



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

Radicación No. 107092

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Se avoca el conocimiento de la acción de tutela promovida por CARLOS IVÁN MORENO MACHADO y coadyuvada por ANDRÉS RESTREPO FALLA, contra la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO y el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MOCOA, con ocasión de la acción de tutela 52001220400420050005700.

En consecuencia, y con fundamento en lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 se ordena:

1. Vincular como terceros con interés legítimo en el asunto a:
 - 1.1. Las demás autoridades, partes e intervinientes en la acción de tutela 52001220400420050005700 promovida ^{TR} _{PASTO} por José Ricardo Orozco Moreno contra el Juzgado Penal del Circuito de Mocoa.

1.2. A las autoridades, partes, defensores e intervinientes dentro de la causa 2002-049 (418) y sumario 447, seguida contra José Ricardo Orozco ^{VALERO} Moreno, por el delito de tentativa de homicidio siendo Guillermo León Valencia Arango.

Para tal efecto, requiérase al Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia que remita la información de Socorro Benavides Rodríguez, identificada con la cédula de ciudadanía 27.056.664 de Pasto y T.P. 10.947 del Ministerio del Justicia; y Rodrigo Rivera Gamboa.

1.3. A la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral, el Partido Conservador Colombiano, la Alianza Social Independiente -ASI, el Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U, el Partido Político Movimiento Independiente de Renovación Absoluta -Partido Político MIRA y a la Procuraduría General de la Nación.

2. Notificar esta determinación a las autoridades accionadas y a los vinculados como terceros con interés legítimo en el asunto, para que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir de la notificación, se pronuncien sobre la acción instaurada y alleguen las pruebas que consideren pertinentes.

3. Tener como pruebas las obrantes, con los efectos legales pertinentes.

4. Oficiar a la Secretaría General de la Corte Constitucional para que en el improrrogable término de un (1) día, contado

a partir de la notificación, informe si la acción de tutela 52001220400420050005700 promovida por José Ricardo Orozco Moreno fue remitida para revisión y en caso afirmativo, cuál fue el trámite adelantado en esa instancia.

5. Solicitar a la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MOCOA y a la Dirección Seccional de Administración Judicial -DESAJ de Pasto que, por la vía más expedita remitan copia de los expedientes de la acción de tutela 52001220400420050005700 y el proceso penal 2002-049 (causa: 418, sumario: 447).

6. Por Secretaría, comuníquese por el medio más expedito (aviso, estado, publicación en la página web de la Corporación, etc.), la existencia del presente trámite constitucional, para que los ciudadanos que consideren que tienen un interés legítimo en el presente asunto, acudan al presente trámite y presenten las manifestaciones que consideren pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
MAGISTRADO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA**

107092 1

Leslie Quota. 85701

Señores

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN PENAL

E.

S.

D.

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA**
 Accionante: **CARLOS IVÁN MORENO MACHADO**
 Accionado: **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA DE DECISIÓN PENAL Y JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MOCOA (PUTUMAYO)**

CARLOS IVÁN MORENO MACHADO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.032.437.167 de Bogotá D.C., en mi condición de ciudadano interesado por mi Nación y su Democracia Representativa y Participativa; por medio del presente escrito, respetuosamente me permito presentar **ACCIÓN DE TUTELA** contra la decisión de tutela No. 52001220400420050005700 proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA DE DECISIÓN PENAL**, el día 23 de junio del año 2005, y, contra la providencia que declaró extinguida la acción penal seguida en contra de **JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO**, proferida por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MOCOA (PUTUMAYO)** el día 24 de junio del año 2005, de conformidad con los siguientes:

I.- PETICIONES

PRIMERA. PROTEGER los derechos fundamentales:

1. **A ELEGIR Y SER ELEGIDO (ART. 40 DE LA C.P.)**, sumado a la protección de los derechos colectivos de los colombianos a la **MORALIDAD ADMINISTRATIVA (ART. 4, LITERAL B, DE LA LEY 472 DE 1998)**.
2. A la **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**, en sus componentes de acceso a la **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ART. 228 DE LA C.P.)** y **DEBIDO PROCESO (ART. 29 DE LA C.P.)**.

Que se ven violentados en grado de amenaza con la posibilidad de elegir como gobernador a alguien que de *facto* está inhabilitado para el ejercicio de la función pública.

1

SEGUNDA. ORDENAR al **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA DE DECISIÓN PENAL**, que, dentro del término de 48 horas, profiera una nueva sentencia de tutela donde declare que existió la comisión del delito de tentativa de homicidio por parte del señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO.

SEGUNDA SUBSIDIARIA. REVOCAR la sentencia de tutela No. 52001220400420050005700 proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA DE DECISIÓN PENAL**, el día 23 de junio del año 2005, e igualmente, REVOCAR la providencia que declaró extinguida la acción penal seguida en contra de JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, proferida por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MOCOA (PUTUMAYO)** el día 24 de junio del año 2005

TERCERA. ORDENAR al **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA DE DECISIÓN PENAL**, que, en la nueva sentencia de tutela module la punibilidad de la pena en contra del señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO.

CUARTA. Como consecuencia de lo anterior, COMUNICAR al **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL** la decisión que se profiera, en aras de que se proceda a la cancelación de la candidatura del señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO a la Gobernación del Tolima.

II.- HECHOS

PRIMERO. El señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 10.131.430 de Pereira, nació el día 20 de junio de 1968 en Ibagué, y hoy es aspirante a la GOBERNACIÓN DEL TOLIMA para las venideras elecciones del 27 de octubre de 2019. Su inscripción como candidato quedó en firme el día 4 de agosto del presente año 2019, y es desde esta fecha, en que los ciudadanos sabemos de su participación.

SEGUNDO. El señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, fue condenado el día 27 de abril de 1999, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN MODALIDAD

2

DE TENTATIVA, por los hechos ocurridos en la madrugada del día 8 de febrero de 1990 en la ciudad de Mocoa; por los disparos con impacto de proyectil de arma de fuego propinados en la cara del señor y víctima GUILLERMO LEÓN VALENCIA ARANGO, quien, gracias a la intervención adecuada de los galenos, en el Hospital José María Hernández, logró salvarse de la muerte. Para la época de los hechos, el señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO se encontraba vinculado a la POLICÍA NACIONAL. El procesado fue condenado a la pena principal de prisión por el término de nueve (9) años y como accesoria a la INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS por el mismo término de la pena principal.

TERCERO. Pese a que el señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, había ingresado a la POLICÍA NACIONAL a la edad de 20 años, en agosto de 1988; **fue destituido el día 3 de mayo de 1990 por Resolución motivada del Director General de la Policía, General Miguel Antonio Gómez Padilla.** El motivo de la destitución fue por ser responsable del delito de HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA cometido el 8 de febrero de 1990 en Mocoa (Putumayo), como agente de Policía en servicio activo, vestido de civil, contra un ciudadano de 23 años de edad, con el cual se encontraba ingiriendo licor a las dos de la mañana.

CUARTO. En las páginas 5 y 6 de la sentencia proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa, aparecen detalladas las heridas causadas a la víctima GUILLERMO LEÓN VALENCIA ARANGO; de ahí que el mencionado Juzgado haya concluido que el propósito del agente de la conducta era acabar con la vida de la víctima.

QUINTO. Dentro de la actuación judicial, se observó un arreglo extrajudicial entre el uniformado JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO y el señor FABIO ALBERTO VALENCIA AGUDELO por un valor de doscientos mil pesos (\$ 200.000), en razón de indemnizaciones por las lesiones personales sufridas por GUILLERMO LEÓN VALENCIA ARANGO. Mediante este escrito el sindicato acepta ser autor de las lesiones y el ofendido haber sido indemnizado de todo perjuicio (página 8 de la sentencia condenatoria).

Efectivamente, en la sentencia de condena, se señala con absoluta claridad, que el procesado le entregó a la víctima el monto de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000).

SEXO. El 25 de mayo de 1992 suscribió un COMPROMISO en el Juzgado de Instrucción Criminal de Mocoa para obtener la libertad condicional, consistente en presentaciones al Juzgado cada 30 días, dar aviso por cambio de domicilio y guardar buena conducta. Bajo la gravedad del Juramento prometió cumplir y consignó garantía en el Banco Popular.

SÉPTIMO. El Juzgado Penal de Circuito de Mocoa, encontró que la conducta realizada por el señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO era típica, antijurídica y culpable. Fue condenado como reo ausente por haber faltado al compromiso jurado de presentarse ante el Juzgado. Es más, de ahí que con base en el material probatorio, se hayan desechado los argumentos de la defensora del procesado, y en tal sentido el Despacho señaló: *"De ahí que no existe duda acerca de la autoría del agente Orozco en la comisión del reato a él atribuido, así como tampoco en su responsabilidad en la ejecución del punible, por lo tanto este Juzgado despachará desfavorablemente a las argumentaciones de la señora Defensora y de acuerdo con la posición esgrimida por la Fiscalía, predicando que en el caso sub judice, se ha demostrado plenamente y con grado de certeza, tanto la existencia del punible, como la responsabilidad del procesado en su ejecución, afirmando por panto que se han reunido las exigencias del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia de condena en su contra.*

Es de advertir que la responsabilidad que le cabe a Orozco es por la comisión del delito previsto en el artículo 323 del Estatuto Punitivo con la circunstancia específica del artículo 324 numeral 7 de la citada obra, en modalidad de tentativa. Y en consecuencia con lo anterior se proferirá la sentencia".

De igual manera, es tan notoria la vulneración no solo del derecho a la vida de la víctima, sino de la sociedad misma, motivo por el cual, la sentencia sostiene: *"En consecuencia, teniendo en cuenta los lineamientos diseñados por el legislador en los artículos 61 y 67 del C.P., para la dosificación punitiva, **debemos afirmar que el hecho cometido por el sujeto agente es de los que mayor gravedad reviste, en tanto que ha sido atentando***

contra una vida, persiguiendo con esto producir un daño irreparable, no solamente a la víctima, sino a la sociedad misma, así mismo debemos tener en cuenta que el actor obró en la forma como lo hizo, por un motivo fútil como era la negativa del hoy ofendido a comprar una botella de aguardiente y el haber actuado aprovechando las condiciones de indefensión e inferioridad del sujeto pasivo de la agresión, ya que VALENCIA se encontraba totalmente desarmado, desprevenido del ataque del que fuera víctima, por parte de una persona que por su condición de agente de la Policía Nacional, perteneciente a un grupo de contraquerrilla, estaba perfectamente capacitado para provocar mediante la utilización de una arma de fuego, el resultado fatal por él propuesto. De ahí que se exija de parte quien administra justicia, mayor rigor en la sanción a imponer". (Subraya y negrilla fuera de texto)

OCTAVO. El procesado OROZCO VALERO, en el momento en que se profiere la sentencia, se encontraba en libertad condicional, y como consecuencia de la condena, se revocó tal medida y se libró orden de captura en contra del condenado ante los diferentes organismos de Policía Judicial.

NOVENO. No obstante, esta sentencia condenatoria, contra la cual nunca se interpusieron recursos ordinarios ni extraordinarios, luego de pasados 6 años, 1 mes y 27 días, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, integrado por los Magistrados LUIS EDUARDO ORTIZ RIASCOS (quien fue ponente), GLORIA M. OVIEDO ZAMBRANO, JAIME CABRERA JIMÉNEZ; profirió la sentencia de tutela No. 52001220400420050005700, en virtud de la cual, decidieron:

"1. Tutelar los derechos de defensa y debido proceso invocados por JOSÉ OROZCO VALERO y, en consecuencia, se dispone dejar sin efectos la sentencia proferida en su contra el día 27 de abril de 1999 por el Juzgado Penal del Circuito de Mococa (Putumayo), por el delito de tentativa de homicidio en la humanidad de Guillermo León Valencia Arango.

2. Se ordena que, en el término de cuarenta y ocho horas, se proceda a dictar la providencia correspondiente, teniendo en cuenta lo advertido en la parte motiva de esta sentencia".

DÉCIMO. En la sentencia de tutela proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, no se observa un análisis riguroso de los requisitos de la acción de tutela, como lo son, la SUBSIDIARIEDAD y la INMEDIATEZ, requisitos establecidos en el inciso 3 artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Lo anterior, dejando de observar que el procesado estuvo representado por abogado inicialmente de oficio (Álvaro Antonio Santander F. designado el 25 de octubre de 1991), luego por parte de la doctora Socorro Benavides Rodríguez, quien actuó y se denominó defensora suplente en un inicio, luego defensora; siendo diligente en su defensa técnica, presentando memoriales, solicitando aplazamiento de audiencias, solicitando revocatoria de medidas de detención preventiva y alegando razones para evitar una sentencia adversa al extremo que representaba, es decir, y contrario a lo argumentado por OROZCO VALERO, sí tuvo defensa técnica y esta sí ejerció actos positivos de defensa.

Nótese pues, que la circunstancia de haber sentenciado un fallo de tutela sin observar los requisitos constitucionales, abre la puerta para que, bajo el presente libelo, se configure el supuesto de procedencia de tutela sobre tutela, además de que, en el presente caso se ven vulnerado los derechos fundamentales de los ciudadanos que conforman el cuerpo electoral para elegir al futuro Gobernador del Departamento del Tolima.

DÉCIMO PRIMERO. Luego de la decisión de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal de Pasto, el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa, profiere un pronunciamiento, cual fue:

"PRIMERO. DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL SEGUIDA EN CONTRA DE JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO por cumplirse con los requisitos del artículo 82 y siguientes del C. Penal, en consideración a que se ha cumplido el término para que se surta la prescripción.

SEGUNDO. EN CONSECUENCIA, SE DECLARA LA CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, por reunirse los presupuestos del artículo 39 del C.P.P.

TERCERO. Cancélese la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva impuesta en contra de OROZCO VALERO el día 17 de marzo de

4

1992 ante las mismas autoridades a las cuales se les comunicó la medida. Igualmente cancélese las órdenes de captura giradas con ocasión de este proceso.

CUARTO. Declárese la libertad Incondicional e Inmediata a favor de OROZCO VALERO. Ofícese en tal sentido a la penitenciaría La Picafeña, advirtiéndole que se hará efectiva siempre y cuando no se encuentre a órdenes de otro Despacho o por otro asunto.

QUINTO. Comuníquese al Honorable Tribunal de Pasto, sobre la decisión aquí tomada, con fundamento en el fallo emitido dentro de la Acción de Tutela No. 520012204004-20050005700/15".

DÉCIMO SEGUNDO. Las decisiones, tanto la proferida en sede de tutela por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto y la proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa en cumplimiento del fallo de tutela de su superior, desconocieron los intereses públicos de la sociedad dentro del proceso penal que involucró los hechos relacionados con la tentativa de homicidio, cuyo bien jurídico protegido es la vida; por la simple razón de que dejaron sin efectos una sentencia penal, la cual, no ha debido anularse, sino más bien, dejarse en firme, debido a que el principio de congruencia en materia penal no se afecta cuando se mantienen incólumes los supuestos fácticos. Es decir, el principio de congruencia, siempre y cuando no se alteren los hechos por los cuales se acusa, encuentra tres (3) hipótesis donde no se afecta, cuales son: 1. Que la sentencia se refiera a un delito ubicado dentro del mismo título que protege el bien jurídico; 2. Cuando se modifican agravantes y/o atenuantes; y 3. Cuando se modifica el grado de autoría.

Con base en lo anterior, la sentencia no ha debido declararse sin efectos por la interposición de una tutela (que no cumplió con la subsidiariedad ni la inmediatez), sino, que debió dejarse en firme, o por lo menos, si en gracia de discusión se alteró el principio de congruencia por la inclusión de una agravante, el fallo condenatorio ha debido solamente modularse teniendo en cuenta que el procesado sí cometió la conducta típica, antijurídica y culpable, tal y como lo consideró posteriormente el Consejo de Estado para negar la declaratoria de responsabilidad del Estado y por ende no ordenar indemnización en favor de OROZCO VALERO.

4

DÉCIMO TERCERO. Como consecuencia de la demanda objeto del medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, instaurada por el señor OROZCO VALERO; el día 19 de abril del año 2018, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia proferida y relacionada con el expediente o radicación No. 52001 23 31 000 2008 00518 01 (56.171); negó las pretensiones de la demanda del actor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, toda vez que consideró:

"En este orden de ideas, si bien la actuación penal concluyó porque operó el fenómeno jurídico de la prescripción, lo cierto es que el procesado sí tenía el deber jurídico de soportar la restricción de su derecho a la libertad porque incurrió en una conducta delictiva –tentativa de homicidio- [...].

*De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala encuentra que el señor José Ricardo Orozco Valero fue encontrado responsable por el delito de tentativa de homicidio y que las consideraciones atinentes a su participación en el delito no fueron cuestionadas por aquel, **ni siquiera en la acción de tutela en la cual únicamente se manifestó su inconformidad en la imposición de la agravante que no fue establecida desde la resolución de acusación [...]**" (Subraya y negrilla fuera de texto)*

DÉCIMO CUARTO. La legitimación activa del suscrito accionante, se verifica por el simple hecho de ser un ciudadano interesado por la protección del derecho fundamental a elegir y ser elegido (ART. 40 C.P.), en defensa del interés general reflejado en la moralidad administrativa 1. (ART. 4, LITERAL B, DE LA LEY 472 DE 1998) y la defensa de la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, en sus componentes de acceso a la ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ART. 228 DE LA C.P.) y DEBIDO PROCESO (ART. 29 DE LA C.P.). Esto, teniendo en cuenta, que el Consejo Nacional Electoral, a partir del 4 de agosto de 2019, dejó en firme la inscripción de JOSÉ RICARDO OROZCO VALERIO como candidato a la Gobernación del Tolima.

III.- PRUEBAS

Solicito que se tengan como pruebas las siguientes:

3.1. Documentales

1. Sentencia condenatoria contra el señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa el día 27 de abril de 1999.
2. Sentencia desestimatoria de las pretensiones en el medio de control de reparación directa presentado por JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 19 de abril de 2018.
3. Fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de-Pasto, proferida el día 23 de junio de 2005.
4. Providencia que declara la extinción de la acción penal en contra de JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO, proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa el día 24 de junio de 2005.
5. Resolución proferida el día 3 de mayo de 1990 por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en la cual se separa de forma absoluta al agente JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO y donde se le indica que no podrá volver a pertenecer a la Institución.
6. Actuaciones de los representantes judiciales y defensores del procesado JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO al interior del proceso penal.
7. Información sobre la inscripción de la candidatura del señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO a la Gobernación del Tolima por el Partido Conservador Colombiano – PU – ASI, donde igualmente se observa su Programa de Gobierno.
8. Noticia publicada en la W Radio y su página Web, el día 5 de septiembre de 2019, denominada "*¿Candidato a la Gobernación de Tolima salió de la cárcel por un error judicial?*"
9. Noticia publicada en el diario El Nuevo día, el día 1 de septiembre de 2019, denominada "*El pasado oculto de Ricardo Orozco*".
10. Arreglo amistoso del 2 de marzo de 1990 suscrito entre JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO y FAVIO ALBERTO VALENCIA AGUDELO, con el fin de reparar las lesiones causadas al señor GUILLERMO LEÓN VALENCIA.

3.2. Oficios

Solicito Señores Magistrados, que remitan oficio a la Honorable Corte Constitucional para que indique si la acción de tutela, que se ataca, fue

remitida a ese Alto Tribunal para su revisión, y, además, que señale el nombre de los magistrados que conformaron la Sala de Revisión en caso de ser positiva la respuesta.

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SU AMPARO

En este caso se conjugan de forma *compleja* derechos de carácter político y derechos a la tutela judicial efectiva. Una sentencia de tutela contra providencia judicial proferida con distintos vicios, afecta la *tutela judicial* efectiva prestada por el Estado, pero esto no produce efectos públicos hasta que aquél que ha sido exonerado por una prescripción que tiene causa directa en dicha sentencia viciada, *se inscribe* como candidato para un puesto de elección popular, violando la *moralidad administrativa*.

Dentro del acápite de derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia, se observa un derecho de gran relevancia, cual es, el **derecho fundamental a elegir y ser elegido (art. 40 C.P.)**, que en el presente caso debe protegerse no sólo por motivos de propender por una diáfana democracia participativa y representativa, sino, además, porque existe una necesidad urgente de justicia electoral para lo que significan las próximas elecciones a la Gobernación del Departamento del Tolima.

Ese artículo 40 de la Carta Magna, nos enseña a todos los colombianos lo siguiente:

"ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

[...]

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley".

(Subraya fuera de texto)

Respecto del derecho fundamental a elegir y ser elegido y la procedencia de la acción de tutela para su amparo, la Corte Constitucional en Sentencia T-232 de 2014, resaltó:

"Cuando la acción de tutela procede para evitar un perjuicio irremediable ante la amenaza o vulneración del derecho a elegir y ser elegido, la protección se centra en lograr que el ejercicio de tal derecho no se vea afectado o perturbado, toda vez que el ordenamiento legal contempla un calendario definido para llevar a cabo dicho proceso. Así, por ejemplo, el derecho a elegir no podría protegerse si el acceso a las urnas es impedido a alguien que está legalmente habilitado para hacerlo. **Por su lado, frente al derecho a ser elegido, la protección busca permitir la participación del candidato que cumpla los requisitos señalados por la ley para postularse y que, en caso de llegar a ser elegido, se le permita cumplir el periodo para el cual fue elegido,** salvo cuando por vía judicial la misma ha sido declarada nula o el mandato sea revocado en los términos de la Constitución". (Subraya y negrilla fuera de texto)

Si se observan los antecedentes del candidato OROZCO VALERO, detectamos que con las inconsistencias constitucionales, procedimentales, penales y civiles del fallo de tutela -las cuales deben ser remediadas-, queda al descubierto una palpable inhabilidad para ejercer el cargo de Gobernador, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 617 del año 2000, que establece:

"ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas

[...]" (Subraya y negrilla fuera de texto)

Si se confrontan los hechos con el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia y el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, surge una tarea enorme para el juez de tutela, encaminada a asegurar el impoluto derecho a elegir a un candidato dentro de un marco de legalidad, permitiendo de este modo que la base política y electoral ejerza su soberanía y designe a la primera autoridad política y policiva del Departamento del Tolima, de

manera auténtica, limpia y transparente, sin que su elección se exprese en una candidatura que corre el riesgo de ser ilegal porque bajo los ojos de la Constitución Política y de la Ley, Colombia se encuentra de cara a un candidato inelegible; precisamente porque el señor OROZCO VALERO fue condenado por el delito de tentativa de homicidio, el cual, si bien en el fallo se indicó como un delito cometido con una agravante, no ha debido declararse prescrito, sino adecuarse al delito de tentativa de homicidio simple, toda vez que la persona sí lo cometió tal y como lo afirmó el Consejo de Estado para negarle las pretensiones en sede del medio de control de reparación directa. Esto sin dejar de mencionar y de reiterar, que la tutela con la cual se deja sin efectos la sentencia penal y condenatoria no abordó el examen de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

De otro lado, si observamos las normas que enfocan que el Gobernador es la primera autoridad de policía en el Departamento, observamos que los artículos 200 y 201 de la ley 1801 de 2016, disponen:

"ARTÍCULO 200. "COMPETENCIA DEL GOBERNADOR. El gobernador es la primera autoridad de Policía del departamento y le corresponde garantizar la convivencia y seguridad en su territorio".

"ARTÍCULO 201. "ATRIBUCIONES DEL GOBERNADOR. Corresponde al gobernador:

- 1. Dirigir y coordinar a las autoridades de Policía en el departamento.*
- 2. Desempeñar la función de Policía para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como el cumplimiento de los deberes de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas.*
- 3. Dirigir y coordinar en el departamento, la asistencia de la fuerza pública en los casos permitidos en la Constitución y la ley.*

[...]"

El artículo 82 del Decreto 97 de 1989, señala:

"Artículo 82. SEPARACIÓN ABSOLUTA. Cuando el Agente de la Policía Nacional sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma. También será separado en forma

7

absoluta cuando así lo determine el Reglamento de Disciplina para la policía Nacional".

El artículo 84 del Decreto 1213 de 1990, regula:

"ARTICULO 84. Separación absoluta. Cuando el Agente de la Policía Nacional sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma. También será separado en forma absoluta cuando así lo determine el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional".

Con base en los anteriores artículos, nótese que con la Resolución de mayo 3 de 1990 expedida por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, se desvincula y se prohíbe que el señor JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO vuelva a pertenecer a la Institución Policial; motivo por el cual, existe la necesidad de proteger al cuerpo electoral del Departamento del Tolima por la razón elemental de que si bien el Gobernador es la primera autoridad policiva del Departamento, el inscrito candidato no podría ostentar la posición superior y jerárquica de mando regional respecto de los Comandos de Policía Departamental, debido a que al encontrarse expulsado de la Institución de la Policía, este no podrá volver a ser parte de ella y mucho menos, podrá ejercer mando, control o dirección sobre un Comando. Sin dejar de resaltar que dicho Acto Administrativo que lo desvinculó de la Policía Nacional, se encuentra en firme, debido a que no existe un acto que lo haya revocado o sentencia contencioso administrativa que lo haya declarado nulo y sin efectos.

De la misma forma, dichos derechos políticos se ven reflejados en derechos de carácter colectivo, que en este momento no cuentan con ninguna otra acción para ser protegidos, como es la moralidad administrativa. Esta moralidad administrativa tiene una naturaleza dual: de una parte, está consagrada como principio en la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y Ley 489 de 1998, artículo 3º) y, de otra, como derecho colectivo (Constitución Política artículo 88 y artículo 4º Ley 472 de 1998); esto hace que por lo general dicha transgresión vaya ligada y, como en efecto ocurre, a otros derechos e intereses de carácter colectivo.

7

Sin embargo, en su jurisprudencia, la Corte Constitucional, en sentencias como SU-646 de 2017 ha reconocido distintos requisitos que se deben cumplir para que proceda la protección del derecho colectivo, fundamentándose en jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha dicho:

“1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005) 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.) 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo (Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).”¹

En este caso, la actuación judicial en sede tutela, viciada y carente de sustento en el sistema de derecho, tiene un efecto directo en la acción de la Registraduría, que permitió la inscripción de un candidato sin las características morales necesarias que nuestro sistema de derecho exige para ser Gobernador; ello me habilita como ciudadano para presentar dicha acción en virtud del interés general.

V.- PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIÓN DE TUTELA

El hecho que dentro del proceso se hubiese entablado una tutela contra providencia judicial, implica que sólo restaría presentar una acción denominada *acción de Tutela contra providencia de tutela*.

La acción de *Tutela contra tutela* ha tenido un desarrollo a lo largo de los últimos años, donde la Corte Constitucional ha trasegado de una negativa rotunda a esta posibilidad, hasta un pequeño campo de posibilidad de acción, sustentado en la injusticia de la cosa juzgada final.

¹ Sentencia C-643 de 2012 y SU-649 de 2019.

8

La primera posición de la Corte Constitucional, que se encuentra consignada en sentencias como la SU-1219 de 2001, en las cuales el alto Tribunal Constitucional niega esta posibilidad debido a que, a su juicio, la función de garantizar la interpretación adecuada, proporcional y razonable del derecho se daba en la revisión de las tutelas.

Esta posición fue variando en sentencias como la T-623 de 2002, donde se reconoce la posibilidad de impetrar tutela contra tutela, en casos en los cuales la sentencia de segunda instancia *no haya sido revisada*; o en la sentencia T-368 de 2005 donde se encuentra la posibilidad de accionar tutelas contra incidentes de desacato.

Es a partir de estos casos, donde en la sentencia T-272/14 se encuentra la procedencia excepcional de la tutela contra tutela, a partir de la facultad que tiene la Corte para modular decisiones judiciales proferidas en proceso de tutela. Lo cual se ratifica en la sentencia SU-627 de 2015 de sala plena, donde se unifica la jurisprudencia en torno a este tema.

En dicha providencia se indica que, por regla general, **la acción de tutela no procede contra sentencias de tutela**. No obstante, cuando el fallo es proferido por un juez o tribunal diferente a la Corte Constitucional, se admite de forma excepcional su procedencia, cuando:

- 1) Exista fraude, y, por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, lo cual debe quedar probado de manera clara y suficiente.
- 2) Se cumpla con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.
- 3) La acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada.
- 4) No exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

Esta posición se ha ratificado en sentencias muy recientes como la T-093 de 2018 y en la T-470 de 2018 donde se desestimaron tutelas contra tutelas por no cumplir con los requisitos de dicha acción. Empero, la sentencia más reciente es la T-073 de 2019, donde la Corte Constitucional en una de sus salas hace aplicación de la institución y encuentra fraude en el caso de una pensión que excedía los topes pensionales.

8

1) Cosa juzgada fraudulenta:

El valor más relevante que protege esta institución, es la justicia de la decisión, que se ve reflejado en el reproche que se le hace al fraude a la ley. Esto se observa desde las primeras sentencias que reconocen la posibilidad de la tutela contra tutela, donde, por ejemplo, en la sentencia T-218 de 2012 se afirmó que *"el **fraus omnia corrumpit**, se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad"*.

Lo anterior implica que la Corte Constitucional considera que no se pueden permitir que se consoliden situaciones espurias; visión que ratificó de forma posterior en la sentencia T-373 de 2014 donde afirmó que las decisiones expedidas con propósitos ilegales, dolosos y fraudulentos crean para el juez de tutela *"la obligación de tomar las medidas necesarias que el ordenamiento jurídico le confiere para combatir que el fraude corrompa la correcta administración de justicia"*.

Sin embargo, el concepto de fraude no se define en un caso en específico hasta la mencionada sentencia T-073 de 2019, donde se ordena que *"cuando la actuación, que en apariencia se ajusta a la prescripción normativa, en la realidad conlleva una situación manifiestamente contraria a un principio del ordenamiento superior"*. En esa medida se encuentra que el fraude a la ley es una violación indirecta de la misma, cuando la norma se aplica de forma correcta, pero hay un estado de cosas generado contrario a lo que se buscaba por parte de la autoridad que produce esa norma. Específicamente se afirma que la decisión fraudulenta *"también se materializa en aquellos eventos en los que el juez adopta una decisión fundada en el fraude a la ley, derivada de una interpretación normativa abiertamente contraria a los postulados constitucionales y a la buena fe judicial"*.

Dicha interpretación o estado de cosas contrario a los postulados constitucionales se ve reflejado en la existencia de vicios que llegarían a

² En el caso comentado la Corte Constitucional resolvió que existió fraude a la ley por cuanto no se aplicó la jurisprudencia relacionada con subsidiariedad; se hace un reconocimiento de una reliquidación pensional sin sujeción a los topes pensionales; entre otros puntos.

configurar lo que se conocen como *causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencia*.

En el caso concreto se observan tres defectos: En primer lugar, **el desconocimiento del precedente**, en torno a la procedibilidad e inmediatez de la acción de tutela; en segundo lugar **el defecto sustantivo**, porque el contenido de la disposición aplicada – el tema de congruencia de la sentencia- no cumplió con los requisitos de la ley-; finalmente, en tercer lugar, **una inexistente motivación**, pues no existe justificación para la superación de la inmediatez y la subsidiariedad, y se carece de una relación lógica entre la argumentación de la existencia de un vicio con la congruencia y el resuelve de la sentencia.

- **El desconocimiento del precedente y la decisión judicial sin motivación al pasar por alto que la acción de amparo no reunía sus dos (2) requisitos: i) LA SUBSIDIARIEDAD y ii) LA INMEDIATEZ:**

La Corte Constitucional en sentencias T-838 de 2007 y T-109 de 2009 ha elaborado las situaciones en las cuales se configura este defecto. Una de ellas, aplicable al caso, es el proferir una sentencia que viole el contenido de los derechos fundamentales establecidos en la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad. Así mismo, en la sentencia T-121 de 2017 se ha ratificado que *"En el caso en el que un juez de la república desconozca un precedente constitucional que debió observar al momento de resolver un caso puesto a su consideración, en consecuencia, se activa la protección constitucional por vía de la acción de tutela, con la finalidad de proteger la integridad del ordenamiento jurídico y salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos"*.

En este caso, el juez desconoció los requisitos de i) subsidiariedad y ii) la inmediatez. En primer lugar, la acción de tutela, al ser subsidiaria, obliga al interesado a usar todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa, o a demostrar su inexistencia o imposibilidad para haberlos utilizado, todo ello de conformidad con el artículo 6 del decreto 2591 de 1991. Este requisito es absolutamente necesario para evitar que la tutela se transforme en una instancia más, que remplace otros medios de defensa diseñados por el legislador, subsanar errores u omisiones de todas las partes, o corregir oportunidades vencidas³. Todo lo cual, se puede observar en la sentencia de

tutela que se está atacando, pues dicha sentencia no se ajusta a la lógica y los principios que inspiran la tutela contra providencia judicial.

Ahora, la Corte Constitucional también ha sido enfática en su jurisprudencia, como la sentencia T-181 de 1999 que es posible interponer la acción de tutela de forma directa, cuando se han venido haciendo uso de las herramientas procesales ordinarias. No como en este caso que el accionado juró presentarse al juzgado, rompe el compromiso, y es juzgado como reo ausente, pero sin embargo tuvo la representación judicial de dos profesionales del derecho que interpusieron recursos para que se revocaran medidas de detención, solicitaron aplazamiento de audiencias y presentaron alegaciones para evitar una sentencia adversa. **En esa medida, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, dejó de cumplir con las exigencias constitucionales, para usar la tutela como una forma de reabrir un debate que se cerró por la desidia del acusado. ¿Qué lo hace distinto a él a los demás ciudadanos que tienen la carga de cumplir con las etapas procesales?**

En el fallo nunca se hace este análisis, más allá del argumento del tutelante de que no tuvo defensa técnica. Empero, del expediente se induce la permanente representación por parte de un defensor y una defensora que tuvo OROZCO a lo largo del proceso penal, profesionales del derecho que desempeñaron su rol de defensa técnica y quien tuvo todas las posibilidades de interponer el recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que, en criterio del Tribunal, afectó el debido proceso y el derecho de defensa. Y, que la razón por la que fue condenado como reo ausente, fue su abierta desidia con el proceso penal.

En esa medida, la decisión rompe con toda la *ratio decidendi* de la línea jurisprudencial respecto al requisito de subsidiariedad.

En segundo lugar, la Corte Constitucional, al interpretar el término para interponer la acción de tutela, afirma debe ser el razonable para el momento en el cual se utiliza la acción, así lo afirma la sentencia SU-961 de 1999. De manera que es carga argumentativa del juez, la de establecer si la tutela se interpuso en un plazo prudente y adecuado, de manera que no se afecten intereses de terceros, tal y como sucedió en este caso la acción de tutela fue

³ T-436 de 2009.

interpuesta seis años posteriores a la emisión de la sentencia condenatoria, sobrepasando con creces el término prudencial de inmediatez para la interposición de una acción que pretenda el amparo de derechos fundamentales, igualmente se violaron los derechos de los ciudadanos y de la víctima en el caso concreto, que nunca se citó al proceso para revocar la decisión de condena; siendo necesaria su participación no solo en el proceso penal (donde busca una verdad, justicia y reparación); sino en la acción de tutela, precisamente porque en ese sistema de procedimiento penal, la indemnización de los perjuicios de la víctima se realizaba en la misma sentencia y no en incidente posterior (Decreto 2700 de 1991), lo que significa que al dejar sin efectos el fallo de condena, también se deja sin efectos lo que atañe a la reparación civil de la víctima.

- **El defecto sustantivo: La ilicitud del fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, al dejar sin efectos la sentencia de condena proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa.**

El defecto sustantivo, en las tutelas contra providencias judiciales, se presenta, siguiendo la SU-659 de 2015, por una aplicación equivocada de la ley, bien sea por aplicar una norma que era pertinente en el caso; o por interpretar en un sentido distinto la normatividad al que la salvaguarda de los derechos fundamentales, le exigiría.

En el caso específico, la decisión de tutela del tribunal que se ataca mediante la presente acción centra su fundamento bajo el supuesto de una violación del principio de congruencia, pues entendió el Tribunal, que el Juzgado, al haber condenado a OROZCO introduciendo una circunstancia de agravación punitiva que no fue endilgada en la resolución de acusación, vulneró dicho principio, puesto que agravó la situación del procesado y no tuvo oportunidad de controvertir la decisión. Esta interpretación de la normatividad sustancial penal, es desacertada, como se procede a exponer.

Pues bien, sobre el particular, conviene resaltar que es importante aclarar lo atinente al principio de congruencia. De antaño se ha conocido que la vinculación formal a un proceso penal puede ser, como en el caso que ocupa la atención de la presente acción de tutela, a través de la resolución de acusación, o de preclusión.

De una revisión mínima sobre las normas procesales contenidas en el Decreto 2700 de 1991, en ninguna se encuentra plasmada la obligación, o deber de la Fiscalía de señalar expresamente en la resolución de acusación la concurrencia o no de circunstancias de agravación punitiva para un hecho punible.

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, los requisitos sustanciales y formales del escrito de acusación tienden al señalamiento de hechos, es decir de una demarcación precisa y permanente de la situación fáctica que se investiga, sin que la calificación jurídica sea obligatoria, al punto que esta última se consagra en la resolución de acusación con un carácter de provisional.

Lo anterior es así por cuanto al no existir en esa etapa procesal, la resolución de acusación, un debate probatorio, y sin haberse agotado la contradicción requerida de las pruebas, la calificación que refiera la Fiscalía en su resolución no podría vincularla de manera definitiva, pues si del dicho de las pruebas practicadas en el juicio se evidencia la concurrencia de una circunstancia de agravación, o incluso de atenuación, es en la sentencia el estadio procesal que por antonomasia se debe declarar y fundamentar con base en el respaldo probatorio practicado (dando la oportunidad de contradicción por parte de la defensa).

Es decir, no podría predicarse a mitad de camino de un proceso penal la demostración de la tipicidad, cuando esta puede variar producto de las pruebas aportadas en el juzgamiento, en concreto podría demostrarse un agravante no contemplado en la resolución de acusación. Situación distinta sucedía con aquellas circunstancias de agravación objetiva, como la cuantía, las cuales sí debían relacionarse expresamente en la resolución de acusación. Importante resulta recordar en este punto que la acusación se basa en hechos que investiga el ente acusador y que revistan la característica de delitos, independientemente del *nomen iuris* o calificación jurídica que el ente instructor le asigne a estos, pues lo sustancial, se insiste, es la imputación fáctica que se atribuya a un procesado cuando se le vincule formalmente a la investigación.

Contrario *sensu*, la calificación jurídica provisional obedecía a un mero requisito formal de la resolución de acusación, el cual no podía, ni puede en la actualidad, prevalecer sobre lo sustancial, pues dicha calificación jurídica no es vinculante y constituye en últimas una ruta provisional que puede sufrir modificaciones que se consagran de manera definitiva en la sentencia.

11

En este punto, es menester recordar que lo exigido en las normas procesales de la época, se referían a que la Fiscalía debía señalar provisionalmente el capítulo dentro del título correspondiente al Código Penal, esto con un sentido ilustrativo de la adecuación que el ente investigador daba a los hechos que contrariaron el ordenamiento jurídico, sin que se le exigiera singularizar el delito de manera expresa y definitiva.

De lo anterior se desprende que, con base en las normas del Código de Procedimiento Penal de la época, el Juez estaba facultado para emitir una sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, pues este agravante existió fácticamente, independientemente si jurídicamente se haya hecho o no un señalamiento por parte del órgano persecutor, y así lo consagró el Juez Penal en su sentencia.

Sumando en argumentos, si se revisa las normas sustanciales contempladas en la Ley 100 de 1980, Código Penal vigente para la época de los hechos, dentro de los criterios que tienen los jueces para fijar la pena, se consagraron, entre otros, las circunstancias de atenuación o agravación, sin que se haya impuesto la carga a la Fiscalía de plasmarla en la resolución de acusación.

En definitiva, de lo argumentado en precedencia se puede arribar a dos conclusiones; de un lado, que JOSÉ RICARDO OROZCO VALERO tuvo todos los mecanismos ordinarios para controvertir e impugnar todas y cada una de las decisiones que le resultaron adversas, y que el Tribunal echó de menos, que el Juez Penal, de conformidad con las normas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal, tenía plena facultad para condenar introduciendo un agravante que no fue contemplado en la resolución de acusación que quedó debidamente ejecutoriada.

- **Decisión judicial sin motivación: La argumentación que da el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, al dejar sin efectos la sentencia de condena proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Mocoa, no es suficiente ni coherente.**

La Corte Constitucional ha perfilado este defecto "cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo, cuando los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que

puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o facticos" (sentencias T-171 de 2005, T-1285 de 2005, T-200 de 2004, entre otras).

En el caso no sólo es claro que el tribunal rompió con los preceptos jurisprudenciales en torno a la inmediatez y la subsidiariedad, sino que tampoco dio *ningún argumento* para haber hecho tales interpretaciones contrarias a derecho. Esto se observa de la sola lectura del fallo que no tiene argumentos relacionados con estos conceptos normativos.

Sumado a ello, se carece de una relación lógica entre la argumentación de la existencia de un vicio con la congruencia y el resuelve de la sentencia. Pues, si se evidencia que la decisión del juez rompió el cauce establecido por la pretensión del proceso, la orden que debió entregar al juzgado es la de modular el fallo; no revocar con la consecuencia obvia de lograr la prescripción del proceso.

Es prístino que la interpretación de los preceptos constitucionales y penales del tribunal ocasionaron un fraude a la ley que no puede sanearse con el paso del tiempo.

2) Causales genéricas:

Lo anterior lleva al análisis que se hace de las causales genéricas de procedencia de la tutela contra providencia judicial, que se aplican por referencia a la tutela contra tutela. En este caso es particularmente complejo lograr cumplir todos estos requisitos que se han fijado reiteradas veces por la jurisprudencia constitucional, desde el fallo de constitucionalidad C-590 de 2005.

a) Relevancia constitucional.

La primera exigencia es la que la cuestión sea de relevancia constitucional. Ello se logra observar en este caso, pues se debate la decisión alrededor de la habilitación y probidad moral con la que cuenta un candidato para ejercer uno de los cargos más importantes del Estado, cual es el de Gobernador de los Tolimenses y que será jefe de la Policía Departamental, Presidente del Consejo Superior de la Universidad del Tolima y las demás funciones del cargo. En este caso, una decisión desacertada, irracional y desproporcionada pone en peligro la protección de los derechos políticos de los electores, así como los del representante político que desea ejercerlos.

El debate planteado involucra la tensión entre la cosa juzgada constitucional, como expresión del principio de seguridad jurídica (Artículo 243 C.P.), y los derechos al debido proceso (Artículo 29 C.P.) y al acceso a la administración

12

de justicia (Artículo 229 C.P.), pues se concedió una *tutela contra providencia judicial* en contravía de conceptos como el de inmediatez y subsidiariedad, contrariando la interpretación vigente en ese momento, contenida en la línea planteada por la Corte Constitucional desde la sentencia C-590 de 2005.

b) Medios ordinarios y extraordinarios de defensa.

En este caso, es claro que la defensa del interés general, la moral administrativa, la exigencia de probidad por parte de los candidatos a puestos de importancia social y la tutela judicial efectiva NO tiene ninguna otra forma de defensa.

En la tutela expedida por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto nunca se dio la oportunidad de que la víctima participara, pues no se integró al contradictorio; así mismo, no hubo representación de los intereses sociales que se ven reflejados no sólo en los efectos de la pena, sino en las inhabilidades consecuenciales que defienden los intereses públicos de la vida democrática.

En esa medida, no hay ningún medio ordinario o extraordinario de defensa que se pudiera utilizar en contra de dicha decisión, más que el que se está usando en el momento.

c) Requisito de inmediatez.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que en todos los casos es necesario demostrar que la acción de tutela se interpuso dentro de un término oportuno, justo y razonable⁴. Este requisito de procedibilidad está concebido en la misma Carta Política, la cual en su artículo 86 preceptúa lo siguiente:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales."

La Corte ha precisado que ese concepto está atado a la eficacia del mecanismo reforzado de protección de los derechos fundamentales. De acuerdo con la jurisprudencia, la tutela procede cuando se utiliza con el fin de prevenir un daño inminente o de hacer cesar un perjuicio que se está causando al momento de interponer la acción. **Ello implica que es deber**

⁴ Sentencia T-016 de 2006.

12

del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados.

Aunado a todo ello, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias⁵:

- Se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo⁶.
- Se pueda establecer que *"... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros"*.⁷

Así las cosas, es preciso advertir que la Corte no ha dudado en sostener que la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Carta Política, no está sujeta a un término de caducidad y que, en consecuencia, puede ejercerse en cualquier tiempo⁸ dado su carácter inalienable y consustancial⁹.

Por tal razón, la expresión *"en todo momento"* del artículo antes mencionado implica que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo, para observar si es razonable el momento en el cual se utiliza la acción.

En el caso concreto, hay inmediatez en la presentación de esta tutela contra tutela pues la decisión implicó una afectación por riesgo que ha sido permanente, pero que se ha transformado en una vulneración por amenaza actual, debido a que desde el día 4 de agosto del presente año 2019, se tuvo como inscrito al señor JOSÉ

⁵ Sentencia T-883 de 2009 y T-328 de 2017

⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias T- 1110 de 2005 y T-425 de 2009.

⁷ Sentencia T-158 de 2006.

⁸ Sentencia T-993 de 2005.

⁹ Sentencia SU-961 de 1999.

RICARDO OROZCO VALERO como candidato a la Gobernación del Tolima; y este hecho me habilita (estando dentro del tiempo prudencial antes de llevar a cabo las elecciones departamentales) para presentar acción de tutela en defensa de mis derechos fundamentales y del interés general. En otras palabras, la tutela se presenta en este preciso mes y en el presente instante, debido a que la inscripción del candidato a la Gobernación del Tolima no ocurrió sino hasta la presente anualidad, en el presente semestre y exactamente en el mes de agosto.

En efecto, fue en ese momento que el abstracto riesgo de que llegara al puesto de Gobernador (u otros escenarios públicos) un candidato inmoral - administrativamente hablando- se concretó. Sólo hasta que el escrutinio de la vida pública mostró los errores judiciales (noticias publicadas en la 'W Radio' y diario tolimense 'El Nuevo Día'), pude conocer de estos hechos, y como ciudadano consciente de los deberes públicos, ello me lleva a entablar esta acción de tutela, en representación del interés general.

De manera que, la continua vulneración al interés general se da en un escenario abstracto, donde la moral pública se puso en riesgo con sentencia que revocó la decisión del juez penal de instancia. Esto afecta los intereses que como sociedad hemos puesto en los fuertes requisitos existentes para ser un servidor estatal de elección popular.

Sin perjuicio de lo anterior, sólo cuando el candidato se inscribe dicho riesgo se ve manifestado en una amenaza de daño; que ocurriría en caso de que un hombre que fue condenado por un intento de homicidio -excepto por un error judicial- llegara al cargo más importante dentro del departamento de Tolima. Es desde este acto de inscripción que la razonabilidad temporal debe contarse y analizarse.

d) Irregularidad procesal.

Se puede alegar que la decisión que se ataca tiene vicios e irregularidades procesales tan graves que su análisis llevan a la modificación sustancial de la decisión del Tribunal.

En primer lugar, la falta de conformación del litisconsorcio necesario en relación con la víctima, a la representación de los intereses sociales por medio de la vinculación al Procurador Judicial Delegado para lo Penal y a la Fiscalía General de la Nación.

Los defectos de la tutela proferida, relacionados con la contravención del precedente vinculante, la ausencia de motivación, y el defecto sustantivo por aplicación de una interpretación equivocada de congruencia, vulneran el derecho constitucional y conforman una irregularidad tan grave, que cambiarían el fallo de tutela de haberse tenido en cuenta; pues lo procedente hubiese sido declarar la improcedencia o a lo sumo, ordenando reducir la tasación de la pena o *quantum* del castigo.

e) Identificación razonable de los hechos constitutivos de la presunta vulneración:

Esta identificación se hace en los hechos narrados al inicio del escrito, y que se prueban con las piezas procesales aportadas y aquellas que se solicita su práctica.

3) La acción de tutela presentada no comparte identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada;

No hay identidad, dado que en la sentencia de tutela que se ataca se solicitó dejar sin efecto el fallo del juez penal, mientras que esta solicitud busca solucionar el vicio de dicho fallo que está teniendo consecuencias en la vida democrática del Estado.

4) No exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

Una vez acreditada la situación que defrauda la Constitución, la Ley, el Decreto de tutela y el precedente constitucional; quedaría probada la inexistencia e imposibilidad de acudir a otro mecanismo legal para resolver la situación -carácter residual de la acción de tutela-, por cuanto, en contra de dicha decisión de tutela no procede recurso alguno.

1A

VI.- MANIFESTACIÓN BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO

El suscrito accionante, manifiesta bajo la gravedad de juramento, que no se ha presentado otra ACCIÓN DE TUTELA respecto de los mismos hechos y derechos fundamentales.

VII.- ANEXOS

1. Documentos relacionados en el acápite de pruebas.

VIII.- COMPETENCIA Y TRÁMITE

Son ustedes, los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los competentes para conocer de la presente acción de tutela en virtud del numeral 5 del artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

IX.- NOTIFICACIONES

Las notificaciones serán recibidas así:

- El suscrito accionante, las recibirá en la Calle 25 B No. 72 – 80, Torre 10, Apto 506, Bogotá D.C. y/o en el correo carlos.moreno8@hotmail.com
- Las accionadas las recibirán en la dirección que para tales efectos reporten en sus escritos de contestación o en las direcciones que figuren en sus respectivas páginas web.

Atentamente,

Carlos Iván Moreno M.

CARLOS IVÁN MORENO MACHADO

C.C.: 1.032.437.167 de Bogotá D.C.