actitud comporta ausencia de defensa ya que puede constituir una estrategia; adicional a ello la misma contumacia del procesado le impedía a la defensa conocer alternativas diversas y sin embargo ello, y escrutado el proceso se observa que fue por razón de los sendos recursos de apelación interpuestos por los togados de oficio como el Tribunal Superior Sala Penal conoció en dos oportunidades el fallo condenatorio, habiéndose producido nulidad del primero de ellos, como en acápite precedente se referenció.”

De otro lado, la apoderada hace referencia a unas presuntas irregularidades procesales pero, como se verificó, Contreras Moya fue vinculado al proceso penal conforme a las ritualidades aplicables a la actuación penal de la época, particularmente en trámites para la vinculación del ausente que, como se explicó en precedencia, fueron declarados exequibles por esta Corte. Además, la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá anuló lo actuado desde que constató el probable demérito a la defensa, al haberse ésta encomendado a un estudiante adscrito a consultorio jurídico.

En cuanto al análisis de las pruebas, esta Corte ha indicado que “en materia de evaluación probatoria sobre la culpabilidad del sujeto implicado en la comisión de un delito, el juez de tutela debe ser en extremo cauteloso para no exceder sus competencias”¹³, esto es, no ha

de sustituir al juez regular, ni pretender imponerle lo que personalmente considerare mejor apreciación, en un régimen que se basa en la libertad probatoria razonada y la sana crítica. Sólo por ilustración, recuérdense algunos apartes de lo apreciado en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal accionada (fallo de abril 14 de 1997):

“II.- Se encuentra plenamente probado, contra todo lo que sostiene la defensa, especialmente por medio testimoniales, cuya credibilidad radica en la coherencia existente al señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la concordancia con los hechos investigados y fallados, que ‘jair’ o JAIRO ORLANDO CONTRERAS MOYA, participó activamente en los sucesos que produjeron la muerte de PEDRO DIAZ PEDRAZA. Participación que tuvo, no solo en el momento culminante y crucial, que produce el acto mortal, sino que se inicia con suficiente precedencia, pudiendo ser su conducta la génesis del fatal suceso.

No otra cosa puede concluir la Sala, teniendo en cuenta lo expresado por Mery Sofía Rincón, bajo la gravedad del juramento (fls. 16-18). Dijo que su compañero, DIAZ PEDRAZA, tenía una relación con Olga y que el día de los hechos como a las 8:00 de la noche aproximadamente, la había sorprendido besándose con ‘Jair’, lo que originó un altercado entre la pareja, que finalmente se tradujo en enfrentamiento entre CONTRERAS MOYA, ‘el burro’ y JOSÉ LUIS contra el hoy fenecido y que adicionalmente éste fue amenazado con arma cortopunzante.

El testimonio rendido sobre la situación de enfrentamiento inicial, dado por Mery Sofía Rincón, es ratificado por Miguel Díaz Pedraza y Olga Lucia Abella Jarro (fls. 48-72 y 21 c.o. respectivamente).

A partir del incidente narrado en forma precisa por los declarantes, se desarrollan actividades conductuales inherentes al mismo, por parte de los protagonistas. PEDRO DIAZ PEDRAZA, corre a protegerse en su casa y termina ingiriendo licor, acompañándolo de la reiterada expresión, ‘Eso no se queda así’ (refiriéndose al incidente con ‘Jair’, ‘el burro’ y José Luis). Simultáneamente los contradictores del hoy obitado, entre los que se encontraba JAIRO ORLANDO CONTRERAS MOYA, aquí sentenciado, mantenían sus armas y su predisposición de alerta, a cualquier posible encuentro con el incidental contrario.

... ..

Mery Sofía Rincón, compañera del occiso, bajo la gravedad de juramento, refiriéndose al

momento que interesa, manifestó, que PEDRO se dirigió a su casa e ingirió licor hasta quedar embriagado, explicando que lo de la pelea no se quedaba así; saliendo a la media noche en busca de sus agresores, que ella salió detrás de él, sin lograr alcanzarlo y que en el camino se encontró con JOSÉ LUIS, YOFREY, OLGA, BETTY, JAIR y un sardino que le decían 'el burro' que se quedó hablando con OLGA y BETTY, pero esta última empezó a gritar y fue cuando se dió cuenta que JOSÉ LUIS, 'el burro' y otro muchacho salieron detrás de PEDRO, llevando en la mano los cuchillos con los que habían agredido.

Miguel Días Pedraza, corrobora la anterior declaración con relación a la muerte de PEDRO, diciendo que cuando MERY, les avisó, él salió corriendo hasta el lugar, y encontró a su hermano moribundo, logrando observar a JOSÉ LUIS, 'JAIR' 'el burro' y YOFREY, alejándose del lugar con los cuchillos en la mano, viendo que los tiraron al río, No informa si el cuchillo estaba manchado de sangre, pero asegura que, el aquí sentenciado, hacía parte del grupo que se alejaba del lugar donde yacía moribundo DIAZ PEDRAZA, llevando las armas asesinas en la mano.

Olga Lucía Avella Jarro, prometida del occiso y quien el día de los nefastos hechos, fue encontrada por éste besándose con 'Jair' reconoció la pelea, entre el hoy fenecido y el grupo conformado por JOSÉ LUIS, EL BURRO y JAIR."

Como se puede deducir de lo anteriormente citado, esa corporación basó la confirmación del fallo, en una serie de testimonios concatenados, que le permitieron inferir que "dentro del proceso por los testimonios rendidos y los indicios contra el procesado, no dejan duda para señalar de manera categórica que JAIRO ORLANDO CONTRERAS MOYA, alias 'jair', fue copartícipe conjuntamente con otros de la muerte violenta inferida a PEDRO DIAZ PEDRAZA, con arma corto punzante. El aquí sentenciado, compartió con otros la relación de actos suficientes para consumir el delito".

Por lo estudiado, verificado y expuesto, esta Sala de Revisión reafirma que la condena cuestionada se adoptó con base en pruebas y no en simples suposiciones, ni por capricho o arbitrariedad, que condujeran a calificarla como vía de hecho, aparte de que fue citado a la dirección correspondiente a su domicilio, ordenada su captura y emplazado. Además, tuvo conocimiento de lo que se investigaba, según es relatado en la propia demanda de tutela ("...en donde el investigador judicial... le solicitó que narrara lo que le constara respecto de

los hechos investigados...”, f. 2 cd. inicial).

Así, procede confirmar el fallo adoptado en marzo 16 de 2007 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que a su turno confirmó el dictado en enero 30 de 2007 por la Sala de Casación Penal de la misma corporación, denegando la tutela impetrada a nombre de Jairo Orlando Contreras Moya.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de marzo 16 de 2007, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que confirmó el proferido en enero 30 de 2007 por la Sala de Casación Penal de la misma corporación, en el sentido de denegar la tutela instaurada a través de apoderada por el señor Jairo Orlando Contreras Moya.

SEGUNDO.- LIBRAR por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-173 de mayo 4 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y T-231 de mayo 13 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 T-296 de marzo 16 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 C-641 de 2002 (agosto 13), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

4 El artículo 26 de la Constitución que regía en 1989, cuando fue perpetrado el homicidio cuya investigación y juzgamiento dio lugar a esta acción de tutela, disponía: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Los artículos 29 y otros de la Constitución actual ampliaron notablemente esa descripción.

5 SU-960 de diciembre 1° de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo: “El derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria”.

SU-014 de enero 14 de 2001, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez: “el ejercicio del derecho de defensa no se limita a la actividad que debe cumplir al abogado defensor, - defensa técnica - sino que se refiere también a las actividades de autodefensa que corresponden al inculpado - defensa material - las cuales confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado...”

6 Cfr. C-648 de junio 20 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 C-488 de septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

8 Cfr. C-228 de abril 3 de 2002, con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

9 Al efecto, puede constatarse la siguiente reseña:

i. Ley 94 de 1938, artículo 433, subrogado por el 5° del Decreto 1358 de 1964: “Dictado auto de proceder, el Juez ordenará citar al procesado para que se le notifique personalmente, y si fuere el caso, se hará saber a las autoridades de Policía para su captura. Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle la notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la Secretaría del Juzgado; si transcurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación.”

ii. Decreto 409 de 1971, artículo 382: “Emplazamiento para indagatoria. Cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obra prueba suficiente para someterlo a indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante diez días en la secretaría del juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si trascurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, y se le nombrará apoderado de oficio para que lo represente durante las diligencias.”

Artículo 484 ib.: “... Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, [del auto de proceder] se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si trascurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación.”

i. Decreto 050 de 1987, artículo 378: “Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco (5) días en un lugar visible del juzgado. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.// Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin obtener respuesta, se procederá conforme al inciso anterior.”

ii. Decreto 2700 de 1991, artículo 356: “Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco días en un lugar visible del despacho. Si vencido

este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.// En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada.// Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, 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.”

iii. Ley 600 de 2000, artículo 344: “Declaratoria de persona ausente. Si ordenada la captura..., no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión... sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno.// De la misma manera se vinculará al imputado que no haya cumplido la citación para indagatoria dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha fijada para el efecto, cuando el delito por el que se proceda no sea de aquellos para los que es obligatoria la resolución de situación jurídica.// En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada.”

iv. Ley 906 de 2004, artículo 127: “Ausencia del imputado. Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.// Cumplido lo anterior el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.// El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la

comparecencia del procesado.”

10 Artículos 86 de la Constitución y 6°, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991.

11 En un caso similar la Corte Constitucional en sentencia T-107 de febrero 12 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería, expresó: “Resalta de lo anterior el carácter residual o subsidiario de la acción de tutela, esto es, que su procedencia está condicionada a la no existencia de otros recursos judiciales ordinarios de defensa. Por ende, cuando el ordenamiento jurídico contempla medios judiciales con los cuales la persona afectada pueda lograr la protección de sus derechos fundamentales la tutela resulta improcedente, sólo en aquellos eventos de que no se dispongan de dichos medios la referida acción entra a suplir la falta de esos mecanismos. Sin embargo, la acción procederá, aún existiendo otros mecanismos de defensa judicial cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable, excepción esta contemplada por el artículo 86 de la Constitución. Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de “asegurar la convivencia pacífica” (artículo 2, CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar “la vigencia de un orden justo” (artículo 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuanto a los deberes, el de “colaborar para el buen funcionamiento de la justicia” (artículo 95, #7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico”.

12 “CAPTURA FACULTATIVA. En los procesos por delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, podrá librarse orden escrita de captura contra el imputado para efectos de la indagatoria.”

13 T-357 de abril 8 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.