

Bogotá, 29 de octubre de 2021

Señores

Honorables Magistrados

Corte Suprema de Justicia

Sala Penal

Ciudad

Ref. Acción de Tutela contra providencia judicial

Accionante: José Ernesto Martínez Tarquino

Accionado: Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca

Radicado del proceso penal: 11001-60-00-706-2008-80229-04

Juzgado 2

En mi condición de apoderado del señor José Ernesto Martínez Tarquino, de acuerdo con poder que anexo, con el mayor respeto, presento acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, con el fin de que se amparen los derechos y garantías fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, *no reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva de mi representado, los cuales fueron vulnerados de forma palmaria por la autoridad accionada al incurrir en un defecto fáctico, procedural absoluto y violación directa de la constitución, al proferir las decisiones del 3 y 19 de agosto de 2021.

Lo anterior, según los siguientes:

1. Antecedentes y situación fáctica relevante

Con el fin de que los señores Magistrados comprendan el asunto, a continuación, menciono los antecedentes y hechos jurídicamente relevantes,

que permiten identificar la vulneración de los derechos y garantías fundamentales mencionados:

1.1. En el proceso penal 11001-60-00-706-2008-80229-04 se encuentran conexas las causas terminadas en 2008-80239, 2008-80231 y 2008-80226 en contra de mi representado José Ernesto Martínez Tarquino. En los anteriores procesos, se formuló imputación y acusación de forma independiente y los mismos se unificaron bajo la misma cuerda procesal a partir de la audiencia preparatoria. Desde dicha audiencia actuó como defensor de confianza.

1.2. El 25 de febrero de 2020, el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha, en audiencia preparatoria, resolvió las solicitudes probatorias de la Fiscalía y la Defensa. En efecto, en relación con las pruebas testimoniales solicitadas por la Fiscalía, el mismo decretó las siguientes:

- ✓ José Gerardo León Cantor.
- ✓ Doris Sofía Moyano.
- ✓ Edgar Nabor Rodríguez.
- ✓ Jairo Hernando Castañeda Monroy.
- ✓ Daniel Ricardo Callejas.
- ✓ Yasmín Garzón Valbuena¹.

1.3. El 10 de marzo de 2020, en la continuación de la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la Defensa presentamos recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión que decretó las pruebas, incluidas las pruebas testimoniales decretadas a la Fiscalía.

1.4. El mismo día, el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha, en relación con las pruebas testimoniales de la Fiscalía, repuso su decisión y únicamente decretó los siguientes testimonios:

- ✓ José Gerardo León Cantor.

¹ SIC. Se aclara que en realidad es Villanueva, pero se dejará Valbuena porque así fue decretado.

- ✓ Doris Sofía Moyano.
- ✓ Edgar Nabor Rodríguez.

1.5. Resulta relevante precisar que el mismo 10 de marzo de 2020, luego de que el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha resolviera los recursos interpuestos, la Fiscalía desistió del recurso de apelación. Por esto, el proceso fue enviado al Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, con el fin de que se desatara la alzada únicamente propuesta por la defensa del ciudadano José Ernesto Martínez Tarquino.

1.6. En decisión fechada el 3 de agosto de 2021, leída en audiencia virtual el 11 de agosto de 2021 a las 9:00 a.m., la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca resolvió decretar los siguientes testimonios:

- ✓ Jorge Gerardo León Cantor.
- ✓ Doris Sofía Moyano.
- ✓ Edgar Nabor Rodríguez.
- ✓ Jairo Enrique Castañeda Monroy
- ✓ Daniel Ricardo Callejas.
- ✓ Yazmín Garzón Valbuena.

Por lo anterior, en relación con los testimonios de Jairo Enrique Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena, el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, se pronunció sobre testimonios sobre los que no se había interpuesto recurso de apelación, ya que el objeto de debate se resolvió en primera instancia con el recurso de reposición. Decisión que cobró ejecutoria el mismo 20 de marzo de 2020.

1.7. El 12 de agosto de 2021, mediante correo electrónico solicité copia del auto fechado el 3 de agosto de 2021. En ese correo se precisó que, si bien no se tenía copia de la decisión, en la parte resolutiva se detectaron errores al decretar testimonios, ya que, en la sesión de audiencia preparatoria del 10 de marzo de 2020, se inadmitió expresamente el testimonio de Jairo Hernando Castañeda Monroy y, a pesar de ello, fue decretado por la segunda instancia.

Por esto, en aplicación del principio de integración, se solicitó acudir a los artículos 285 a 287 del Código General del Proceso relacionados con la aclaración, corrección y adición de providencias.

En igual sentido, se precisó que con fundamento en el artículo 20 del C. de P. P. y la sentencia C-591 de 2005, el hecho de decretar estos testimonios escapa de las facultades de la segunda instancia que se debe circunscribir o limitar a los temas que son objeto de apelación, máxime que en este caso se actuó como apelante único.

Finalmente, ante la irregularidad detectada, se solicitó "*copia del auto y la corrección del mismo en el caso del testimonio del señor Jairo Castañeda y de los demás testimonios que puedan estar errados ya que no hemos recibido copia del auto.*".

1.8. El 13 de agosto de 2021, por correo electrónico, se recibió copia del auto fechado el 3 de agosto de 2021. En el mismo informan que: (i) contra la decisión no procede recurso alguno; (ii) sobre la solicitud de corrección se aclara que ingresa al despacho del Magistrado Ponente.

1.9. El 17 de agosto de 2021, como ya se conocía integralmente la decisión, presenté con más detalle la solicitud de corrección del auto fechado el 3 de agosto de 2021.

Con fundamento en los artículos 29 Constitucional, 139 del Código de Procedimiento Penal y 412 de la Ley 600 de 2000 (por integración), solicité disponer la solución procesal que corresponda con el fin de enmendar el auto de 03 de agosto de 2021, ya que contiene evidentes errores de contenido sustancial, relacionados con los medios de conocimiento, respecto a la decisión que tomó, lo cual, genera unos efectos jurídicos adversos al debido proceso y al derecho de defensa de mi representado.

Esto, por cuanto la decisión adoptada por el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Soacha no fue la de decretar los testimonios de JAIRO HERNANDO

CASTAÑEDA MONROY, DANIEL RICARDO CALLEJAS ni de YASMIN GARZON VALVUENA, sino todo lo contrario, su decisión fue nítida al revocar la admisión de los mismos, por razones de impertinencia, según consta en el audio de la audiencia del 10 de marzo de 2010.

En la solicitud de corrección se transcribió expresamente la decisión adoptada por la primera instancia con relación a estos tres testimonios y se precisó que la decisión del señor Juez de inadmitir los mencionados testimonios adquirió firmeza en esa misma audiencia cuando quedó resuelto el recurso de reposición y el representante de la Fiscalía desistió del recurso de apelación. En consecuencia, los testimonios de dichas personas no fueron objeto del recurso de apelación interpuesto por la defensa, como apelante único, ni podían serlo, puesto que la decisión de primera instancia fue favorable a mi defendido.

1.10. Mediante decisión fechada el 19 de agosto de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca profiere auto en el que resuelve la solicitud de corrección y rechaza de plano la petición.

Como fundamento de su decisión, sostiene que la petición no puede solucionarse por la vía de corrección ya que se trata de un debate sustancial adicional que escapa al sentido de la facultad excepcional de adición, aclaración y corrección. Además, que sobre la decisión no procede recurso alguno y que no se trata de un asunto que genere duda o se haya omitido resolver algún aspecto de la apelación.

1.11. El 20 de agosto de 2021, por correo electrónico, el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, nos remitió la anterior decisión, por lo tanto, ese día fuimos notificados. En consecuencia, la defensa agotó todas las vías jurídicas posibles al interior del proceso penal.

1.12. Por último, es relevante precisar que la audiencia de juicio oral está programada para el 9 de noviembre de 2021 a las 10:30 a.m., razón por la cual ya se cerró el debate probatorio y no queda vía jurídica de solución al interior del proceso penal.

2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

2.1. Conforme al precepto contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias expedidas por las autoridades judiciales. En un comienzo, esta atribución encontró fundamento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, aunque dichas disposiciones fueron declaradas inexequibles mediante la sentencia C-543 de 1992, por considerar que valores como la seguridad jurídica y la cosa juzgada eran relevantes en nuestro sistema normativo en tanto justificaban la intangibilidad de las decisiones judiciales, se previno que ciertos actos no gozaban de tales cualidades y que, por tanto, frente a *actuaciones de hecho*, la acción de tutela sí resultaba procedente para proteger los derechos fundamentales.

2.2. Frente a este caso, la Corte ha sido positiva en afirmar que la acción de tutela procede, a pesar de su carácter subsidiario, contra providencias judiciales en las cuales se vislumbre vulneración a los derechos fundamentales. En ese orden, la Corte ha registrado una importante evolución de su jurisprudencia a partir de la citada sentencia C-543 de 1992, de manera que sentencias como la T-079 de 1993² y T-158 de 1993 precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos

² En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: “*Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.*

Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.

La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.”

fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la Administración de Justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

En esa dirección, la Sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado “*vía de hecho*” respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; ó (4) defecto procedural; doctrina constitucional que se ha precisado y reiterado en varias providencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

2.3. Esa misma evolución jurisprudencial ha propiciado que la Corte revalúe el concepto de vía de hecho declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario³ que interesa al juez constitucional y, en su lugar, prefiera el enunciado de “causales genéricas de procedibilidad de la acción”⁴ con el fin de *“armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado (Sentencia T-462 de 2003)”*⁵.

Cuota importante en la mencionada evolución jurisprudencial la aportó la Sentencia C-590 de 2005, por la cual se fortalecieron los precedentes jurisprudenciales proferidos hasta esa fecha.

En esta sentencia, se advirtió expresamente que la acción de tutela contra fallos judiciales sólo procedía cuando se cumplían ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos distinguió unos de carácter general, que

³ Sentencia T-008 de 1998.

⁴ Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

⁵ Sentencia T-949 de 2003

habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta.

Entre los requisitos generales, la sentencia acopió y definió los siguientes:

- "a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional⁶. (...)"*
- "b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁷."*
- "c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁸."*
- "d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁹. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio."*
- "e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁰."*
- "f. Que no se trate de sentencias de tutela¹¹. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de"*

⁶ Sentencia 173/93.

⁷ Sentencia T-504/00.

⁸ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

⁹ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

¹⁰ Sentencia T-658-98

¹¹ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

2.4. De la misma forma, el fallo enlistó varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, entre ellas:

“Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

¹² Sentencia T-522/01.

"g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹³.

"h. Violación directa de la Constitución.

2.5. Esta evolución y cambio de conceptos ha sido aceptada expresamente por la Honorable Corte Constitucional, tanto así que en la sentencia T-117 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, dijo:

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional y está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho comprometido. Esta Corporación ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que en los primeros años fue llamado vía de hecho y que más recientemente ha experimentado una evolución terminológica hacia el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, en cuanto a la procedencia de esta acción constitucional para controvertir providencias judiciales (sentencias y autos).

Señores Magistrados, veamos a continuación el cumplimiento de los requisitos generales y específicos en el caso concreto:

3. Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso sub examine

¹³ Cfr. Sentencias T-1625/00, T-1031/01, SU-1184/01 y T-462/03.

A continuación, se demostrará que la acción de tutela instaurada cumple con los requisitos generales de procedibilidad porque:

- (i) No ataca un fallo de tutela, pues se trata de dos decisiones tomadas al interior de un proceso ordinario penal;
- (ii) Se ha identificado de manera concreta los hechos que a nuestro juicio quebrantan los derechos fundamentales, tal como quedó visto.
- (iii) Se cumple con la invocación de los derechos fundamentales violados, que en este caso se concretan en el debido proceso, defensa, contradicción, *no reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva.
- (iv) Es un asunto que tiene la relevancia constitucional requerida, porque en el presente caso se profirieron las decisiones del 3 de agosto de 2021 y 19 de agosto de 2021 por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal y se cuestiona que las mismas vulneran derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, *no reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva de mi representado, ya que se decretaron 3 testimonios sobre los que materialmente no podía pronunciarse, ya que los mismos no fueron objeto de apelación.

También el asunto tiene relevancia constitucional porque el hecho de decretar estos testimonios escapa de las facultades de la segunda instancia que se debe circunscribir o limitar a los temas que son objeto de apelación, máxime que en este caso se actuó como apelante único. La actuación afecta igualmente el derecho de defensa y el principio de contradicción porque se sorprende a la misma en segunda instancia, con un decreto probatorio adicional del que no se permite defenderse, ya que el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, rechazó de plano la solicitud de corrección.

Con estas actuaciones se afecta igualmente el derecho de la tutela judicial efectiva o acceso efectivo a la Administración de Justicia, ya

que mi representado tiene derecho a acudir a la Justicia en condiciones de igualdad y las decisiones cuestionadas no propugnan por el respeto del orden jurídico y la debida protección de sus derechos e intereses legítimos, ya que no se respetaron los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento penal y, además, se inobservaron garantías sustanciales y procesales que obligaban a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca a no decretar testimonios sobre los que no versó el recurso de apelación y a no revivir un debate precluido en la audiencia preparatoria.

- (v) Se cumple con el requisito de inmediatez en consideración que las providencias violatorias de la constitución se profirieron 3 de agosto de 2021 y 19 de agosto de 2021, es decir han transcurrido menos de 6 meses desde la última decisión judicial. Adicionalmente, recuérdese que en el presente asunto fuimos notificados de la última decisión el 20 de agosto de 2021, tal como se afirmó en el hecho 1.11. de la presente acción de amparo constitucional.
- (vi) Cumplimos con los requisitos de subsidiariedad ya que hemos agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a nuestro alcance, porque en este asunto no procede recurso alguno como lo manifestó la misma entidad accionada en el correo del 13 de agosto de 2021. Incluso, al interior del mismo proceso penal se presentó solicitud de corrección, misma que fue rechazada de plano en decisión del 19 de agosto de 2021.

4. Verificación de las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Analizado que en este caso se cumplen los requisitos genéricos de procedibilidad, es obligación en sede de tutela nombrar los requisitos especiales de procedibilidad o en qué defectos incurrió la decisión tutelada, junto con las razones que sustentan tales defectos.

4.1. La autoridad judicial accionada, al proferir las decisiones del 3 y 19 de agosto de 2021, incurrió en un defecto fáctico

4.1.1. El defecto invocado

En este caso, quedó en evidencia que los Magistrados incurrieron en un defecto fáctico que ocurre cuando se profiere la decisión sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se fundamenta su decisión o, dicho de otra manera, cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido. Frente a este defecto, nuestro Honorable Tribunal Constitucional también ha desarrollado los supuestos de su configuración, tanto de forma positiva como negativa. Fue así que en la sentencia T-117 de 2013 expresamente dijo:

La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

En cuanto a la configuración del defecto fáctico por indebida valoración probatoria en la misma decisión se precisó:

*El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) **Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;** (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) **cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso** y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso. (Negrillas del accionante).*

4.1.2. Demostración del defecto fáctico

Aterrizando lo anterior al caso objeto de análisis, veamos en concreto cómo los Magistrados en las decisiones del 3 de agosto de 2021 y 19 de agosto de 2021 incurrieron en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, ya que, en contra de la evidencia probatoria, se separaron por completo de los hechos debidamente probados, para luego resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido.

Metodológicamente, en primer lugar, se demostrarán los hechos probados, es decir, los testigos sobre los que se mantuvo vigente el recurso de apelación y la forma como se resolvió sobre ellos en la primera instancia y, acto seguido, se demostrará la separación de arbitraria de la segunda instancia:

En efecto, según se verifica en la audiencia del 25 de febrero de 2020, el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha decretó los testimonios de: (i) José Gerardo León Cantor, (ii) Doris Sofía Moyano, (iii) Edgar Nabor Rodríguez, (iv) Jairo Hernando Castañeda Monroy, (v) Daniel Ricardo Callejas y (vi) Yazmín Garzón Valbuena.

Por lo anterior, esta defensa presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en la audiencia del 10 de marzo de 2020. El objeto del recurso comprendió en su integridad las anteriores pruebas testimoniales por lo siguiente:

En primer lugar, todas las pruebas testimoniales pedidas por la Fiscalía debieron ser excluidas, porque, en el momento procesal de la enunciación probatoria, la fiscalía no cumplió con el deber legal de enunciar los testimonios que iba a llevar al juicio. Se demostró que decretarlas contradice la Ley¹⁴, la jurisprudencia¹⁵, la doctrina y los principios rectores de la actuación procesal penal ya que la enunciación no constituye un asunto de mera forma, sino un auténtico presupuesto que condiciona la validez de la prueba.

En segundo lugar, sobre el testimonio de Jairo Hernando Castañeda Monroy, además de la razón expuesta para ser excluido, se dijo que también había motivo para inadmitirlo porque esta persona era el Contralor Municipal de Soacha. La Fiscalía motivó la pertinencia así: *"informará (sic) sobre el informe de auditoría Contraloría Municipal de Soacha; remitido con oficio DORFC-393 del 25 de agosto del 2008, documento pertinente y necesario puesto que en él se consignan las irregularidades cometidas en la contratación"*.

No obstante, esa justificación de pertinencia fue reprobable porque el informe de auditoría de la Contraloría elaborado el 28 de julio de 2008 remitido con el oficio *DORFC-393*, fue suscrito por Héctor Bello Gómez en calidad de Director

¹⁴ (Art. 356 del C. de P. P.).

¹⁵ De la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá: Sentencias del 12 de febrero de 2009, bajo el radicado 200800563-01, M.P. Luis Fernando Ramírez y radicado 11001600070520128000201, septiembre de 2012, con ponencia del magistrado Joselyn Gómez Granados. De la Corte Constitucional la sentencia C-454 de 2006, de la Sala de Casación Penal: 13 de junio de 2012, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez; del 18 de junio de 2014, Rad. 43.554 con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier; del 30 de septiembre de 2015, radicado 46.153 con ponencia de la magistrada Patricia Salazar; radicado 41.106 del 22 de mayo de 2013, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; y, finalmente, sentencia bajo el radicado 52.478 del 2 de agosto de 2018 donde se mantuvo esta postura.

Operativo de Control Fiscal de la Contraloría de Soacha, no por Jairo Hernando Castañeda Monroy, tal como consta en el informe del 28 de julio 2008.

Además, la solicitud del testimonio de Castañeda incumplió el requisito legal previsto en el artículo 429 del C.P.P., modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 63, que ordena que la incorporación de los documentos puede hacerse a través de “*uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física*”. En el presente caso, el testigo Castañeda no es investigador de Policía Judicial, ni tampoco recolectó o recibió estos elementos materiales probatorios, ni suscribió ninguno de los dos documentos.

Adiciónese, que la Fiscalía no incluyó el informe de auditoría de la Contraloría, en el respectivo escrito de acusación presentado el 20 de octubre de 2010, ni en la audiencia de formulación de acusación del 15 de diciembre de 2010, ni en la enunciación probatoria. No resulta correcto, de acuerdo con el artículo 27 del C. P. P., que la Fiscalía fundamente la pertinencia de un testigo en la incorporación de un documento que no fue descubierto oportunamente a las partes. Como este documento debe ser rechazado, no tiene fundamento el testimonio del señor Jairo Hernando Castañeda.

En tercer lugar, con respecto a los testimonios de Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón en su momento se argumentó que la Fiscalía solicitó el testimonio de los investigadores de Policía Judicial Daniel Ricardo Callejas Moreno, Yazmín Garzón Valbuena, para introducir supuestos informes suscritos por ellos, pero estos no fueron oportuna y legalmente descubiertos. En efecto, en ninguno de los escritos de acusación presentados por la Fiscalía se incluyeron informes suscritos por estos investigadores ni se anunciaron sus testimonios. Tampoco en las audiencias de formulación de acusación se hizo referencia a dichos investigadores, ni en la sesión de la audiencia preparatoria del día 18 de marzo de 2015 la Fiscalía descubrió la totalidad de las pruebas que haría valer en juicio, y dentro de ellas, no dijo absolutamente nada sobre estos tres investigadores.

Por la anterior argumentación, el mismo 10 de marzo de 2020, a partir del record 2:38:25, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha resolvió el recurso de reposición y únicamente

decretó los testimonios de (i) José Gerardo León Cantor, (ii) Doris Sofía Moyano, (iii) Edgar Nabor Rodríguez.

En esta decisión, el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha aclaró expresamente el no decreto de los testimonios de Jairo Hernando Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena, principalmente por razones de impertinencia, razón por la cual revocó la decisión inicial.

En relación con **Jairo Hernando Castañeda Monroy**, textualmente, la decisión del Juzgado fue la siguiente:

"(...) en esos tres casos la fiscalía sí informó quién era el testigo, cuál era el propósito de ese testimonio de ese testigo de acreditación, cuáles fueron las actividades que desarrolló y cuáles eran los informes y documentos que a través de éste podrían ser ingresados a juicio, y es por eso, que el despacho en esa oportunidad admitió como testigos de acreditación a esas mismas personas que al día de hoy se pretende su inadmisión, es decir, a pesar de que no se enunciaron en su momento, el despacho no advierte por ello, una falla insalvable para efectos probatorios, (...) y que frente a estas personas, estos tres testigos, que valga aclarar fueron los únicos en los cuales la fiscalía agotó ese ejercicio pues es viable mantener el decreto de pruebas y por ende no reponer la decisión frente a estos testimonios, pero si hay un punto que sí debo señalar, y es que se habló de un testimonio, y me corrigen, del señor JAIRO HERNANDO MONROY (sic) como un testigo de acreditación a través del cual se incorporará un informe de auditoría, pero parece ser según lo que me indicaron en audiencia que éste no era el testigo, sino que era una persona distinta, en este caso, pues sí esa falencia corre por cuenta de la fiscalía, en cuanto que si bien, pudo haber sustentado en este caso la necesidad, conducencia y pertinencia, e indicó un testigo de acreditación, al no haber indicado correctamente el testigo de acreditación a través del cual se incorpora la prueba documental, pues no se podría salvar esa circunstancia, y por

*ende, la consecuencia es el no decreto de esta prueba, por ende, reponer la decisión en ese sentido antes adoptada.*¹⁶

Y sobre **Daniel Ricardo Callejas** y **Yasmín Garzón Valbuena**, expresamente la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soacha fue la siguiente:

*"Hay que dejarlo claro para efecto del juicio. Hay dos testimonios de DANIEL RICARDO CALLEJAS MORENO, CTI, y de YASMIN GARZÓN VILLANUEVA, CTI, en la manera en que fueron citados, se señaló así "testigos con los que se introducirán actas de inspección a lugares como investigador de campo, y para JEIMY, informe de investigador de campo,..." no se acreditó puntualmente qué información contienen esos documentos, tampoco se dice cuándo fueron los resultados, dónde se realizó, y por ende, ante esa falencia ante esos documentales **pues es evidente que los testimonios lucen también inadmisibles** por cuanto pues evidentemente no habría punto por resolver es decir a la fiscalía le correspondía también acreditar debidamente qué contenían los documentos que a través de estos testigos de acreditación pretendía ingresar".¹⁷*

Así las cosas, los hechos que quedaron debidamente probados, soportados en la evidencia probatoria, consisten en que estos tres testimonios (Jairo Hernando Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena) no fueron decretados por la primera instancia.

También está probado que la Fiscalía General de la Nación desistió del recurso de apelación que la misma había presentado, tal como es aceptado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, al momento de resolver el recurso, decisión fechada el 3 de agosto de 2021, página 2:

¹⁶ Record Audiencia preparatoria del 10 de marzo de 2020. Minuto 3:41.30 en adelante.

¹⁷ Record Audiencia preparatoria del 10 de marzo de 2020. Minuto 4:03:31 en adelante.

En la última de las fechas indicadas, tras resolverse los recursos de reposición interpuestos por la Fiscalía General de la Nación y los defensores de JOSÉ ERNESTO MARTÍNEZ TARQUINO y ROVITZON ORTIZ OLAYA, en contra del decreto probatorio, el delegado del Ente Persecutor desistió del recurso de apelación¹ inicialmente incoado como subsidiario, por lo que únicamente es motivo de la alzada el disenso planteado por el defensor de MARTÍNEZ TARQUINO frente a algunos

¹ Minuto 4:08 último récord audiencia preparatoria 10 de marzo de 2021.

Igualmente, en la audiencia del 10 de marzo de 2020, expresamente se dijo por parte del Fiscal Delegado:

“FISCALÍA: Su señoría, la decisión que acaba usted de proferir es la de reposición, la Fiscalía había dicho que en subsidio, quiere decir una vez escuchado su decisión pedía la decisión de apelación, pero también es procedente manifestarle que de acuerdo al recurso desatado por usted de reposición la Fiscalía ya no le asiste interés de ir en alzada por lo tanto renuncia al recurso de apelación su señoría...”¹⁸

En relación con los hechos probados, tampoco hay discusión que la decisión que inadmitió los testimonios de Jairo Hernando Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena cobró ejecutoria el mismo 10 de marzo de 2021, porque la Fiscalía desistió del recurso de apelación y sobre el punto expresamente dice el señor Juez:

“Con eso entonces hemos terminado lo relacionado con los recursos, valga indicar desde ya, como se señaló al principio de esta diligencia, que las pruebas frente a las que se decretó su admisión y se interpuso recurso solo procedía el de reposición y ese fue el que se resolvió. No así frente a las que se inadmitieron, las que fueron inadmitidas se interpuso y se mantuvo la decisión ellas son susceptibles de recurso de

¹⁸ Record: 4:06:32 a 4:07:10. Audiencia preparatoria del 10 de marzo de 2021.

apelación el cual se concederá desde ya en el efecto suspensivo ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca".¹⁹

Vistos los hechos probados con la respectiva evidencia, la actuación de la entidad accionada se apartó abiertamente de los mismos, porque resolvió decretar los testimonios de Jairo Enrique Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena. Con esto, se evidencia que el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, se pronunció sobre testimonios sobre los que no se había interpuesto recurso de apelación, ya que el objeto de debate se resolvió en primera instancia con el recurso de reposición. Decisión que cobró ejecutoria el mismo 20 de marzo de 2020.

Por la forma como está redactada la decisión, se evidencia que el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, da por sentado que se interpuso recurso de apelación sobre los 6 testimonios, cuando realmente se mantenía solo por los 3 que fueron decretados. Pareciera que el yerro del Tribunal Superior Cundinamarca, Sala Penal, se originó desde el resumen de la "ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE", ya que en la misma no se menciona que el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha repuso y aclaró que no decretaba los testimonios de Jairo Hernando Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena, tal como quedó suficientemente probado.

Entonces, resulta claro que el Tribunal accionado, yendo en contra de los hechos probados, se separó por completo y resolvió a su arbitrio un asunto jurídico debatido que ya había precluido. Este defecto fáctico derivado del error en el juicio valorativo de los hechos probados resulta ostensible, flagrante y manifiesto y tuvo una incidencia directa en la decisión que finalmente profirió.

Con ello, transgredió los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, *no reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva de mi representado, tal como quedó visto.

¹⁹ 4.06.07 A 4:06:55, *ibidem*.

4.2. La autoridad judicial accionada, al proferir las decisiones del 3 y 19 de agosto de 2021, incurrió en un defecto procedural absoluto

4.2.1. El defecto invocado

En el presente asunto, la entidad accionada también incurrió en un defecto procedural absoluto ya que actuó completamente al margen del procedimiento establecido, cuando se trata de un único apelante. Sobre el alcance de este defecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-367 de 2018, reiteró su jurisprudencia al establecer que el mismo tiene fundamento constitucional en los artículos 229 y 228 de la Constitución, los cuales reconocen los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

Citando la sentencia C- 590 de 2005, la Corte Constitucional precisa que en términos generales esta causal de procedibilidad se configura cuando el juez actúa completamente por fuera del procedimiento establecido.

Sobre las dos situaciones en que se presenta el mismo, expresamente indica la misma Corte en la sentencia T-367 de 2018:

*2.4.2. La jurisprudencia constitucional ha identificado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedural bajo dos modalidades: (a) el defecto procedural absoluto ocurre cuando "se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) **se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto**, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso".²⁰ (b) El defecto procedural por exceso de ritual manifiesto, ocurre cuando la autoridad judicial"(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en las sentencias T-352 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-398 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

*del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia"; es decir, el funcionario judicial incurre en esta causal cuando "(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) porque aplica rigurosamente el derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales"*²¹. (Negrillas suplidadas).

En el caso concreto, la autoridad judicial accionada se aparta del procedimiento establecido cuando se trata de apelante único, ya que desvió el cauce del asunto al desconocer la verdad jurídica objetiva, fundamentada en hechos probados, con lo que vulneró garantías fundamentales, tal como pasa a demostrarse a continuación.

4.2.2. Demostración del defecto invocado

En desarrollo del artículo 31 Superior, el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal establece que las sentencias y los autos que afecten la práctica de las pruebas serán susceptibles del recurso de apelación. Es enfático en inciso 2 de esta norma procesal al establecer que "*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*". De entrada, se evidencia que el postulado del rechazo a la *reformatio in pejus* se encuentra expresamente constitucionalizado y determinado en la Ley procesal penal vigente.

En cuanto a su alcance, la Corte Constitucional en la sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, indica que la prohibición de *reformatio in pejus* tiene como finalidad asegurar el ejercicio del derecho de defensa y fijar un límite a la competencia del *ad quem*. Y precisa que el sistema acusatorio "*justifica extender el ámbito de la garantía procesal de la no agravación del apelante único por el superior jerárquico a todas las situaciones y partes en el proceso, toda vez que además de estar en armonía con el equilibrio de las mismas en*

²¹ Corte Constitucional, sentencia T- 429 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la sentencia T-398 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

el proceso, está acorde con el principio esencial de congruencia entre lo pedido y lo resuelto".

Por su parte, la misma Corte Constitucional en la sentencia T-291 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, estableció que este postulado supone la realización del principio *tantum devolutum quantum appelatum*, como que la competencia del superior frente a una apelación solitaria se halla limitada para revisar lo desfavorable.

En relación con la naturaleza, protección y el espíritu de la prohibición de *reformatio in pejus*, la misma Corte Constitucional determinó:

"...la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore. Por lo demás, este principio, se encuentra íntimamente ligado con las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir.²²

En el caso de análisis, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca incurrió en un defecto procedural absoluto ya que actuó completamente al margen del anterior procedimiento establecido, cuando se trata de un único apelante. Por el contrario, se evidencia que renunció a la verdad jurídica objetivamente probada, desconociendo que está demostrado que los únicos tres testigos que fueron objeto del recurso de apelación fueron los de José Gerardo León Cantor, Doris Sofía Moyano y Edgar Nabor Rodríguez y no los de Jairo Enrique Castañeda Monroy, Daniel Ricardo Callejas y Yazmín Garzón Valbuena, tal como fueron erróneamente decretados.

²² Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Se itera que la decisión del señor Juez de Primera Instancia de inadmitir los mencionados testimonios adquirió firmeza en esa misma audiencia cuando quedó resuelto el recurso de reposición y el representante de la Fiscalía desistió del recurso de apelación. En consecuencia, los testimonios de dichas personas no fueron objeto del recurso de apelación interpuesto por la defensa, como apelante único, ni podían serlo, puesto que la decisión de primera instancia fue favorable a mi defendido y en sana lógica se evidencia que el recurso se mantuvo solo en los aspectos perjudiciales, es decir en los testimonios que sí fueron decretados por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha.

El Tribunal accionado con su actuar vulneró el principio constitucional de no *reformatio in pejus* porque, sin existir recurso que desatar en alzada, desmejora la situación probatoria del procesado y se le causa un agravio injustificado, tal como quedó suficientemente demostrado.

Por todo lo anterior, se demostró que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto procedural absoluto, y que por ende, la acción de tutela es procedente, ya que se estableció que mismo actuó completamente por fuera del procedimiento establecido en la Ley, y que ello, generó una vulneración grave al derecho al debido proceso de mi representado, concretamente, a ejercer su derecho a la defensa y a la contradicción.

4.3. La autoridad judicial accionada, al proferir las decisiones del 3 y 19 de agosto de 2021, violó de manera directa la Constitución

En primer lugar, se debe decir que esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e

irrazonablemente tales postulados²³.

Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto²⁴; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución²⁵.

De allí, que la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata²⁶ y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución²⁷.

En el caso *sub examine*, se dan 2 disposiciones por las cuales nuestro órgano de cierre constitucional ha dicho que procede la tutela por violación directa de la constitución, si se tiene en cuenta que resulta ineficaz y absolutamente inocuo que la ley y la jurisprudencia fijen reglas de obligatorio cumplimiento, si las autoridades resuelven de acuerdo con su pura liberalidad e ignorando los hechos probados que obran en la actuación. Estas actitudes que van en contra de la ley y al argumento de autoridad de los precedentes, son una auténtica afrenta a la seguridad jurídica, a la estabilidad del sistema jurídico, a la buena fe y a la confianza legítima. Por eso, este caso amerita ser tutelado, para enfatizar que las autoridades, para no incurrir en arbitrariedad, deben ajustar su accionar a la Constitución, la Ley y la jurisprudencia, que son límites al ejercicio del poder en un Estado social de derecho, democrático y participativo, orientado a garantizar los derechos de sus ciudadanos²⁸.

²³ Sentencias T-310 y T-555 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁴ Dice la Corte en la Sentencia C – 590 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que, “... si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

²⁵ En la sentencia C – 590 de 2005 se reconoció autonomía a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela, y se establecieron algunos criterios para su aplicación.

²⁶ Sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández). Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P, que establece que los derechos de aplicación inmediata son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, intimidad, al buen nombre, la honra, al libre desarrollo de la personalidad, libertad, de conciencia, de cultos, expresión, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, a la libre circulación, al debido proceso, al habeas corpus y a la segunda instancia en materia penal, a la inviolabilidad del domicilio, a la no incriminación, de reunión, de asociación y los derechos políticos.

²⁷ Ver entre otras, las sentencia T – 199 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-590 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-809 de 2010. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

²⁸ En la obra “La importancia de la jurisprudencia en Colombia” realizada con la cooperación de la República Federal de Alemania se resalta que algunos jueces colombianos no ponen en práctica la jurisprudencia. No obstante los avances logrados, no hay aún entre nosotros una verdadera y definida cultura de la jurisprudencia. Esta ausencia de la vinculatoriedad del precedente conduce a que se generen efectos negativos sobre la unidad y estabilidad del sistema jurídico (pág. 101).

No sobra resaltar la importancia del precedente. Justamente, la Corte Constitucional ha venido desarrollando el concepto de precedente desde la década del 90, y las reformas procesales y la jurisprudencia de las demás Cortes le han dado su importancia y su fuerza vinculante. En el periodo desde el 2005, se encuentran entre otras, las sentencias T-292 de 2006, T-158 de 2006, T-548 de 2006, T-302 de 2006, C-049 de 2007, T-1092 de 2007, T-086 de 2007, T-571 de 2007, C-335 de 2008, 1263 de 2008, C-713 de 2008, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011, SU-918 de 2013, T-64 de 2013, T-146 de 2014, C-284 de 2015.

Todo lo anterior, para deducir, que se hace necesario la intervención del Juez de Tutela, para restablecer los derechos del tutelante y el ordenamiento jurídico colombiano, ya que los hechos, que están suficientemente probados violaron directamente la Constitución Política, ya que se dejaron de aplicar las disposiciones ius fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, *no reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva de mi representado en el caso concreto.

5. Derechos fundamentales vulnerados

- Debido proceso. En lo que se refiere al derecho a que los procesos sean fallados conforme a las normas existentes, esto es, el derecho de los ciudadanos a que las decisiones que los afecten cuando acuden a sus jueces se adopten con apego al imperio de la ley, igualmente, a la necesidad de que las decisiones respeten el derecho de defensa y el principio de contradicción.
- Prohibición de *reformatio in pejus* y tutela judicial efectiva de mi representado, ya que se decretaron 3 testimonios sobre los que materialmente no podía pronunciarse, ya que los mismos no fueron objeto de apelación.
- Tutela judicial efectiva, ya que mi representado tiene derecho a acudir a la Justicia en condiciones de igualdad y las decisiones cuestionadas

no propugnan por el respeto del orden jurídico y la debida protección de sus derechos e intereses legítimos, ya que no se respetaron los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento penal y, además, se inobservaron garantías sustanciales y procesales que obligaban a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca a no decretar testimonios sobre los que no versó el recurso de apelación y a no revivir un debate precluido en la audiencia preparatoria.

El acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva. Sobre este derecho, nuestra Honorable Corte Constitucional²⁹ ha dicho que "*El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como "la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes". Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.*

6. PRUEBAS Y ANEXOS

Se adjuntan como pruebas y anexos de la presente acción constitucional lo siguiente que se encuentran en siguiente link:
<https://drive.google.com/drive/folders/1hBARVH0DrUSp5rRFIzS0T4tqf01FL5G?usp=sharing>

- 6.1.** Poder y anexos de representación.
- 6.2.** Grabación de la audiencia preparatoria del 25 de febrero de 2020, adelantada por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de

²⁹ Cfr. Sentencia C-297 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Conocimiento de Soacha.

- 6.3.** Grabación de la audiencia preparatoria del 10 de marzo de 2020, adelantada por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha.
- 6.4.** Decisión fechada el 3 de agosto de 2021, leída en audiencia virtual el 11 de agosto de 2021 a las 9:00 a.m., por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.
- 6.5.** Correo electrónico del 12 de agosto de 2021, donde se solicitó copia del auto fechado el 3 de agosto de 2021.
- 6.6.** Correo electrónico del 13 de agosto de 2021, en el que se recibió copia del auto fechado el 3 de agosto de 2021. En el mismo informan que contra la decisión no procede recurso alguno.
- 6.7.** Documento del 17 de agosto de 2021, mediante el cual se presentó solicitud de corrección del auto fechado el 3 de agosto de 2021.
- 6.8.** Decisión del 19 de agosto de 2021, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca profiere auto en el que resuelve la solicitud de corrección y rechaza de plano la petición.
- 6.9.** Correo electrónico del 20 de agosto de 2021, mediante el cual el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, nos remitió la anterior decisión que rechaza de plano la petición de corrección.

7. Notificaciones

7.1. Accionante y accionada

- La Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en la calle 24A (Av. La Esperanza) No. 53-28 de la ciudad de Bogotá D.C. Correo electrónico: citasalapenaltscun@cendoj.ramajudicial.gov.co y citasalapenaltscun@cendoj.ramajudicial.gov.co
- El suscrito apoderado en la calle 73 número 10-10, oficina 403. Correo

electrónico: carlos.cano@semillaconsultores.com Celular: 310 230 1960.

7.2. Partes del proceso penal

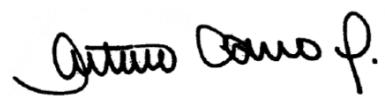
En caso de que su Despacho estime necesario vincular a las demás partes relacionadas con el proceso penal 11001-60-00-706-2008-80229-04:

- Juzgado 2 Penal Municipal de Soacha con Funciones de Conocimiento: j02pctoconsoacha@cendoj.ramajudicial.gov.co
- Procuraduría: Henry Francisco Bustos Alba hbustos@procuraduria.gov.co
- Procesado: José Ernesto Martínez Tarquino: jmtarquino@gmail.com

8. Peticiones

- Honorables Magistrados, respetuosamente, solicito declarar sin valor ni efecto jurídico las providencias del 3 de agosto de 2021 y 19 de agosto de 2021, dentro del radicado 11001-60-00-706-2008-80229-04, a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca dispuso: "*Se CONFIRMA la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soacha, en el sentido de decretar la práctica de los testimonios de Jairo Enrique Castañeda Monroy, Jorge Gerardo León Cantor, Doris Sofía Moyano, Edgar navarro Rodríguez, Daniel Ricardo Callejas y Yasmin Garzón Valvuen...*"
- En su lugar, solicito se tutelen los derechos constitucionales invocados y, en consecuencia, se declare que los únicos testimonios por los que se emitió confirmación en segunda instancia corresponden a José Gerardo León Cantor, Doris Sofía Moyano y Edgar Nabor Rodríguez.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Arturo Cano f." or "Arturo Cano Jaramillo".

Carlos Arturo Cano Jaramillo

C.C. 19.233.191 de Bogotá

T.P. No. 22.768 del C.S. de la J.