

Santiago de Cali, 26 de julio de 2021

SEÑORES

H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – JUEZ CONSTITUCIONAL

relatoriatutelas@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

E. S. C@.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: Diego Fernando Puerta Rengifo

ACCIONADO: Tribunal Superior distrito judicial de Buga

Honorables Magistrados,

DIEGO FERNANDO PUERTA RENGIFO, ciudadano colombiano, identificado con la c.c. No. 16.730.618, abogado titulado y en ejercicio con T.P. 98885 del C. S. de la J., en mi calidad de Apoderado judicial del señor **Jhon Alexander Burbano García**, acusado y absuelto por el Juzgado 2 Penal Especializado del Circuito de Guadalajara de Buga dentro del Radicado **76001-60-00-193-2016-28386-01**, y rejudicializado con ocasión de la declaratoria de nulidad decretada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca, mediante Auto del treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2.021), vulnerándose los Derechos fundamentales de: Debido Proceso, Legalidad, Presunción de Inocencia, por los siguientes:

1.-HECHOS

1.1. Fácticos: Se resumieron por la segunda instancia así: “*Da inicio a la presente investigación los hechos que tuvieron lugar el día miércoles 3 de agosto de 2016, siendo las 15:30 horas, cuando se encontraban de servicio el señor Capitán Andrés López, el subintendente Jhon Edwin Pineda Jaramillo y el suscrito patrullero Miguel Ángel Pino Anacóna, controlando el vuelo de Avianca 9421 con destino a la regional Tumaco-Nariño, revisando antecedentes de personas y sus equipajes, mediante información suministrada por fuente humana reciben datos de que un pasajero llevaría una gruesa suma de dinero de dudosa procedencia. Perfilan a la persona, quien se tornó nerviosa al notar el control policial, motivo por el cual le piden que los acompañara a la oficina de policía aeroportuaria del aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, donde lo identifican con la cédula de ciudadanía número 1.087.202.838 con John Alexander Burbano García, natural de Tumaco, Nariño, nacido el 11 de mayo de 1995, soltero, estudiante de técnico en soldadura... a quien al realizarle la inspección de su equipaje de mano, se le halló oculto entre las mangas y bolsillo de dos pantalones de jean azul, trece fajos de dólares, en un total de 1.214 billetes de denominación de 100 dólares, equivalentes a 121.400 dólares; 124 billetes de denominación de 50 dólares, equivalente a 6.200 dólares; 106 billetes de denominación de 20 dólares, equivalentes a 2.120 dólares y 28 billetes de denominación de 10 dólares, equivalentes a 280 dólares, sumados*

para un total de 130.000 dólares. Así las cosas, se le solicita los documentos que acreditaran la procedencia de dicho dinero y manifestó no tenerlos; manifestó simplemente, espontáneamente, que ese dinero correspondía a su sueldo y el de los trabajadores de una explotación minera..."

1.2. Jurídicos: También sintetizados por la segunda Instancia así:

- *"celebrada por el Juzgado 26 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali el 4 de agosto de 2016, la Fiscalía le imputó a Jhon Alexander Burbano García el delito de Lavado de activos"*

"El día 03 de agosto de 2016 a eso de las 15:30 horas, en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de Palmira – Valle, se observa un sujeto de sexo masculino el cual responde al nombre de JHON ALEXANDER BURBANO GARCÍA identificado con la cédula de ciudadanía No.1.087.202.838, quien pretende volar hacia la ciudad de Tumaco-Nariño, en el vuelo Avianca 9421, el cual se torna nervioso al notar los controles de la Policía Nacional, quienes al revisar el equipaje de mano hallaron escondidos entre las mangas y bolsillos de dos pantalones 130.000 dólares; sin que soportara la procedencia de dicha suma de dinero, por lo que se da captura en flagrancia por el delito de LAVADO DE ACTIVOS".

*Por lo tanto, imputó el delito consagrado en el artículo 323 del Código Penal, Lavado de activo, verbo rector "transportar" y "conservar". Frente al origen ilícito del dinero incautado, indicó inicialmente que el mismo provenía de la minería ilegal, pero el Despacho le precisó que esa conducta no está enlistada en el citado artículo, por lo que el Fiscal manifestó que la imputación abarcaba todas las circunstancias allí descritas, haciendo hincapié con su voz, en que posiblemente el dinero provenía del tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, **pero aclaró que en ese tipo de delitos se invierte la carga de la prueba y es el imputado quien debe demostrar el origen lícito de las divisas.** (énfasis mío).*

- *"Repartido el proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Buga, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 11 de agosto de 2017, en la cual se reiteró la imputación jurídica comunicada en la vista preliminar, con idéntica atribución fáctica".*
- *"El 19 de septiembre de 2019 se realizó la audiencia preparatoria."*
- *"Se decretaron las pruebas solicitadas por las Partes. No presentaron estipulaciones."*
- *"El juicio oral inició el 16 de diciembre de 2019"*
- *"- El 20 de noviembre de 2020 se dictó la respectiva sentencia. La Fiscalía apeló"*
- *"- El miércoles 7 de julio a las 5:20 p.m. se envió a mi correo fallo de segunda instancia con la siguiente determinación:*

"ANULAR la actuación a partir del acto complejo de la acusación (incluida la presentación del escrito) inclusive, para que se corrija la imputación y se cumpla con el requisito de los hechos jurídicamente relevantes que den cuenta del principio de congruencia y aseguren las garantías del debido proceso y el derecho de defensa vulnerados, según las precisiones realizadas en la parte motiva de esta providencia." (resaltos míos).

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Con lo cual se vulneran los siguientes Derechos Fundamentales en la órbita Nacional como Internacional:

2 VULNERACION DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Derechos fundamentales en la Carta Política:

2.1.a) Dignidad Humana (art. 1 y 53 C.P.) en sus límites de respeto y menoscabo y la doctrina Constitucional de la Dignidad Humana T-291 de 2016 "Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que **la dignidad humana** equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición **humana**."; en consonancia con art. 1 C. de P. P. que consagra la Dignidad Humana como Principio Rector y Garantía Procesal. Siendo la Dignidad nuclear en el Desarrollo de los Derechos fundamentales, el solo desconocimiento de un Derecho, como en este caso el 29, amén de igualdad, porque deviene en trato desigual o injusto, y no acorde a su condición, comporta un menoscabo de la dignidad humana, lo mismo que el desacato al plazo razonable, conminándole a estar indeterminado tiempo sub júdice a un proceso penal.

2.1.b) Debido Proceso "público y sin dilaciones" (Art. 29 C. P.), desarrollado por el artículo 10 "Actuación procesal"¹, y en consonancia con los dispuesto

¹ La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervenientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

en el artículo 175 del C. de P. Penal: **Duración de los procedimientos.**- “El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.

(Resaltos míos).

La H. Corte Constitucional, al analizar demanda al parágrafo, mediante sentencia C-893/2012 señaló:

"Los cargos de inconstitucionalidad formulados por el actor se sustentan en una comprensión inadmisible del Parágrafo del Artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, en la medida en la que el accionante supone que el vencimiento del plazo para la fase de indagación preliminar, da lugar al archivo automático de las diligencias, si no existen suficientes elementos de juicio para la formulación de imputación. No obstante, los efectos jurídicos son otros: apremiar al fiscal a adelantar la indagación dentro de los límites cronológicos allí previstos, someterlo al deber de hacer una evaluación integral del caso una vez acaecido el término, y habilitarlo para el archivo, cuando razonablemente se puede concluir que, a partir de la evidencia disponible, no se puede establecer si los hechos indicados en la noticia criminis existieron o reúnen los elementos objetivos de algún tipo penal.

- A pesar de que la anterior conclusión conduciría, en principio, a un fallo inhibitorio, estima la Corte que es procedente el examen sobre la*

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervenientes.

constitucionalidad del precepto demandado, toda vez que algunos de los reproches formulados por el actor pueden predicarse de su sentido admisible, particularmente los referidos a la presunta limitación de la función investigativa de la Fiscalía y a la consiguiente imposición de cargas probatorias excesivas a las víctimas durante la fase de la indagación preliminar, y posteriormente cuando se pretenda la reapertura del caso.

- *En ese contexto, concluye la Corte que la disposición controvertida, en la que se establece un plazo de dos, tres y cinco años a la fase de indagación preliminar, no vulnera los preceptos constitucionales alegados por el demandante, por las siguientes razones:*

En primer lugar, el establecimiento de límites temporales a esta fase del procedimiento penal no suprime las facultades y funciones investigativas de la Fiscalía General de la Nación, sino que, por el contrario, la impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente; tampoco afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, porque obliga a las instancias judiciales a materializar sus derechos en términos cortos y precisos. Y aunque eventualmente el vencimiento del plazo puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el artículo 79 del CPP, y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello.

En segundo lugar, los términos de dos, tres y cinco años previstos en la disposición acusada, responden a criterios de razonabilidad y se enmarcan dentro de la libertad de configuración legislativa.” (resaltos míos).

De acogerse la tesis del Tribunal accionado de “invalidar el acto complejo de acusación”, es decir, la audiencia y el escrito de acusación, comportaría que desde el 4 de agosto del 2016 (fecha de imputación) al 26 de julio de 2021 habrían transcurrido 1814 días, término que superaría en 1705 días el segundo inciso del art. 175 procedural, con ello y de contera se desquiciaría el “plazo razonable”, consagrados en los art. 175 y 294 procedural y el 228 superior: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la Ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo” (énfasis mío).

2.1.c) Legalidad: Reza el artículo 29 superior: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*”, las formas propias hace

alusión a las fases {indagación (desde la noticia criminis hasta la imputación- 286 y ss c.p.p.), investigación (desde la indagación hasta la audiencia preparatoria, a las luces del numeral 1 artículo 343 procedural) y juicio (desde la presentación del escrito de acusación- art 336 c.p.p. hasta decisión del sentido del fallo- art 446 c.p.p., y sentencia correspondiente)}, perfectamente delimitadas en el ordenamiento adjetivo penal como desarrollo del 29 superior.

Y también, las formas propias hacen alusión a los sujetos procesales y su rol, estableciendo la Carta Política en sus artículos 249 y ss el de la fiscalía, la cual hace parte de la Rama Judicial, que está obligada a “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos”... por cuya virtud deberá: ...”4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”.

En desarrollo del mandato constitucional, el artículo 337 del CPP consagra que el escrito de acusación debe contener:

- La individualización concreta de los acusados
- Hechos jurídicamente relevantes (aplicación del principio de congruencia)
- Datos del defensor
- Relación de bienes susceptibles de comiso

El rol del Juez, en su más clara esencia, lo ofrece el H. Magistrado Eugenio Fernández Carlier con su ponencia en Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia dentro del proceso: 43665 # de providencia: SP3964-2017 del 22 de marzo de 2017 así:

«Tanto la imparcialidad, como la igualdad de armas son pilares del sistema acusatorio. Acorde con los postulados constitucionales de los artículos 29, 228, 230 y 250, la imparcialidad del juez debe mantenerse a toda costa en el diligenciamiento, matiz que se resalta con la clara separación de las funciones de investigación y juzgamiento propia del modelo procesal colombiano implementado con la Ley 906 de 2004, lo cual conlleva a que el funcionario establezca la verdad de lo acontecido con toda la objetividad posible y decida con total equilibrio. [...] Pero esa neutralidad y ecuanimidad del juez debe reinar no solo en las decisiones que adopte, sino en todas sus actuaciones procesales para preservar la franca lid que rodea el juego dialéctico de la tesis y antítesis planteadas en el juicio cuando se enfrentan la postura de la fiscalía frente a la expuesta por la defensa. Esa imparcialidad del juez está correlacionada con el principio de igualdad de armas, según el cual, toda persona a quien se le atribuye la realización de un comportamiento definido en la ley como delito tiene derecho a contar con los medios y herramientas adecuados para frenar el ataque punitivo que se ejerce a través el órgano investigador penal. Ciertamente, debe salvaguardarse la igualdad de oportunidades y de prerrogativas, no solo de contar con el tiempo suficiente, sino con los

medios para desarrollar la estrategia defensiva, intervenir en equilibrio en las cargas propias de la solicitud y práctica probatoria, alegaciones, impugnaciones, etc. [...] Lo anterior se hace patente en las oportunidades procesales de intervención de las partes en desarrollo del juicio oral y en la atribución e iniciativa en materia de pruebas que les está reservada, quedando limitado el fallador a la incorporación oficiosa de las mismas, como lo establece el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 con el claro fin de que no tenga injerencia o predisposición en el asunto».

Tornando mayúsculo el yerro del Tribunal accionado, cuando expuso: "Huelga anotar que el juez de conocimiento ninguna intervención realizó para demandar de la Fiscalía el cumplimiento de las exigencias sustanciales de la audiencia de formulación de acusación."²

"En esas condiciones no era dable continuar el trámite penal. Por esa razón se presenta inusitada la postura del juzgado de primera instancia, el cual reconoce la ausencia de hechos jurídicamente relevantes en la acusación, que no controló adecuadamente, al afirmar en la sentencia que "es evidente que no se construyó desde el punto de vista típico la conducta", yerro de estructura que, en este caso, no se suple con la absolución del imputado, en razón a que ante la no observancia de los presupuestos formales y materiales de la acusación, no podrá haber pronunciamiento de fondo, en ningún sentido, acerca de unos hechos que carecen de connotación delictual."³

Porque desconoce lo reglado en el artículo 339 procedural para el juez, como director del proceso, cuando señala que le dará "la palabra a las partes (fiscalía, Ministerio Público y defensa) para que expresen oralmente... las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.". Porque, a la luz de la Sentencia SP3964-2017 del 22 de marzo de 2017 "ut supra", no es al Juez que le "toca intervenir" si no media petición de contraparte, en este caso Defensa, y, obviamente del Ministerio Público como garante de la ley.

Y si no lo podía hacer oficiosamente el Juez de Conocimiento (art. 361 c. de p.p.), menos lo puede hacer el Tribunal en sede de Apelación, porque comporta un desequilibrio interpartes, perdiendo la "neutralidad, objetividad y equilibrio" como JUEZ NATURAL e invadiendo la órbita funcional del "Ente acusador", cuyo mandato expreso de la Carta Política radica en la Fiscalía.

En el marco internacional se cuenta el principio de legalidad recogido en el artículo 9 de la Convención Americana, el cual también obliga procesalmente, "a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal" que, en esta materia, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o

² Tercer párrafo página 16 de sentencia de 2^a instancia

³ Final página 17 e inicio página 18 de la sentencia de 2^a instancia

extensiva de la ley sustancial o procesal. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo.

Así que, en mi humilde y respetuoso concepto, es desconocedor del ordenamiento Constitucional, legal, Internacional y la jurisprudencia de las Cortes Constitucional colombiana e Interamericana de D. H., respecto de la presunción de inocencia e in dubio pro reo, la argumentación del Tribunal en el folio 19 "En todo caso, puede corregirse sin necesidad de dejar sin validez dicho acto, pues "cuando fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación deberá acudirse a la adición de la imputación, agotando los trámites procesales pertinentes para ello." (12) En consecuencia, **la Fiscalía deberá acudir a este tipo de audiencia para concretar el delito subyacente del tipo penal de Lavado de Activos**, motivo por el cual debe dejarse sin vigencia el acto complejo de la acusación." (énfasis mío).

Porque Nulitar lo actuado "justamente" para que el ente acusador "corrija el yerro" procedimental, incorporando el elemento (**delito subyacente del tipo penal de Lavado de Activos**) desquiciando el procedimiento, la aparente igualdad de partes, la presunción de inocencia e "in dubio pro reo", como acertadamente lo valoró la primera instancia pero el Tribunal cercenó de tajo, se torna en vulnerador de estos Derechos fundamentales.

2.1.d) Presunción de Inocencia e in dubio pro reo: Consagrado en el 4º inciso del artículo 29 de la C. P., tiene desarrollo jurisprudencial reciente en la Sentencia C-495 de 2019, en ella la Alta Corte Constitucional preciso: "Como elemento característico de los sistemas políticos democráticos y de manera congruente con instrumentos internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 29 la presunción de inocencia, como una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso. Se trata de una cautela constitucional contra la arbitrariedad pública, que se activa en todos aquellos eventos en los que el Estado pretenda ejercer el poder de reprochar comportamientos, por la vía judicial o administrativa, esencialmente en ejercicio de su facultad sancionadora (*ius puniendi*)^[19].

28. A pesar de que la norma constitucional disponga que "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado **judicialmente culpable**", en una redacción equivalente a la del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la prevista en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[20], ambos ratificados por Colombia^[21], la presunción de inocencia es una garantía fundamental que es igualmente exigible en los procedimientos administrativos^[22], como lo reconoce expresamente el inciso primero del artículo 29 de la Constitución colombiana y que entraña las siguientes consecuencias: (i) corresponde al Estado la carga de desvirtuar la inocencia, a través de la prueba de los distintos elementos de la responsabilidad, incluida la culpabilidad^[23]. (ii) A pesar de existir libertad respecto de las pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia, sólo son admisibles medios de prueba respetuosos del debido proceso y acordes a la dignidad

humana^[24]. (iii) Nadie puede ser obligado a contribuir para que la presunción de inocencia que lo ampara, sea desvirtuada y sus silencios carecen de valor probatorio en forma de confesión o indicio de su responsabilidad^[25]; (iv) durante el desarrollo del proceso o del procedimiento, la persona tiene derecho a ser tratada como inocente^[26] y (v) la prueba necesaria para demostrar la culpabilidad debe tener suficiente fuerza demostrativa, más allá de toda duda razonable, la que, en caso de persistir, debe resolverse mediante la confirmación de la presunción. Las anteriores, son "garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se adelanta para ejercerla"^[27].

29. *La regla que ordena resolver las dudas razonables en favor del investigado (regla in dubio pro reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado) es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye la contracara misma de la carga de la prueba que pesa sobre el Estado, a través de las entidades que ejercen el poder público. Así, no obstante que la norma constitucional no exija expresamente que las dudas razonables sean resueltas en beneficio de la persona investigada, se trata de una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos demostrados durante el desarrollo del procedimiento y en desarrollo del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que le incumbía y, por lo tanto, no logró recaudar o aportar pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, la regla "en caso de duda, resuélvase en favor del investigado", no es más que la confirmación de que la persona nunca ha dejado de ser inocente y, en el caso de sanciones de naturaleza administrativa, la no aplicación de esta regla, genera nulidad del acto administrativo^[28]. Aunque la jurisprudencia constitucional haya precisado que, en tratándose de procedimientos administrativos, la presunción de inocencia no es un derecho absoluto^[29] y se haya admitido, de manera excepcional, que el Legislador invierta la carga de la prueba de uno de los elementos de la responsabilidad, (el elemento subjetivo), a través de la previsión de presunciones de dolo y de culpa^[30], dichas medidas han sido sometidas al cumplimiento de rigurosas condiciones^[31] y, en todo caso, se ha advertido que esta posibilidad se encuentra excluida para ciertos procesos, en particular, el proceso disciplinario, en donde debe operar plenamente la presunción de inocencia."*

En el marco internacional se encuentra en el artículo 8.2 de la Convención Americana de D. H.: "*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*"

Y, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y políticos: "*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*"

En Desarrollo de este Principio el Primer Tribunal consagró: "*Este principio requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que la declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción. Además, en virtud del estado de inocencia del imputado, no es él quien debe probar su inocencia, sino los órganos que dirigen la acusación los que tienen la carga*

de la prueba para demostrar su culpabilidad, los cuales están impedidos de coaccionarlo y, con mayor razón, de someterlo a torturas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes...” (resalte mío).

Por cuya virtud, resulta claro y nítido el yerro del Ente Fiscal, cuando en la Audiencia de Imputación, tal lo expuso el Tribunal Accionado, manifestó que: “*Por lo tanto, imputó el delito consagrado en el artículo 323 del Código Penal, Lavado de activo, verbo rector “transportar” y “conservar”. Frente al origen ilícito del dinero incautado, indicó inicialmente que el mismo provenía de la minería ilegal, pero el Despacho le precisó que esa conducta no está enlistada en el citado artículo, por lo que el Fiscal manifestó que la imputación abarcaba todas las circunstancias allí descritas, haciendo hincapié con su voz, en que posiblemente el dinero provenía del tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, pero aclaró que en ese tipo de delitos se invierte la carga de la prueba y es el imputado quien debe demostrar el origen lícito de las divisas.*⁴

Y a falta de pruebas en el escrito de acusación y del correlativo deber de investigar, ya que el Tribunal subsana este yerro con el siguiente aserto:

“Además, en este asunto, imposible resulta acudir al principio de prioridad para mantener la absolución del procesado, por cuanto las pruebas debatidas en el juicio podrían derivar en un juicio de responsabilidad si se hubiere cumplido con el fin esencial de la formulación de acusación, en tanto de la propia declaración del imculpado deviene acreditada su presunta pertenencia a un grupo delincuencial, (concierto para delinuir) hecho que **podría indicar la procedencia ilegal del dinero que le fuera incautado**, aunado a que no presentó pruebas de su procedencia lícita. De modo que, no podría predicarse que en este caso las pruebas recaudadas imponen la necesidad de ratificar el fallo absolutorio de primer grado como para optar por esa alternativa en procura de los intereses del acusado. Es necesario, por tanto, insistir en el sentido de justicia que comprende el proceso penal acusatorio de cara a la existencia de unos hechos que, por sus características, requieren de ser esclarecidos a través del respectivo trámite formalizado. (resaltes míos).

Ahora bien, **huelga anotar el desatino de la Fiscalía, como recurrente, al persistir en un pronunciamiento condenatorio argumentando la comprobación de un hecho que no está incluido en la acusación**. Es cierto como lo adveró el juez A-quo, dicha diligencia carece de una atribución concreta respecto de la presunta pertenencia del imculpado a una organización delincuencial dedicada al narcotráfico, actividad ilícita de la que presuntamente se derivó el dinero que le fuera incautado. Reconocer como demostrada esa circunstancia, en primera o segunda instancia, para concluir configurado el delito de Lavado de activos, sería lesivo del principio de congruencia, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal. En suma, **al verificarse que en el trámite del proceso se afectó de manera profunda su estructura básica**, pero además, que fueron vulnerados los derechos de defensa y contradicción, la Sala advierte necesario acudir al remedio máximo de la nulidad, como única manera de contener el daño causado, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.”

⁴ Segundo párrafo página 2 Sentencia de segunda Instancia.

Corrigiéndole el yerro a la Fiscalía, ya que la aceptación de cargos en el proceso de lavado de activos fue por beneficiarse en un momento procesal, mas que como reflejo de la verdad, pero era una prueba que tenía la fiscalía antes de la audiencia preparatoria, más aún, antes de la acusación, luego no estamos en presencia de un descubrimiento inevitable durante el juicio, si no de un yerro investigativo del ente acusador, y dorar la píldora, presentando el tribunal como garantista de derechos de defensa y contradicción, pero aceptarlos vulnerador del principio de congruencia, comporta un juicio de reproche que no garantizaría imparcialidad para mi defendido.

3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

En la sentencia SU-574 DE 2019 M.S. H. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, manifestó la H. Corte Constitucional:

“...la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional puesto que, en tales casos, “la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho–, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica”.

Por tales razones, ha señalado la Corte que “la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia”.

La excepcionalidad de la tutela contra providencias judiciales ha llevado a la Corte, a partir de la Sentencia C-590 de 2005, a exigir el cumplimiento de los siguientes requisitos generales y específicos de procedencia.

“...requisitos generales: (i) que la cuestión que se proponga tenga relevancia constitucional, esto es, que el asunto involucre la posible vulneración de derechos fundamentales del accionante” : Hemos demostrado que si es violatorio de Derechos fundamentales.

(ii) que al interior del proceso se hubieren agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante... ” Al respecto tenemos que en la misma providencia hoy objeto de petición de amparo señala que contra la misma no procede recurso alguno.

(iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; Requisito que también se cumple, atendiendo surtida la notificación el día hábil siguiente al envío del correo, esto es, llegó el miércoles 7 a las 5:20p.m. luego se entiende el día hábil siguiente, esto es 8 de julio, y hasta el 26 abrían transcurrido 16 días.

"(iv) que, cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) que el accionante identifique de forma razonable los yerros que generan la vulneración y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; y (vi) que no se dirija contra una sentencia de tutela”. Todos los anteriores presupuestos se dan satisfechos.

2.2. De los requisitos específicos

Además de la constatación de los anteriores requisitos generales, para que proceda la acción de tutela contra una sentencia o una providencia judicial es necesario acreditar^[20], adicionalmente, que la autoridad judicial demandada vulneró en forma grave el derecho al debido proceso^[21] del accionante, a tal punto que la decisión judicial resulte incompatible con la Constitución por incurrir en alguno de los siguientes defectos^[22] que la jurisprudencia constitucional denomina requisitos específicos de procedibilidad, a saber:

(i) Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia^[23].

(ii) Defecto procedural: se origina cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido.

(iii) Defecto fáctico: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada^[25].

(iv) Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión^[26].

(v) *Error inducido*: sucede cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales^[27].

(vi) *Falta de motivación*: implica el incumplimiento del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de las decisiones^[28].

(vii) *Desconocimiento del precedente*: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida^[29].

(viii) *Violación directa de la Constitución*^[30]: se estructura cuando la autoridad judicial le da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Carta Fundamental. Esta Corte ha indicado^[31] que se presenta violación directa de la Constitución, entre otros casos, cuando el juez adopta una decisión que la desconoce^[32], porque deja de aplicar una regla contemplada en el texto constitucional que resulta aplicable al caso concreto^[33], u omite tener en cuenta un principio superior que determina la aplicación de la norma en el caso concreto, desconociendo que, de acuerdo con su artículo 4 CP, “*la Constitución es norma de normas*”, por lo que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra regla jurídica “*se aplicarán las disposiciones superiores*”^[34].

Con todo, es necesario que los reproches alegados sean de tal magnitud que puedan desvirtuar la constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela^[35]. Por lo anterior, esta Corporación ha sido enfática en señalar que no toda irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura una causal de procedibilidad de la acción^[36].

En este contexto, es absolutamente claro que la procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial está supeditada al cumplimiento de rigurosos requisitos. “*No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente –es decir segura y en condiciones de igualdad–, de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho*”^[37].

Teniendo en cuenta el anterior marco normativo y jurisprudencial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, pasa la Corte a referirse al defecto material o sustantivo y al desconocimiento del precedente, que la accionante estima configurados en las decisiones judiciales objeto del reproche.

2.3. Breve caracterización del defecto sustantivo

La Corte ha señalado que el defecto sustantivo parte del “*reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta*”^[38]. En consecuencia, este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen^[39]. La jurisprudencia de este Tribunal, en diferentes decisiones^[40], ha precisado los supuestos que pueden configurar este defecto, a saber:

- (i) Cuando existe carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma inexistente^[41], derogada^[42], o que ha sido declarada inconstitucional^[43].
- (ii) La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable por no ser pertinente^[44].
- (iii) A pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación no resulta adecuada a la situación fáctica objeto de estudio como, por ejemplo, cuando se le reconocen efectos distintos a los señalados por el legislador^[45].
- (iv) Cuando se aplica una norma cuya interpretación desconoce una sentencia con efectos *erga omnes*. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la *ratio decidendi* de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico^[46].
- (v) La disposición aplicada se muestra injustificadamente regresiva^[47] o claramente contraria a la Constitución^[48].
- (vi) Cuando un poder concedido al juez se utiliza para un fin no previsto en la disposición^[49].
- (vii) La decisión se funda en una interpretación no sistemática del derecho, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso^[50].
- (viii) El servidor judicial da una insuficiente sustentación o justificación de una actuación que afecta derechos fundamentales^[51].
- (ix) Se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación^[52].
- (x) Cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución^[53]. Se trata de la aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexequible, este es contrario a la constitución^[54], o al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada^[55].

(xi) Cuando la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia^[56].

Adicionalmente, esta Corte ha señalado^[57] que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto sustantivo por interpretación irrazonable^[58] en, al menos, dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente –interpretación *contra legem*–), o de manera injustificada para los intereses legítimos de una de las partes^[59]; y (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable^[60].

2.4 Breve referencia al desconocimiento del precedente constitucional

La fuerza jurídica del precedente constitucional hunde sus raíces en el artículo 241 de la Constitución Política, el cual determina que “*a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”. En consecuencia, esta Corporación está obligada a salvaguardar la Carta Política como norma de normas^[61], en virtud de lo que se le ha reconocido competencia para definir el alcance normativo y la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz del texto Superior.

En este sentido, se ha señalado^[62] que el desconocimiento del precedente constitucional “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica”.

Ahora bien, el defecto por desconocimiento del precedente constitucional únicamente puede constatarse en relación con los pronunciamientos de esta Corte^[63]. Se presenta cuando esta Corporación ha establecido el alcance normativo de un derecho fundamental o definido la interpretación constitucional de un precepto y, sin embargo, el juez ordinario o el contencioso administrativo, limita sustancialmente el alcance del derecho o se aparta de la interpretación constitucional^[64].

Conforme con lo dicho, el desconocimiento del precedente constitucional puede alegarse en razón del desconocimiento de las decisiones emitidas con arreglo a las funciones de control abstracto de constitucionalidad; o concreto, adelantado en la revisión de decisiones de tutela, en ambos casos obligatorios. En el primer caso, debido a que la decisión asumida por la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos *erga omnes*. Y, en el segundo, debido a que a esta

Corporación le asiste el deber de definir el contenido y el alcance de los derechos constitucionales,^[65] interpretación que se entiende vinculada a la Carta; y con el fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad. En esa medida el carácter vinculante del precedente en materia de tutela, se ha determinado que lo tienen las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación, como por las Salas de Revisión^[66].

En este sentido, se ha reprochado por esta Corporación la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, al principio de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica cuando se desconoce el precedente constitucional definido en sede de tutela, tal y como puede ocurrir cuando el demandante acude a la administración de justicia y se le imponen decisiones o actuaciones imprevistas.

En el caso concreto, la accionante señaló que, en las sentencias emitidas dentro del proceso ordinario laboral se hizo una interpretación del artículo 55 de la Ley 90 de 1946 contraria a los postulados superiores contenidos en la Carta de 1991, con lo cual se configuró un defecto sustantivo y, por esa vía, se desconoció el precedente constitucional establecido en las Sentencias T-1317 de 2001, C-366 de 2008 y T-110 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala deberá verificar si en efecto se configuraron los defectos alegados.

Examen de procedencia de la acción de tutela^[67]

Para atender el problema jurídico relacionado con la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, la Sala debe, en primer lugar, analizar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Para ello, estudiará si en el asunto se demuestran los siguientes presupuestos: (i) la legitimación en la causa, por activa y por pasiva; (ii) la relevancia constitucional; (iii) la subsidiariedad; (iv) la inmediatez; (v) el carácter decisivo de la irregularidad procesal; (vi) la identificación razonable de los hechos vulneradores; y (vii) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela. Una vez se verifique su observancia, si es del caso, se procederá a formular el respectivo problema jurídico que permita dar solución al caso concreto.

3.1 Legitimación en la causa

3.1.1. Legitimación en la causa por activa. El artículo [86](#) de la Constitución establece que *toda persona, por sí misma o por quien actúe a su nombre*, puede ejercer la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

El artículo [10](#) del Decreto 2591 de 1991^[68], por su parte, dispone que dicha acción podrá ser ejercida, “*por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno*

de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos". Dispone igualmente, la precitada disposición, que cuando el titular de los derechos no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa, procederá la agencia oficiosa, y que también podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

3.2 Relevancia constitucional

El asunto objeto de revisión comprende los derechos fundamentales al debido proceso e igualmente, los de igualdad, seguridad social, mínimo vital, vida digna, entre otros, de una mujer sujeto de especial protección constitucional. En consecuencia, se plantea un asunto de relevancia constitucional. Por ende, se estima cumplido este requisito.

3.3 Subsidiariedad

El auto de la Accionada manifiesta que no procede recurso contra la decisión.

3.4 Principio de inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser ejercida en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador, con el fin de asegurar que la necesidad de protegerlo no haya desaparecido y, en consecuencia, evitar que se desnaturalice.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 4, profirió la sentencia objeto de reproche el 25 de septiembre de 2018 y la acción de tutela objeto de revisión fue presentada el 8 de noviembre de 2018. En consecuencia, se encuentra cumplido este requisito, pues transcurrió un término razonable de aproximadamente un (1) mes y catorce (14) días entre la emisión de la sentencia judicial que se ataca y la presentación de la demanda constitucional.

3.5 Carácter decisivo de la irregularidad procesal

La decisión de segunda instancia, desconocedora de Derechos y garantías fundamentales, tanto constitucionales como de ámbito de protección internacional, tiene un efecto vulnerador tanto de ellos como de la dignidad humana del señor JHON ALEXANDDER BURBANO GARCIA, al dejar subjúdice, nuevamente, por interpretación legal errada.

3.6 Identificación de los hechos vulneradores

En la acción de tutela se identificaron clara y razonablemente las actuaciones que comportan las vulneraciones alegadas.

3.7 No se trata de tutela contra sentencia de tutela

La sentencia judicial objeto de reproche en el presente trámite fue dictada al interior de un proceso ordinario laboral, en sede de casación. En consecuencia, se estima también cumplido este requisito.

PRETENSIONES

Que este Honorable Tribunal en uso de sus facultades legales y con fundamento en la ponderación del acaecer fáctico, tutele nuestro derecho al debido proceso, legalidad, presunción de inocencia, conculcados con la decisión de nulidad del Tribunal accionado.

La presente Solicitud tiene como fundamento legal, entre otros:

En la C. Política de Colombia..

- **Artículo 1º** "...respeto a la dignidad humana..."
- **Artículo 2º** "... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes..."
- **Artículo 29.** "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa..."
- **Artículo 86.** "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".
- **Artículo 93.** "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".
- Numeral 5º del artículo 1 del Decreto 333 de 2021, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015.

Es por las razones antes expuestas Honorables Magistrados, que les ruego declarar procedente la presente Acción y se ordene la nulidad de la Segunda Instancia violatoria de la Dignidad de mi cliente Jhon Alexander Burbano García, y del Debido Proceso.

Honorables Magistrados, agradezco la atención que le concedan a esta Acción

Diego Fernando Puerta Rengifo
C.C. N° 16.739.618 de Cali
T.P. 98885 del C. S. de la J.
diegopuerta06@hotmail.com