



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP13343-2021

Radicación n.º 118979

Acta 230

Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Decide la Sala, en primera instancia, la demanda de tutela instaurada por **Leonor García de Guevara** y **Jairo Moreno Betancourt**, a través de apoderado, en protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica material, presuntamente conculcados por el Juzgado Primero Penal Municipal de Girardot.

Al trámite se vinculó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, así como las partes y demás sujetos intervinientes dentro de proceso penal de radicación 25307600040120118049802, entre ellos a los abogados Ruth Moreno, William Amaya y Mauricio Álvarez.

ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indicó el apoderado que en contra de los accionantes, **Leonor García de Guevara y Jairo Moreno Betancourt**, se adelantó proceso penal por el delito de estafa, de radicación 25307600040120118049802, en el que fueron condenados a una pena de 46 meses de prisión mediante sentencia de 6 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Girardot.

Destacó que en contra de esa determinación la defensa de los procesados formuló recurso de apelación, mismo que fuera resuelto en fallo de 10 de septiembre de 2020, por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentido confirmatorio.

Agregó, que el día 18 de septiembre de 2020, la abogada de los procesados, Ruth Moreno, por vía e-mail, interpuso recurso extraordinario de casación contra la determinación anterior; no obstante, el 22 de septiembre de 2020 la providencia quedó ejecutoriada. Por lo anterior, mediante auto de 8 de octubre siguiente se dispuso dar inicio al incidente de reparación integral, a solicitud del representante de las víctimas.

Añadió el apoderado que, sin saber de la ejecutoria, el día 26 de octubre de 2020, la abogada de los procesados para ese entonces, envió la demanda de casación en la que sustentó el recurso extraordinario y que, después de enterarse de la ejecutoria promovió acción de tutela que fue conocida por la Sala de Casación Penal, en la que denegó el amparo tras estimar que ante el Tribunal no se interpuso el recurso de casación, por un yerro atribuible a la mandataria judicial de los encausados.

Es así como a través de apoderado los actores promueven la actual acción de tutela tras estimar violados sus derechos fundamentales al proceso y a la defensa técnica material, dado que en el asunto penal destacado se evidencia una serie de fallas cometidas por los abogados de la defensa en diferentes etapas procesales.

Concretamente, indicó que en la **audiencia preparatoria**, frente a la solicitud hecha por la fiscalía en el escrito de acusación dirigida a tener como prueba la escritura de hipoteca No 1647 del 25 de agosto de 2003 celebrada entre Orlando de Jesús Correa y Leonor García de Guevara, se podría ver con claridad ante los ojos de cualquier abogado con experticia que dicho documento iba a ser tomado para demostrar la ocurrencia del primer eslabón de la conducta típica del delito de estafa, relativo al artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima.

Así, la deficiencia en la solicitud probatoria estriba en que el abogado de ese momento, William Amaya, tenía

conocimiento, a través de las entrevistas que esa escritura no había sido redactada por los procesados, sino, elaborada en la Notaría Primera de Girardot, por lo tanto, debió solicitar como testigo a la Notaría Margarita Iriarte, su autora. Con lo anterior, se hubiera demostrado que los denunciados no habían redactado dicho documento y por ende no desplegaron ningún artificio o engaño dirigido a suscitar error en los denunciados. La trascendencia de esta deficiencia *-continuó-* es que de no haber ocurrido se hubiera podido contradecir lo que la fiscalía propuso, pues las instancias dieron por demostrado que el engaño se configuró al momento de protocolizarse la escritura pública.

Por otra parte, en la **etapa del juicio**, destacó el libelista que por falta de pericia del abogado, no se aprovechó la oportunidad de impugnar la credibilidad del testimonio de Alfredo Lozano en lo referente a la tasa de interés que se cobró en los créditos.

Así, la oportunidad perdida sucedió en la audiencia de juicio oral celebrada el día 3 de abril de 2019, cuando el apoderado le preguntó al declarante antes mencionado por la tasa de interés que le cobraron por los créditos, a lo cual respondió: en el minuto 1:04:40 *“dentro de lo que yo recuerdo era al 5% mínimo que se estaba cobrando por eso, pero no sé si en el marco del tiempo ese 5% para esa época era usura o no, no estoy absolutamente seguro, pero ese era el mínimo que se pagaba por esos intereses”*.

Lo anterior, entonces, era contradictorio con lo declarado por el testigo en la entrevista que rindió en la fiscalía y la cual obra en acta a folio 101 de la carpeta 2, en la que afirmó que el interés cobrado debía estar bajo los parámetros de ley. Luego, a juicio del togado tutelar, en ese momento el abogado debió impugnar la credibilidad basándose en lo preceptuado en el numeral 6 del artículo 403 de la ley 906 de 2004.

La trascendencia de este error *-acotó-* consiste en que, de haberse impugnado ese testimonio se hubiese probado, junto con las versiones de Nancy Ortiz, Claudia Ocampo y Nancy Alcalá, que la tasa de interés cobrada en los créditos era la máxima legal permitida, 2.5% para ese momento, lo que hubiera incidido grandemente en la percepción que se generaron en las instancias, pues se basaron en que el testigo en mención había reconocido una tasa de interés del 5%.

A su vez, manifestó que en la etapa de **juicio oral**, hubo una falta de conocimiento del mismo abogado, en esta ocasión, sobre la metodología para introducir las pruebas dentro de la audiencia de juicio oral, las cuales fueron decretadas en la audiencia preparatoria. Sobre el particular, destacó la expresión de la juez cuando le indicó al mandatario de turno que: *“para el uso de documentos como usted vio que lo hizo la señora fiscal, primero pone en contexto al testigo le indica que para efectos de que refresque memoria o impugnar credibilidad va a ser uso de un documento que ya debió ser solicitado como prueba en la audiencia preparatoria, primero tiene que correrle traslado a la señora fiscal, al representante de víctimas y luego sino hay*

ningún reparo él debe contextualizarlo para que usted de la respuesta y ponérselo de presente para que usted lea el contenido de ese documento de lo contrario no puede hacer uso del entonces simplemente manifieste que no se acuerda de las condiciones o lo que recuerde Dr. usted debería tener claro cuál es la forma como un documento debe ser usado...”

Así, la falta de conocimiento respecto de la técnica para introducir la prueba documental, impidió que ingresaran las que en su momento ya habían sido decretadas. Estas son:

- 1- Proyección de pagos sobre capital de 7 millones al 2.5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Orlando Correa.
- 2- Proyección de pagos sobre capital de 7 millones al 5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Orlando Correa
- 3- Proyección de pagos sobre capital de 7'600.000 al 2.5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Alfredo Lozano.
- 4- Proyección de crédito o pagos de 1 millón a 3 meses al 2.5% mensual.
- 5- Audiencia pública que trata el artículo 439 del C.P.C. modificado por la ley 1395 dentro del proceso ejecutivo de única instancia de Jairo Moreno Betancourt contra Rafael Rubio Lara con radicado 2011- 00383, adelantado en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Girardot.

A su vez, arguyó que esas pruebas iban encaminadas a probar la existencia de los créditos que el señor Jairo Moreno les otorgó a los denunciados, con las cuales podía acreditar que los pagos hechos por las presuntas víctimas no estaban

dirigidos a la obligación hipotecaria sino a otros créditos otorgados por el señor Moreno, situación que quedó huérfana de respaldo por la impericia de la defensa.

Y, finalmente, en relación con la abogada Ruth Moreno, reiteró que la falencia se concentra en que debió actuar con diligencia y corroborar la efectiva formulación del recurso de casación, esto es, verificar la recepción del documento contentivo del mismo por parte del destinatario, para el caso, el Tribunal Superior de Cundinamarca. Así al no hacerlo, no se dio curso al aludido medio de impugnación.

PRETENSIONES

Van dirigidas a que se conceda la dispensa constitucional y, en consecuencia: *“se declare la nulidad de lo actuado desde la Audiencia preparatoria o en su defecto desde la audiencia de juicio oral donde rindieron testimonio los señores Alfredo Lozano y Jairo Moreno, para efectos de poder subsanar dichos errores a través de la solicitud y practica de las pruebas descritas en el interior de esta tutela”*.

INFORMES DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca ratificó el recuento procesal hecho en precedencia y, en lo tocante al cuestionamiento presentado en la demanda, indicó que la sentencia de segunda instancia,

confirmatoria de la condena en contra de los procesados, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente que permite desechar la consolidación de alguna causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el canon 1º del Decreto 333 de 2021, es competente esta Sala de Tutelas para pronunciarse sobre la actual demanda, en tanto ella involucra al Tribunal Superior de Cundinamarca, del cual es superior jerárquico.

Según se tiene dilucidado, toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política con miras a obtener la protección inmediata de sus prerrogativas constitucionales, cuando por el proceder u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la Ley, siempre que no concurra otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Para la procedencia de la acción de tutela se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y

quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de auxilio debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta las garantías que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

Al examinar el contenido del libelo introductorio, encuentra la Sala que el problema jurídico se contrae a verificar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca y el Juzgado Primero Penal Municipal de Girardot, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de **Leonor García de Guevara** y **Jairo Moreno Betancourt**, al interior del proceso penal seguido por el delito de estafa, de radicación 25307600040120118049802, en el que fueron condenados a una pena de 46 meses de prisión.

Para el apoderado de los accionantes, en dicho asunto se violaron las prerrogativas en comento, por la falta de defensa técnica que estuvo permanente en la etapa de juzgamiento. Ello, en tanto que los abogados que representaron a sus prohijados, no controvirtieron los medios de prueba de la fiscalía, no presentaron solicitudes probatorias capaces de favorecer a los implicados, ni incorporaron documentos ya decretados, al paso que dejaron

de promover oportunamente el recurso extraordinario de casación.

La Sala, a fin de resolver el problema jurídico planteado, atenderá la línea jurisprudencial que ha establecido esta Corporación¹, sobre la procedencia de la acción de tutela por ausencia material de defensa técnica.

En efecto, aunque en varias oportunidades se ha indicado (recientemente en STP 4547-2021 y STP2900-2021) que en este tipo de casos, el reproche por indebida defensa técnica, debió formularse a través del recurso de casación, y así concluir la insatisfacción del requisito de la subsidiariedad cuando no se utilice ese medio de defensa judicial; en este caso no resulta del todo aplicable dicha lógica, si en cuenta se tiene que uno de los tópicos en que se basa la demanda, es en cuestionar *-precisamente-* la negligencia de la abogada en la presentación del recurso extraordinario.

En todo caso, aunque la réplica invocada involucre una presunta violación al derecho de defensa -lo cual podría dar lugar superar el requisito en mención de forma excepcional-, de manera alguna dicha prerrogativa se observa quebrantada y consecuente con ello, no se hace necesaria la intervención del juez constitucional, como pasa a explicarse.

Sobre el particular, esta Sala² tiene establecido que

¹ CSJ STP5406-2018, 24 abr. 2018, rad. 98080; STP8176-2018, 19 jun. 2018, rad. 98908; STP1196-2019, 05 feb. 2019, rad. 102151.

² CSJ STP11288-2017, 01 ago. 2017, rad. 92987; STP680-2018, 23 ene. 2018, rad. 95980.

para considerar que se presenta la vulneración del núcleo esencial del derecho fundamental a la defensa técnica es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos³:

- i. Que sea evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, que no encuadre dentro del margen de libertad con el que cuenta para escoger la estrategia de defensa adecuada.*
- ii. Que la deficiencia en la defensa no sea endilgable al procesado o resultado de su propósito de evadir la justicia.*
- iii. Que la falta de defensa material o técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial.*
- iv. Que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración manifiesta de los derechos fundamentales del procesado.*

Lo anterior porque “...si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o no aparejan una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra la respectiva decisión judicial”⁴.

En este caso, la censura constitucional se centra en que, en el proceso penal seguido en adversidad de **Leonor García de Guevara y Jairo Moreno Betancourt**, adolecieron desconoció de una debida defensa técnica, palpable en varios momentos de la etapa de juzgamiento, desde las solicitudes probatorias, la controversia a las presentadas por la fiscalía, la incorporación de documento e, inclusive, en la no presentación oportuna de recurso extraordinario de casación.

³ CSJ STTP2177-2021, 2 mar. 2021, rad. 115203.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-106 de 2005.

Respecto al defecto procedimental por falta de defensa técnica, es necesario aclarar que la acción de tutela no es procedente para enmendar errores o negligencias del procesado o de su abogado al interior de una determinada actuación judicial, toda vez que resulta insoslayable que se demuestre cómo el actuar del apoderado fue meramente formal y, a raíz de esto, se constate una ausencia de representación que sea determinante y trascendente en el sentido del fallo.

En este orden, en el asunto bajo examen al estudiar las pruebas obrantes en el expediente, la Sala no avizora que se encuentren configurados los requisitos indispensables para concluir que la defensa prestada por los abogados que hicieron parte del trámite procesal constituye una vulneración a la defensa técnica de los demandantes.

Lo anterior, en atención a que la Sala ha sido categórica en sostener que la pasividad en el encargo de la misión defensiva no es suficiente para tener como vulnerada esta garantía constitucional y, tampoco, para acreditar la existencia de una causal de procedibilidad de la acción de tutela o vía de hecho.

Ello, en la medida que la inactividad del defensor puede constituir una estrategia defensiva, sin que ello permita considerar indefectiblemente un abandono o infidelidad a sus deberes, como lo quiere hacer ver el libelista.

Así, aterrizando en cada momento planteado en la tutela, se tiene que en desarrollo de la **audiencia**

preparatoria, concretamente en las solicitudes probatorias, cuestionó el apoderado demandante, que el representante judicial de turno no hubiera solicitado como testigo a la Notaría Primera de Girardot, Margarita Iriarte, pues fue ella quien elaboró la escritura pública, contentiva del negocio civil en el que, presuntamente, se ejecutó la estafa, y quien podría acreditar su redacción, con lo cual, se hubiera demostrado que el presunto engaño no se originó con la suscripción de esa escritura, pues no fueron los accionantes los autores materiales.

Sobre el particular, la Sala advierte una escasez de la carga argumentativa y probatoria necesaria para demostrar cómo la aparente ausencia de defensa fue determinante o trascendente en el sentido del fallo condenatorio emitido en su contra.

Téngase en cuenta que los hechos del proceso se limitan a un préstamo de dinero, solicitado por los denunciados a los procesados, en el que, para garantizar su pago, los últimos colocaron como requisito la firma de la escritura de hipoteca sobre un predio como garantía, en favor de la procesada Leonor García De Guevara, por el monto de \$7'000.000, a un interés mensual del 2%, con vigencia de 6 meses. Luego, para las instancias, se dio por demostrado el elemento fundamental del delito de estafa, relativo al engaño, al momento de protocolizarse la aludida escritura, pues ambos procesados le hicieron creer a Rafael Rubio (víctima) que los pagos debía efectuarlos a uno de los acusados, Jairo Moreno Betancourt, lo cual no fue cierto, pues los diferentes abonos nunca estuvieron dirigidos a saldar esa deuda, generando entonces el inicio del proceso ejecutivo que trajo

consigo una afectación económica a los afectados, en la medida que se vieron obligados a volver a pagar el crédito.

Es así como, si bien en la demanda de tutela se expuso que la trascendencia estaba dada en la importancia de la escritura pública, también lo es que su redacción no fue un aspecto determinante para la responsabilidad penal declarada en las instancias, pues, independiente de quién la confeccionó, lo cierto es que a ese negocio jurídico concurrieron las partes involucradas, víctimas y procesados, quienes al momento de suscribirla hicieron suyo el contenido del documento.

Además de lo anterior, se verifica que la sentencia de segundo grado basó sus argumentos en que la maniobra engañosa, consistente en hacerle creer a la víctima Rafael Rubio, que debía pagar la deuda al procesado Jairo Moreno, no estaba expresamente consignada en la escritura pública, de manera que el contenido de ese documento poco incidió en la demostración del delito.

Por otro lado, en la **etapa del juicio**, destacó el libelista que por falta de pericia del abogado, no se aprovechó la oportunidad de impugnar la credibilidad del testimonio de Alfredo Lozano en lo referente a la tasa de interés que se cobró en los créditos; sin embargo, ese aspecto tampoco resultó relevante al momento de consolidar la responsabilidad penal y, por contera, carece de trascendencia.

Lo anterior si en cuenta se tiene que no se edificó la condena en el cobro de intereses superiores al permitido legalmente, ni tampoco la tasación del mismo al 5%, fue el resultado exclusivo del testimonio cuya controversia extrañó el libelista, pues en el fondo para consolidar el hecho que los procesados estaban habituados a cobrar el 5% en sus prestamos de dinero, se rodeó la afirmación de varias pruebas, entre ellas la de Alfredo Lozano, pero también las de Claudia Patricia Ocampo y Rafael Rubio, lo cual resta importancia al eventual impacto que pudiera tener una confrontación hipotética sobre uno de los tres testigos en los que se basó el Tribunal para ratificar esa circunstancia.

Adicionalmente, para el apoderado tutelar, también se acentuó la indebida defensa técnica en el **juicio oral**, al no poderse introducir, por desconocimiento de la técnica, varias piezas documentales dirigidas a determinar que los pagos hechos por las presuntas víctimas no estaban orientados a la obligación hipotecaria sino a otros créditos otorgados en favor del coacusado Jairo Moreno, lo cual explicaba el por qué a pesar de recibir los abonos, éstos nunca cubrieron la obligación hipotecaria.

Esos documentos fueron: (i) proyección de pagos sobre capital de 7 millones al 2.5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Orlando Correa, (ii) proyección de pagos sobre capital de 7 millones al 5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Orlando Correa, (iii) proyección de pagos sobre capital de 7'600.000 al 2.5% desde el 25 de septiembre de 2003 de Alfredo Lozano, (iv) proyección de crédito o pagos de 1 millón

a 3 meses al 2.5% mensual y (v) audiencia pública que trata el artículo 439 del C.P.C. modificado por la ley 1395 dentro del proceso ejecutivo de única instancia de Jairo Moreno Betancourt contra Rafael Rubio Lara con radicado 2011-00383, adelantado en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Girardot.

En ese punto, dígase que no se halla punto de conexión entre la prueba documental y el objeto probatorio señalado, principalmente porque para demostrar el destino de cada pago hecho por la víctima, no se explicó cómo a partir de varias proyecciones de crédito y una audiencia pública se podría acreditar que los abonos hechos por el afectado iban orientados a otra deuda contraída con el procesado Jairo Moreno, la cual nunca se pudo probar – *a partir de lo indicado en el fallo condenatorio de segundo grado*-.

Y, en lo relativo a la falta de presentación oportuna del recurso de casación, en esta ocasión ni si quiera se advierte un esfuerzo argumentativo del libelista en sustentar la trascendencia de ese evento, siendo insostenible el argumento consistente en que, por la simple ausencia del medio de impugnación en mención, sea meritorio concluir una violación del derecho de defensa.

Más allá de demostrar la inactividad del defensor, lo relevante era indicar de qué manera esa pasividad redundó en perjuicio del justiciable, es decir, de qué forma la actuación que se echa de menos tuvo incidencia en la responsabilidad que le fue deducida, análisis que se extraña.

Finalmente, deviene palmario que durante el curso del

proceso penal adelantado en contra de **Leonor García de Guevara** y **Jairo Moreno Betancourt** se les garantizó a plenitud su derecho a la defensa técnica, quedando entonces sin sustento la censura elevada por el accionante pues, contrario a su dicho, la absoluta orfandad defensiva que depreca no encuentra respaldo en la realidad del proceso, si en cuenta se tiene que fueron asistidos por varios defensores que desplegaron un comportamiento activo, hasta el punto que elevaron el asunto a segunda instancia con la formulación de sendos argumentos dirigidos a derruir el fallo de primer nivel.

En síntesis, en este asunto es clara la improcedencia de la petición de amparo invocada por los accionantes para cuestionar la actuación procesal que en su contra se siguió y que, se adelantó con respeto de sus garantías prevalente. Por tanto, se negará el amparo de los derechos invocados.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la demanda de tutela promovida por **Leonor García de Guevara** y **Jairo Moreno Betancourt**, conforme se precisó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente, en el evento que no sea impugnada ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la presente determinación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



GERSON CHAVERRA CASTRO



EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria