

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

FECHA	28/10/2021
SEÑOR MAGISTRADO	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ASUNTO	ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL
ACCIONANTE	HERNAN GORDILLO (C.C. 79.503.328), RESPRESENTADO POR JAIR ALFONSO ROBAYO MORENO (TP243760) (C.C.1014214009)
ACCIONADOS	TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (MP María Judith Duran Calderón), SALA PENAL Y EL JUZGADO PENAL NOVENO DE CONOCIMIENTO.
PROCESO RAD	110016000013200903126

Yo **JAIR ALFONSO ROBAYO MORENO**, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá y portador de la cédula de ciudadanía **No. 1014214009** de Bogotá; con tarjeta profesional 243760, actuando en nombre de WEIMAR HERNAN TRUJILLO identificado con cédula de ciudadanía No. 79.503.328, con todo respeto manifiesto a usted que en ejercicio del derecho de tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, por medio del presente escrito formulo acción de tutela contra PROVIDENCIA JUDICIALES, expedidas por los Juzgados NOVENO DE CONOCIMIENTO Y EL TRUBUNAL SUPRERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ dentro del proceso de rad 110016000013200903126.

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que declare sin efectos la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado Noveno Penal del circuito de Conocimiento y el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA PENAL, al violentarse varias garantías constitucionales y del Bloque de constitucionalidad.
- 1.2. Que, en consecuencia, sea decretada la nulidad del proceso, desde antes de la radicación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, la cual deberá corregir las distintas anomalías del proceso penal, de querer volver a presentar el escrito de acusación.
- 1.3. Alternativamente que sea declarada la nulidad en la etapa que considere pertinente esta Honorable Corporación.

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magister en teoria jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magister de derecho procesal.
Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

2. HECHOS

2.1. HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

2.1.1. El día 14 de abril de 2009 mí prohijado recibió una consignación por la suma de \$145.000.000 (ciento cuarenta y cinco millones de pesos) a la cuenta de su empresa CONEXIÓN LABORAL.

2.1.2. En horas del mismo acudí a la sucursal, dado que se me informa que hay anomalías con mi consignación, motivo por el que me encontraba con al Gerente de esa sucursal.

2.1.3. Mi cliente pensó que el dinero de la tracción motivo de este proceso, procedía de un contrato que tenía un contrato con SATENA AEROLÍNEA DEL ESTADO, de referencia con el cual se le adeudaba una cantidad superior tres veces superior, y pensó que ese dinero era un abono perteneciente a dicha cuenta (documento que reposa en el expediente).

2.1.4. Al llegar al banco mi cliente es capturado por una supuesta irregularidad presentada en la cuenta corriente N° 053-047782-05 de la empresa SOL NACIENTE, a quien tenía como representante legal en ese momento a el señor JORGE EDUARDO ABONDANO, quien llegó al banco y manifestó no haber realizado dicha transacción.

2.2. HECHOS SEGÚN LA SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. Del escrito de acusación se extracta que la presente investigación se inicia mediante informe de fecha 15 de abril de 2009 elaborado por investigadores del CTI, donde dan cuenta de haber recepcionado en dicha fecha una llamada telefónica del ciudadano SERGIO LONDONO, quien en ese momento laboraba en el departamento de seguridad del Bancolombia de la ciudad de Medellín, quien relata que para el 14 de abril de 2009 a eso de las 14:00 horas, el sistema del banco detectó irregularidades en unas operaciones bancarias en la cuenta corriente No 053-047782-05 perteneciente a SOL NACIENTE cuyo representante legal es el señor JORGE EDUARDO ABONDANO quien al ser informado, se presentó en el banco expresando no haber realizado esa transacción del

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

14 de abril de 2009 consistente en el traslado de dineros electrónicamente.

- 2.2.2.** Que trasladándose los funcionarios del CTI a la sucursal San Luis ubicada en la diagonal 63 No 17-15 en la ciudad de Medellín, donde se encontraban dos personas realizando unos retiros del dinero producto de la transferencia desde la cuenta de SOL NACIENTE, se entrevistaron con la señora LUZ MIRYAM GARNICA quien conociendo de estos hechos, les señaló las dos personas que estaban haciendo el retiro de ese dinero por el monto de \$160.000.000 de la cuenta de ahorros perteneciente a la señora ADRIANA MARÍA ALVAREZ AGUAS quien era la titular de la cuenta; tales personas fueron identificadas como WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS y la precitada titular de la cuenta a quienes se les dio captura junto con los señores DIEGO ALEXANDER HERNANDEZ y JUAN PABLO AYA quienes se encontraban a las afueras del banco esperando dentro de un automotor a los dos capturados iniciales.
- 2.2.3.** Se cuenta así, con la denuncia del señor JORGE EDUARDO ABONDANO informando el haber recibido una llamada y acudido a banco donde fue informado de una transacción realizada electrónicamente desde su cuenta por valor de \$260.000.000 en dos montos de **\$145,000.000** y otra de \$115.000.000 asegurando que igualmente le fue sustraído de su cuenta personal la suma de \$90.000.000 para un total de \$350.000.000.
- 2.2.4.** Se relacionan en el escrito de acusación, las labores investigativas adelantadas con ocasión de la denuncia señalándose que del monto total hurtado fueron trasladados así: \$115.000.000 con destino a la cuenta del señor CARLOS ALFONSO SALAMANCA, \$145 000.000 hacia la cuenta de Conexión Laboral cuyo representante legal es WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS (dinero que el mismo día fue trasladado a la cuenta de ADRIANA MARIA ALVAREZ AGUAS) y \$90.000.000 a la cuenta del señor RENSO RODRIGO BERNAL BALVUENA.

2.3. HECHOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

- 2.3.1.** *“La presente investigación se inicia mediante informe de fecha 15 de abril del año 2009 suscrito por los investigadores del CTI EDWIN ALEXANDER CIFUENTES BASTIDAS y PEDRO MURCIA, Dan cuenta que en esta fecha se recepciono llamada telefónica del ciudadano SERGIO LONDOÑO, persona que labora en el departamento de seguridad de Bancolombia en la ciudad de Medellín e informa que el día 14 de abril del año 2009 aproximadamente a las 14 horas el sistema del banco detecto irregularidades en unas operaciones bancarias en la cuenta corriente No*

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

053-047782-05 perteneciente a SOL NACIENTE, cuyo representante legal es el señor JORGE EDUARDO ABONDANO y que el banco le comunico de esa transacción al afectado, señor ABONDANO, quien de inmediato se presentó en las oficinas del banco Bancolombia, sucursal carrera 10 y allí expreso que el como representante legal de SOL NACIENTE para esa fecha (14 de abril-2009) no había realizado traslado de dineros electrónicamente a ninguna cuenta.

2.3.2. Por lo anterior y según la conversación telefónica que se sostuvo con el funcionario de seguridad del citado banco, los investigadores del CTI se trasladaron hasta la sucursal San Luis ubicada en la diagonal 63 No 17-15, por cuanto allí se encontraban dos personas realizando unos retiros de dinero producto de haber sido transferido el dinero desde la cuenta de sol naciente, hacia otra cuenta y se encontraban realizando retiros por ventanilla.

2.3.3. Al llegar a la citada sucursal entrevistaron a la gerente señora LUZ MIRIAM GARNICA GIL **identificada con C.C. No 51.960 161**, persona esta que ya tenía conocimiento de los hechos y les expreso y señalo que dentro da la oficina se encontraban dos personas realizando solicitud de retiro de \$ 160.000.000,00 de pesos de la cuenta de ahorros No 53-279159-34 perteneciente a Adriana María Álvarez Aguas, que no se les había entregado el dinero por cuanto ya existía información de la transferencia irregular de dineros desde la cuenta de SOL NACIENTE hacia la cuenta de CONEXIÓN LABORAL.

2.3.4. Las personas fueron identificadas como WEIMAR HERNÁN GORDILLO SALINAS C.C. No 79 503.328 y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZ AGUAS C.C. N° 52.875.143 a quienes se les dio captura dentro del banco, a su vez se capturaron a otras dos personas de nombre DIEGO ALEXANDER HERNANDEZ C.C. No 79.879.228 y JUAN PABLO AYA ORTIZ C.C. N° 80.068.719, estas se encontraban en la parte externa del banco esperando dentro de un automotor a las dos personas primeras personas que se les había dado captura.

A su vez se recepcionó denuncia al señor JORGE EDUARDO ABONDANO LEON identificado con la C.C No 19.327 956, manifestó que el día 14 de abril 2009 en su oficina recibió llamada telefónica de la señora MARGARITA TORRES, directora de servicio al cliente oficina carrera 10, solicitándole que, si él había realizado transacciones electrónicas de dinero el día 14 de abril del 2009, a lo cual le contesto que no. De inmediato se dirigió a dicha sucursal, allí se enteró que de la cuenta corriente No 053-04778205 que él representa de SOL NACIENTE le habían sustraído electrónicamente en dos transacciones la suma de \$260.000.000,00 de pesos, una por valor de \$145.000.000,00 de pesos y otra por \$115.000.000,00 y de la cuenta personal No 053-05292409 le habían sustraído la suma de \$90.000.000,00 de pesos, para un total de \$350.000.000,00 de pesos.”

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

3. ACTUACIONES PROCESALES

3.1. Primera instancia

- El 28 de agosto de 2009 fue realizada la imputación en el juzgado 71 penal municipal con función de control de garantías, a mi cliente, por el delito de hurto calificado y agravado, cargos a los que no se allano mi cliente.
- La sentencia de primera instancia del juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá resultó condenatoria.

3.2. Segunda instancia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con Magistrado ponente MARIA JUDITH DURAN CALDERÓN, por el delito de Hurto calificado y agravado, que confirmó el fallo de primera instancia.

3.3. Recurso extraordinario de casación

Respecto de recurso extraordinario de casación mi cliente junto con el abogado de ese momento, presentaron recuso de casación, el cual fue rechazado junto con la respectiva insistencia como se explica más adelante en el defecto procedural, en el título de falta de defensa técnica.

3.4. ACTUACIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA FALTA DE DEFENSA TÉCNICA

Ver en el acápite de defecto procedural, el título de falta de defensa técnica.

4. MEDIOS DE PRUEBA DENTRO DEL PROCESO

4.1 Testimoniales

4.1.1. Testigo de cargo JORGE EDUARDO ABONDANO LEON, persona afectada en sus cuentas de BANCOLOMBIA.

4.1.2. Testigo de cargo LUZ MIRIAM GARNICA GIL gerente sucursal San Luis, se ubica en Sucursal de Bancolombia en Diagonal 63 N° 17-15 Bogotá.

4.1.3. Testigo de cargo EDWIN ALEXANDER CIFUENTES BASTIDAS Investigador CTI Se ubica DIAGONAL 22 N° 52 -01, CEL 316.869.53.20 y/o por intermedio de este delegado.

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en Teoría Jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

4.1.4. Testigo de cargo, MARGARITA TORRES CASTRO directora servicio el cliente Bancolombia carrera 10 Bogotá.

4.1.5. Testigo de acreditación dactiloscopista del CTI CLARA EMILSE ALDANA BLANCO se ubica en el nivel central Bogotá

4.1.6. Testigo de acreditación, dactiloscopista SIJIN, ALDEMAR JOSE RODRIGUEZ ZABALA.

4.1.7. Testigo de acreditación dactiloscopista SIJIN, RODRIGO SIERRA PARRA.

4.1.8. Testigo de cargo investigador JOSE MARTINEZ, adscrito a la SIJIN.

5. DOCUMENTALES

5.1. Antecedentes de los implicados.

5.2. Informe flagrancia de fecha 15 de abril 2009.

5.3. Denuncia formulada por JORGE ABONDANO.

5.4. Informe de dactiloscopia suscrito por el por el técnico del CTI, CLARA EMILSE ALDANA.

5.5. Informe de dactiloscopia suscrito por los técnicos de la SIJIN ALDEMAR JOSE RODRIGUEZ ZABALA y dactiloscopista SIJIN RODRIGO SIERRA PARRA. Con sus anexos.

5.6. Extractos bancarios de las cuentas corrientes de CONEXIÓN LABORAL, Adriana María Álvarez Aguas, Carlos Alfonso Salamanca Corredor y Renso Rodrigo Bernal Valbuena, las mismas son de Bancolombia, se encuentra en cadena de custodia. (Los cuales no fueron valorados)

5.7. Copias de extractos de las cuentas Sol Naciente y personal de JORGE ABONDANO

6. TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALIA

“La Fiscalía Anunció que probará la materialidad y responsabilidad de cada uno de los aquí implicados en los delitos acusados porque, para el 14 de abril de 2009 fueron afectadas dos cuentas (una de persona natural y la otra de persona jurídica) pertenecientes al Bancolombia, así precisó que con los diferentes testigos que traerá al juicio se evidenciará que de dichas cuentas bancarias fue sustraída la suma de \$350.000.000, que parte de este dinero fue a parar a la cuenta de la empresa CONEXIÓN LABORAL representada por el indiciado WEIMAR HERNAN GORDILLO, otro tanto de ese dinero resultó en la cuenta del ciudadano RENSO RODRIGO BERNAL y el monto restante en la cuenta del señor CARLOS ALFONSO SALAMANCA.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Aclaró además que de la cuenta de CONEXIÓN LABORAL se surtió un andamiaje para la ocultación del dinero, porque el monto sustraído se remitió a la cuenta personal de la señora ADRIANA ALVAREZ AGUAS, informa que fue por esta serie de transferencias entre WEIMAR y ADRIANA, que tal funcionaria del Bancolombia se percató de la irregularidad y acudió al CTI, éste se hizo presente en las instalaciones del Banco capturando a estas personas junto con otras dos que las esperaban a las afueras de la entidad financiera. Refiere además que, en el trascurso de la investigación, se dio aplicación al principio de oportunidad para CARLOS SALAMANCA por su eficaz colaboración con la justicia de donde se vinculó en la investigación, a otro sujeto que se encuentra procesado bajo otro radicado."

7. Resumen de la Práctica de los testimonios

7.1. El testigo **JOSE ALFREDO MARTÍNEZ SANTOS** rindió declaración en calidad de Investigador de la Fiscalía relatando el haber obtenido los extractos bancarios (mediante búsqueda selectiva en base de datos con la respectiva gestión documental en el banco y conservados en cadena de custodia) extractos relacionados con: la señora ADRIANA ALVAREZ, de la empresa CONEXIÓN LABORAL, de RENSO RODRIGO BERNAL y de CARLOS SALAMANCA, aclarando que el representante de CONEXIÓN LABORAL es el señor WEIMAR GORDILLO. Describiendo tales documentos, mencionó que a la señora ADRIANA ALVAREZ le registra el número de cuenta 53-279159-34 y que para el 14 de abril de 2009 le figuran | dos pagos de nómina por \$59.500.000 y por \$144.800.000; en cuanto al señor RENSO informó que el número de cuenta es el 24621612787 a quien para la misma fecha les registra un pago a proveedores por \$90.000.000.

7.2. La señora **DIANA MARCELA POSADA**, Coordinadora de seguimientos transaccional para la detección de fraudes en Bancolombia, también declaró en juicio aduciendo que para el mes de abril del año 2009 laboraba en esa misma entidad como Auxiliar Administrativa de la misma área y presentándoles los documentos para refrescar memoria precisó que de la investigación adelantada para este caso, se determinó que los números de cuenta del afectado eran las 05304708205 y la 05305292409 de donde emigraron dineros a las cuentas 341-17469422, 57343015391 y 24621612787, Comunica además que ésta información fue obtenida del sistema de Bancolombia con la utilización de su usuario dposada@bancolombia.com y le habían solicitado esta información porque cliente hizo la reclamación de dineros hurtados de su cuenta, aclarando que la cuenta afectada era de Sol Naciente. Agregó que el fraude fue reportado por la cuenta origen y que los valores trasferidos por sucursal virtual, corresponden a las sumas de \$150.000.000, \$145.000.000 y \$90,000.000,

7.3. La señora **MARÍA DEL PILAR GONZALEZ TOBON**, testigo quien refirió que para la fecha de los hechos ella desempeñaba el cargo de Supernumeraria en Bancolombia; con dicha funcionaria fue incorporado el informe interno de

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Bancolombia donde se averiguó el fraude realizado por sucursal virtual obteniéndose como resultados que: "el cliente afectado fue Sol Naciente por valor de \$350.000.000, no se determinó ninguna responsabilidad del cliente, se verificaron los usuarios que consultaron la cuenta afectada en este caso, y no se encontró ninguna irregularidad, por lo anterior se descartó una implicación interna en el Banco al respecto, las transacciones desconocidas por el cliente obedecen a pagos a terceros las cuales fueron realizadas mediante la correcta validación de los usuarios y su respectiva sucursal virtual de empresas Bancolombia y finalmente se informó que a la empresa Sol Naciente se le realizó un abono por \$350.000.000 el día 27 de abril de 2009".

Aclaró que la transacción fue realizada exitosamente lo que implica que se superaron todos los sistemas de seguridad, que el Banco tiene para hacer estas operaciones y - refiere que las cuentas receptoras fueron las del señor CARLOS ALFONSO SALAMANCA por valor de \$115.000.000, CONEXIÓN LABORAL por valor de \$145.000.000 y la de RENSO RODRIGO BERNAL por valor de \$90.000.000, a través de trasferencias virtuales y con la participación de seis direcciones IP (siendo esto el registro del computador desde donde se intenta hacer la transacción virtual). Informó que CARLOS SALAMANCA retiró el dinero de su cuenta tan pronto ingresó y contrainterrogada, también expuso que para sacar el dinero se requería de información confidencial como: el NIT de la empresa, usuarios y claves a las cuales Bancolombia no tiene acceso. Finalmente, explicó que el tiempo tomado para la devolución de los dineros es diferente en cada caso y que las direcciones IP las obtuvo consultando con los proveedores de la página de internet del banco añadiendo que el saldo de Conexión Mora para el 30 de abril del año 2009 era de \$246.526.802

7.4. La señora **LINA MARIA MESA CASTRILLON** exponiendo que para el año 2009 ella era la Auxiliar de Requerimientos Legales de la entidad bancaria, reconociendo un oficio elaborado de Sol Naciente quien era cliente del banco y dirigido ante la fiscalía quien indagaba sobre los movimientos de esa cuenta, aseguró que la información dada, la sacó de la base de datos de Bancolombia, presentándole el correspondiente informe hizo mención del número de cuenta asignado a Sol Naciente, las cuentas destino; así mismo, explicó que ese look transaccional (solicitado al personal de sistemas) es la información de las transacciones donde se revelan los registros de cada operación y que las personas autorizadas para dichas operaciones son los beneficiarios quienes necesitan de un número de cuenta y la clave la cual asigna de manera personal,

7.5. Investigador del **CTI, EDWIN ALEXANDER CIFUENTES** atestiguo que estando en el área de informática para el año de los hechos, realizó la captura en flagrancia el 15 de abril de 2009 de cuatro implicados y, refrescando memoria con el correspondiente informe, precisó que ello aconteció en la Sucursal de Bancolombia ubicada en la Diagonal 63 N° 17-15 ya que esas unidades de investigación tenían

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

un convenio con Asobancaria pues en casos de fraudes les llamaban para hacer actos urgentes. Así las cosas, puntualizó que para aquel día fueron llamados por el área de seguridad ante un posible fraude electrónico donde la víctima era Sol Naciente y que desde el día anterior se venían registrando movimientos sospechosos, informó el haberse comunicado con la posible víctima (el señor ABONDANO) quien les confirmó la información del día anterior y decidieron ese mismo día recepcionarle la correspondiente denuncia. Refiere también que la Gerente de la sucursal de nombre LUZ MIRYAN GARNICA corroboró la información con el área de seguridad del banco en el sentido que los capturados pretendían retirar el dinero transferido fraudulentamente; señaló que dentro del banco, estaba la señora ADRIANA y el señor WEIMAR y afuera de las instalaciones, les esperaban los señores JUAN PABLO AYA y DIEGO HERNANDEZ personas que fueron también fueron aprehendidas y los dos primeros fueron capturados en gerencia cuando solicitaban el retiro del dinero quienes adoptaron una actitud normal para aquel momento.

Igualmente, describió que a los clientes se les solicitó el soporte de la transacción realizada desde el día anterior pero no contaban con el mismo y que la captura también “ la soportó con un oficio radicado por el afectado donde daba cuenta de la transacción fraudulenta; añadió que a partir de una reforma legislativa, para aquel entonces no se requería esperar hasta el retiro del dinero porque ya se había previsto "la trasferencia no consentida de activos"; pero advirtió que no verificó sobre este aspecto ya que para ello requería de una búsqueda selectiva en base de datos y de hacerlo, cometería una ilegalidad. Respondiendo otro de los interrogantes de la defensa, el testigo expuso que desde el día anterior las cuentas habían quedado marcadas y por ello existía la sospecha

8. MEDIOS DE PRUEBA Y DOCUMENTOS APORTADOS EN LA PRESENTE ACCIÓN

- 8.1.** Cédula de ciudadanía del señor Hernán Gordillo Salinas.
- 8.2.** Cedula de ciudadanía de Jair Alfonso Robayo Moreno.
- 8.3.** Tarjeta profesional de Jair Alfonso Robayo Moreno.
- 8.4.** Declaración Extra juicio de Weimar Hernán Gordillo Salinas, relacionada a sus escasos conocimientos en el Derecho Penal y proceso.
- 8.5.** Sentencias condenatorias del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (M.P María Judith Duran Calderón), SALA PENAL Y EL JUZGADO NOVENO DE CONOCIMIENTO.
- 8.6.** Providencia por la que es inadmitido el Recurso Extraordinario de Casación, de mi poderdante de fecha del 21 de abril del presente año (ya que, el caso del otro condenado RENSO RODRIGO BERNAL VALBUENA, si fue aceptado)

9. SOLICITUDES PROBATORIAS

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magister en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magister de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Con base en lo preceptuado por parte Corte Constitucional,

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-074 de 2000 señaló que “*de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela goza de amplias facultades con miras a establecer la verdad de los acontecimientos que se llevan a su análisis y las verdaderas circunstancias del caso controvertido. A juicio de la Corte, el juez debe utilizar esas posibilidades para asegurar así la inmediación que requiere con el objeto de acertar en su fallo. Si no lo hace, corre el riesgo de dejar desprotegidos derechos fundamentales que merecen protección o de obrar, por el contrario, con tal precipitud que ampare situaciones que no requieren la intervención judicial o respecto de las cuales ella no cabe.*” En el mismo sentido, en providencia T- 699 de 2002, esta Corporación sostuvo que “*a los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales.*” T-131-2007.

Se solicita de manera respetuosa por esta honorable Corporación, realice una inspección al proceso de rad: 110016000013200903126 y lo que su Señoría considere pertinente en el marco del poder oficioso que otorga el conocer de una acción de tutela.

10. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Conforme a los hechos acaecidos y las actuaciones judiciales realizadas por los despachos accionados, es clara, la vulneración al principio constitucional de la dignidad humana¹ (art. 1. C.P.) (derecho que implica el amparo y fundamentalidad de los demás derechos), en cuanto a su ámbito, referente a recibir un trato humano en conexidad con el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades (art. 13 C.P.) y debido proceso (art. 29 C.P.) en cuanto a los subprincipios de legalidad, debido proceso probatorio y acceso a la justicia. Por su parte, en virtud del bloque de constitucionalidad, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** en sus artículos 2 (Igualdad ante la ley), 6 (Derecho a la constitución y a la

¹ Al respecto la Corte Constitutional explica:

Esta Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo (T-291 de 2016) (Resaltado fuera de texto)

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

protección de la familia), 18 (Derecho de justicia.), 25 (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y 26 (Derecho a proceso regular); de la **Convención Americana sobre derechos humanos** los artículos 8 (Garantías Judiciales) 24 (Igualdad ante la Ley) y 29 (**Normas de Interpretación “principio pro homine”**); el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5**; y por último los **PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS** en sus principios I (Trato humano), II (Igualdad y no-discriminación), XXV (Interpretación, “*pro homine*”), V (Debido proceso legal) y en el numeral 4 (Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad Principio). La violación a dichos enunciados normativos, es explicada a continuación, y teniendo en cuenta que esta acción de tutela se ejerce contra providencia judicial, por lo cual se pasa a desarrollar los requisitos generales y posteriormente las causales específicas.

11. REQUISITOS GENÉRICOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

11.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

11.2. POR ACTIVA²

En este caso mi poderdante por ser la parte condenada, como es posible de observar en las sentencias accionadas, en el marco del proceso 110016000013200903126, es quien tiene la legitimación en la causa, actuando mediante el suscrito, como consta en el poder especial otorgado por parte de él.

11.3. INMEDIATEZ

La última providencia a impugnar es de fecha del 12 de octubre de 2018, así como la negación de la respectiva casación que **es de fecha 21 de abril del año en curso**, por lo cual, es evidente que esta acción se lleva a cabo en un plazo razonable, sin dejar de lado que el daño de la condena se mantiene en el tiempo,

² Al respecto la Corte Constitucional:

El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 regula la legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción de tutela. La norma establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso. Por su parte, la legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo, hace referencia a la capacidad legal de los destinatarios de la acción de tutela para ser demandados y para ser llamados a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º, 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y frente a particulares. SU- 479 de 2019.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

por lo cual la situación de lesión a los derechos fundamentales de mi cliente no ha cesado.

11.4. POR PASIVA

Los Despachos correspondientes al **Juzgado Noveno Penal del Circuito** de Conocimiento y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal; están legitimados por pasiva, al haber proferido y ratificado en recurso de apelación, la sentencia condenatoria en contra de mi poderdante, violentándole varias garantías procesales como ya se puso de presente.

11.5 SUBSIDIARIEDAD

Las providencias objeto de reproche en esta acción constitucional, fueron impugnadas mediante los recursos ordinarios y el recurso extraordinario de casación; no obstante, la evidente falta de defensa técnica, la adecuada valoración probatoria, las falencias investigativas y jurídicas de la Fiscalía General de la Nación y el punitivismo de proteger a como dé lugar la protección de la confianza y seguridad del sector bancario; como se explica más adelante, hizo que dichos mecanismos, que si bien, eran idóneos; no fueran eficaces, como es posible de apreciar durante todo el proceso³, así como la inadecuada técnica jurídica de la casación que es un fuerte llamado a la falta de técnica en materia de casaciones confundiendo las causales y su respectivo sustento.

De esta manera, lo que se busca con esta acción es que, al no haber más recursos, es conducente acudir a esta Honorable Corporación, a fin de que se haga justicia material y evitar un perjuicio irremediable en la lesión de garantías constitucionales y humanas.

³ En este sentido es relevante traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional, T-375-18

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

12. REQUISITOS DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

12.1. “Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plante una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública” (SU-659 de 2015. Corte Constitucional)

El presente asunto implica una relevancia constitucional en la medida que violentaron postulados constitucionales, tales como la dignidad humana⁴ artículo 1 constitucional, el principio de supremacía constitucional (art. 4⁵), trato desigual ante las autoridades y la ley (art. 13 constitucional), derecho a la libertad (art. 28⁶) al debido proceso (art. 29⁷), en su formas de principio de legalidad, debido proceso probatorio, cumplimiento de los parámetros procesales, como se explicara en cada defecto en específico, sin embargo, es claro que a mi cliente lo están condenando de manera arbitraria, sin observancia a sus garantías mínimas, aunado que no tuvo

⁴ **ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto **de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Resaltada fuera de texto)

⁵⁵ **ARTICULO 4o.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

⁶ **ARTICULO 28.** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad **judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

⁷ **ARTICULO 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, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Jurisprudencia Concordante

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

una defensa técnica que le permitiera impugnar de manera adecuada las providencias objeto de este proceso.

Por otra parte, la pena a cual fue condenado mi poderdante es alta, y sin fundamento, ya que, como es posible de apreciar en las dos providencias, hay manifestaciones claras de querer menoscabar la dignidad humana, realizando señalamientos, sin un sustento probatorio apropiado, lo que condujo a que no se respetaran los parámetros procesales de la ley 906 de 2004, tales como, realizar un escrito de acusación con hechos jurídicamente relevantes y no con hechos indicadores, sin dejar de lado que se dejó de valorar medios de prueba que daban cuenta de la buena fe de mi cliente; lo que condujo a aplicar el tipo penal de hurto calificado y agravado; de manera incorrecta, sin tener claro, la manera en que se sustrajo el dinero de la cuenta del señor ABONDANO (Empresa Sol Naciente) a la de mi cliente, complementando la ineficaz investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, quien por mandato constitucional tiene la carga de prueba (art. 250 constitucional), con un inadecuado uso de las reglas de la experiencia, al no tener más herramientas probatorias, por lo cual y tratándose principalmente de la libertad de mi cliente, es claro, como este asunto tiene una marcada relevancia constitucional.

Dicha situación, conduce a la imposición de una pena cruel, al no haber fundamentos que den cuenta que mi poderdante sustrajo los dineros de las direcciones IP, a la de su empresa.

12.2. “Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela” (SU-659 de 2015)

Como está establecido, en este proceso fueron ejercidos los recursos ordinarios y extraordinarios; sin que rindieran frutos por la carencia de una defensa técnica, y por la búsqueda exhaustiva de los despachos accionados, de la culpabilidad de mi cliente.

12.3. “Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad” (SU-659 de 2015)

Esta acción de tutela responde al requisito de inmediatez, pues la decisión que negó el recurso de casación es de fecha 21 de abril del año en curso, por lo cual, es un plazo razonable pues es un tiempo prudencial y proporcional para preparar esta acción constitucional, dada la gravedad que trae a mi cliente dicho actuar en su condición humana y existencial; así como a su familia⁸.

⁸ A este respecto la Corte Constitucional ha explicado que,

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

12.4. “Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial” (SU-659 de 2015)

Este aspecto se encuentra en el acápite de los hechos y actuaciones procesales, señalados, así como el desarrollo de los defectos en específico, sin embargo vale la pena indicar que el hecho de ir a hablar con la gerente de un banco para retirar un dinero o solucionar alguna irregularidad, no hace que las personas sean automáticamente responsables de un delito de hurto, especialmente cuando no se establece quien, cómo, cuándo y dónde; fueron trasgredidos los sistemas informáticos y las direcciones IP, para hacer un traslado en contra de la voluntad del representante de la empresa SOL NACIENTE.

12.5. “Que el fallo censurado no sea de tutela” (SU-659 de 2015)

El fallo recurrido no pertenece a uno de tutela.

13. CAUSALES ESPECÍFICAS DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

13.1. DEFECTO PROCEDIMENTAL

Este defecto fue manifiesto en el desconocimiento de la ritualidad previamente establecida y en la falta de una defensa técnica, por lo que a continuación se pasan a explicar cada uno de ellos.

13.1.1. “Defecto procedural, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto”

Este defecto se presentó en el debido proceso, una afectación sustancial de la estructura del mismo. Dado que, desde el escrito de acusación y la respectiva audiencia de acusación, solo fue estructurado con base en hechos indicadores, el caso a nivel fáctico, no da cuenta de la manera en la que mi poderdante comisionó el hurto CALIFICADO Y AGRAVADO.

(...) la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental (T-246 de 2015).

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Conforme a lo anterior, esta causal es explicada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

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”. (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 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”. (Resaltado fuera de texto) (T-367-18) Magistrada Ponente, Cristina Pardo Schlesinger.

Dichas causales resaltadas, es decir, omitir etapas sustanciales del proceso, renunciando a lo probado en el proceso, esto es, a lo que el acervo probatorio arroja, que es manifiesto en el *ad quem*, por lo que a continuación se pasan a sustentar.

13.1.2. Omitir etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso

Esta subcausal, es posible de apreciar con lo dicho por el *ad quem*, en el siguiente extracto del acápite de hechos del escrito de acusación.

2.4.2. Por lo anterior y según la conversación telefónica que se sostuvo con el funcionario de seguridad del citado banco, los investigadores del CTI se trasladaron hasta la sucursal San Luis ubicada en la diagonal 63 No 17-15, por cuanto allí se encontraban dos personas realizando unos retiros de dinero producto de haber sido transferido el dinero desde la cuenta de sol naciente, hacia otra cuenta y se encontraban realizando retiros por ventanilla.

2.4.3. Al llegar a la citada sucursal entrevistaron a la gerente señora LUZ MIRIAM GARNICA GIL identificada con C.C. No 51.960 161, persona esta que ya tenía conocimiento de los hechos y les expreso y señaló que dentro de la oficina se encontraban dos personas realizando solicitud de retiro de \$ 160.000.000,00 de pesos de la cuenta de ahorros No 53-279159-34 perteneciente a Adriana María Álvarez Aguas, que no se les había entregado el dinero por cuanto ya

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

existía información de la trasferencia irregular de dineros desde la cuenta de SOL NACIENTE hacia la cuenta de CONEXIÓN LABORAL.

2.4.4. Las personas fueron identificadas como WEIMAR HERNÁN GORDILLO SALINAS C.C. No 79 503.328 y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZ AGUAS C.C. N° 52.875.143 a quienes se les dio captura dentro del banco, a su vez se capturaron a otras dos personas de nombre DIEGO ALEXANDER HERNANDEZ C.C. No 79.879.228 y JUAN PABLO AYA ORTIZ C.C. N° 80.068.719, estas se encontraban en la parte externa del banco esperando dentro de un automotor a las dos personas primeras personas que se les había dado captura. (Resaltado fuera de texto).

De los anteriores hechos, el *ad quem* termina concluyendo con base en hechos indicadores que,

Así pues, para que los procesados sean penalmente responsables de la conducta que acá se les acusa no es menester predicar que se apoderaron de los dineros, en el sentido de ellos haber ingresado a la sucursal virtual pues pudieron hacer parte del plan criminal al ofrecer sus cuentas bancarias o el buen nombre de su empresa para construir una buena cuartada a las transacciones; en tal dirección, la jurisprudencia, al respecto, enseña (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, p 26 (último párrafo) & p. 27 primer párrafo) (Resaltado fuera de texto).

De allí que, aunque los procesados nunca fueron vinculados a ningún plan criminal forzoso resulta concluir que ellos se hicieron partícipes de los mismos en la medida en que prestaron la información necesaria para la realización de la transferencia. (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón párrafo 3 p 28) (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Por lo que, es claro cómo se renuncia a la verdad, ya que, sería cierto, si se hubiera podido establecer **quién o quienes, de qué forma, mediante qué**; fue posible que mi cliente boicoteara el sistema informático para hacer los traslados de dinero de una cuenta a otra, pero como no existe ninguna evidencia física o siquiera un indicio, que dé cuenta de esa parte del supuesto accionar criminal de mi cliente; conduce a que sean hechos no probados o premisas fácticas sin sustento, especialmente la que consiste en que mi cliente prestó su cuenta empresarial para dicho punible. Lo cierto, es que la presencia de mi cliente en la sucursal del banco, como lo establece el escrito de acusación, es un hecho indicador y no jurídicamente relevante, como lo establece la ley procesal penal, ya que, para que el escrito de acusación tenga validez, es necesario tener en cuenta los artículos 336 y 337 en su numeral 2, en relación al concepto de hecho jurídicamente relevante, a saber,

ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con **probabilidad de verdad**, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partípice.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS.

El escrito de acusación deberá contener:

1. *La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*
2. *Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible. (...)*

Por lo que, es un requisito fundamental cumplir con el lleno de requisitos en el escrito de acusación, a fin que el proceso siga su curso normal, al respecto esta Honorable Corporación ha establecido,

Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera.

La verificación del respaldo que los medios de prueba le den a los hechos jurídicamente es una labor que el fiscal debe realizar para decidir si están reunidos los requisitos legales para formular imputación y/o acusación. Más adelante se retomará este tema.

Como es apenas obvio, al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera¹¹.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.”

la determinación de los elementos estructurales del tipo penal que se atribuye al imputado o acusado, se erige fundamental y trascendente, no solo porque gobierna la esencia y finalidad de las diligencias de imputación y acusación, sino en virtud de que este conocimiento básico es indispensable para que el procesado y su defensor puedan adelantar su tarea investigativa o de contradicción, a más que irradia la pertinencia de las pruebas pasibles de solicitar en la audiencia

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

preparatoria. (Sala Penal, Sentencia SP-47922018 (52507), Nov. 7 de 2018.)

La Fiscalía General de la Nación en su Escrito de Acusación, está sustentada en hechos indicadores, mas no en hechos jurídicamente relevantes (336 y 337 ley 906 de 2004) que, en efecto, den cuenta, de la sustracción o sabotaje al sistema de Bancolombia, que permitió transferir los dineros de la cuenta del Señor Abondano (Sol Naciente) a la de mi cliente, ya que, el hecho de ir a retirar no es un acto que implique que se cumpla o materialice con el verbo rector de sustraer.

Además, tampoco fueron establecidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; de la conducta endilgada a mi cliente, ya que, solo por ir a la sucursal del Banco a hablar con la Gerente, es señalado de hurtar dichos dineros, lo cual es violatorio al debido proceso, porque, como ya se ha dicho la Fiscalía tiene la carga de la prueba, a fin de estructurar o sustentar los hechos jurídicamente relevantes, y no de estructurar hechos indicadores para obtener una sentencia condenatoria. Por lo que era necesario, que la fiscalía mediante peritos, pudieran realizar la trazabilidad a las direcciones IP, a fin de lograr esclarecer la manera y el lugar en que se realizaron las presuntas transferencias electrónicas por parte de mi cliente, y de esa manera dar cuenta del verbo rector de sustraer que era necesario cumplir con la estructura mismas del escrito de acusación, en tanto, el tipo penal elegido por esta.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional mediante C-390 de 2004, citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

(...) la Corte Suprema de Justicia ha establecido en su jurisprudencia, la Acusación es un acto complejo que incluye dos momentos procesales regulados de forma separada: el escrito de acusación y la audiencia de acusación. Así, por ejemplo, en Auto del 21 de noviembre de 2012, expresó: "Dígase, entonces, que en la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto complejo que incluye dos momentos procesales distintos y regulados de forma independiente, cuales son la presentación del correspondiente escrito por parte de la fiscalía y la audiencia de su formulación, dirigida por el juez de conocimiento." La Corte Constitucional, por su parte, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la formulación de la acusación es un acto complejo, que se conforma por dos oportunidades procesales: (i) por una parte, el escrito que presente la fiscalía ante el juez del conocimiento y (ii) por otra, la formulación oral de la acusación que se haga dentro de la Audiencia del mismo nombre. Tal acto complejo se traduce a su vez en un procedimiento formalizado que se desarrolla a través de: (i) la presentación del escrito de acusación ante el juez competente, (ii) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, la fijación de la fecha para la audiencia de formulación de acusación y (iii) la realización de la audiencia.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Lo que implica, que el no realizar el escrito de acusación con base en hechos jurídicamente relevantes, hace que las etapas de presentación del escrito, la formulación de la acusación de manera oral, sean nulas; sin dejar de lado que esta situación deviene en que la acusación no cumpla con una probabilidad de verdad⁹ al no basarse en hechos jurídicamente relevantes por ser de carácter meramente indicativo, como ocurre en el presente caso, al renunciar totalmente a la verdad.

De lo anterior, era menester que en el escrito de acusación y en la audiencia de acusación, del presente caso, fuera realizada cumpliendo con establecer los hechos jurídicamente relevantes respaldados con medios de prueba, que permitiesen llevar a cabo una adecuada subsunción, esto es, realizar de manera adecuada el juicio de tipicidad, que en conjunto posibilitará cumplir con el estándar probatorio de probabilidad de verdad, situación que no se cumplió en el presente caso, a saber:

*Por lo tanto, la labor del fiscal al realizar el “juicio de acusación”, y la del juez, al establecer la premisa fáctica de la sentencia, abarca varios aspectos, entre los que cabe destacar los siguientes: (i) la debida interpretación de la norma penal, que, finalmente, se traduce en la determinación de **los hechos que, en abstracto, fueron previstos por el legislador**; (ii) la delimitación de los hechos del caso objeto de análisis; (iii) la determinación acerca de si esos hechos, ocurridos bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajan o no en la respectiva descripción normativa; y (iv) la constatación del estándar de conocimiento que hace procedente cada una de esas decisiones –“**probabilidad de verdad**”, “convencimiento más allá de duda razonable”, etcétera- (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).*

Por lo que, al no cumplir con hechos jurídicamente relevantes, implica que no se haya cumplido con el estándar probatorio de probabilidad de verdad y mucho menos con una certeza de más allá de toda duda razonable, lo que hace que la actuación procesal, desde el escrito de acusación sea nula, como lo establece la sentencia de la Sala Penal, Sentencia SP-47922018 (52507), Nov. 7/18. Magistrado ponente **Patricia Salazar Cuellar**,

⁹ Ello responde al sistema de estándares de prueba del sistema penal acusatorio,

Pero ese mínimo no involucra un nivel elevado de conocimiento que exija al Fiscal realizar valoración probatoria, sino una sucinta mención de los elementos de convicción apenas necesarios para sustentar el grado de conocimiento de “inferencia razonable de autoría”, es decir, de un nexo causal entre el presunto autor y la conducta, sin que esto implique un juicio de responsabilidad, pues el proceso penal oral está construido en etapas del conocimiento que van desde la inferencia razonable (formulación de imputación), pasan por la probabilidad verdad (formulación de acusación), hasta llegar a la certeza más allá de toda duda (sentencia), lo que conlleva distintos niveles de conocimiento y a su vez mayores exigencias probatorias en la medida de su avance a fases ulteriores. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA, ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS Magistrado Ponente, AEP 067-2020. Radicación 52918

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, *siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.* (Resaltado fuera de texto)

De lo cual es procedente la nulidad del presente proceso, desde antes de la radicación del escrito de acusación al Juez de conocimiento.

14.1 EL PORQUÉ NO EXISTIÓ DEFENSA TÉCNICA

A continuación, se pasa a realizar un análisis del por qué, no existió defensa técnica en el proceso objeto de esta acción, etapa por etapa procesal.

14.1.1. Audiencia de acusación

En primer lugar, al revisar el escrito de acusación y en la audiencia de acusación, el togado pudo haber manifestado que el caso por parte de la fiscalía estaba basado en meros hechos indicadores y no relevantes conforme al Artículo 337 de la Ley 906 de 2004

ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS. *El escrito de acusación deberá contener:*

- 1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*
- 2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible. (...)*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Por lo que según el artículo 339 de la Ley 906 de 2004¹⁰, durante el trámite de la audiencia de acusación, existía la posibilidad de alegar nulidades, y como quiera que esta honorable corporación estableció en su Sentencia SP-47922018 (52507), Nov. 7/18.

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad. (Resaltado fuera de texto)

Que el hecho que la Fiscalía General de la Nación realice la acusación con hechos indicadores, es causal de nulidad, lo cual no sucedió en dicha audiencia, no obstante, quien tenía la carga de solicitar dicha nulidad, era el señor defensor, pero como sucedió, no los realizó guardando silencio y aceptando la legalidad de dicha actuación.

Por otra parte, en la audiencia, de juicio oral, la defensa no realizó o expuso su teoría del caso, ignorando todas las falencias sustanciales y procesales (motivo de esta acción como se explica más adelante), lo cual hacia necesaria la exposición constante de dicha situación al Juez, a fin de lograr establecer que la Fiscalía General de la Nación, no logró probar más allá de una duda razonable la culpabilidad, y por otra parte la afirmación de la inocencia de mi cliente. Si bien el artículo 371 a la Ley 906 de 2004¹¹, permite no exponer la teoría del caso, en el presente caso, al no haber un testigo clave o alguna situación sorpresa, para contrarrestar lo establecido por la fiscalía, no hay justificación para haber guardado silencio. Al respecto esta Honorable Corporación ha establecido,

Cada abogado es autónomo en el diseño de la defensa de su cliente, para lo cual puede hacer uso de las diferentes herramientas que le brinda el ordenamiento de acuerdo con las circunstancias que presente el caso sometido a su tutela. Así, como bien lo reseña una de los intervenientes, el abogado puede apelar a diversas estrategias metodológicas entre las que se destacan: (i) la defensa directa, donde

¹⁰ <Artículo 339 CONDICIONALMENTE exequible> Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y 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

¹¹ “Artículo 371. DECLARACIÓN INICIAL. Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargo; (ii) la defensa indirecta, donde el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio; (iii) la defensa por excepciones, donde el reproche está centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso. Dentro de esas estrategias, la pregunta que surge es si existe la posibilidad de apelar al silencio como medio de defensa. (Resaltado fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de octubre de 2006, MP. Javier Zapata Ortiz, Exp.22432)

Como es evidente durante el proceso, la defensa en los alegatos de conclusión no realizó un análisis, que no pueda realizar una persona con competencias ciudadanas elementales, al afirmar que la Fiscalía General de la Nación, no tiene las pruebas suficientes para culpar a mi cliente de la conducta, ya que, no se cumplió con los elementos del hurto, lo cual no permite entender el por qué, guardó silencio en el planteamiento de la teoría del caso, ya que, si su estrategia defensiva era de carácter indirecto, no es claro, que durante la audiencia hubiese logrado, restarle poder de convicción a alguno de los testigos o medios probatorios presentado por el ente acusador en su momento, por lo que se evidencia más una pasividad, que era interrumpida por contradicciones de forma y no sustanciales.

Recurso extraordinario de Casación

Como ya se estableció el recurso de casación fue inadmitido por los siguientes argumentos por parte de **esta Honorable Corporación del 21 de abril del presente año,**

4.1. La Sala inadmitirá las demandas de casación, por cuanto incumplen las exigencias previstas en los arts. 183 y 184 inc. 2º del C.P.P. Como se verá, además de que los cargos están indebidamente planteados y sustentados, lo cual deja a los libelos desprovistos de aptitud para ser admitidos, los reproches carecen de fundamento sustancial, de donde se sigue la irrelevancia de un fallo de casación para cumplir con alguno de los propósitos del recurso extraordinario.

4.2.1.4. En consecuencia, no habiéndose presentado los reclamos en casación con respeto de los estándares mínimos para su estudio de fondo, es innegable su indebida fundamentación. Ello constituye razón suficiente para inadmitir la demanda

Mas como los reclamos son del todo ineptos para provocar una decisión sustancialmente distinta a la impugnada, porque no controvierten

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

adecuadamente las bases probatorias de la condena, fuerza concluir su inadmisibilidad.

Así las cosas, es evidente que esta oportunidad procesal se perdió, por falta de técnica jurídica, ya que, los anteriores extractos lo afirman, sumado al hecho que, al otro condenado, señor Renzo, si le fue admitido el recurso.

Conforme a los hechos anteriormente planteados, es pertinente afirmar que no existió defensa técnica en ninguna de las instancias, y mucho menos al momento de ejercer el recurso extraordinario de casación, lo que permite que sean planteadas temáticas diferentes a las planteadas por los dos defensores en sus momentos procesales y que exista una nulidad desde el escrito de acusación. Sin dejar de lado que mi cliente no tiene elementos técnicos para conocer de qué se trataba el proceso penal, ya que, nunca ha ejercido la abogacía.

CONCLUSIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL

En efecto fueron desconocidas etapas procesales establecidas por el legislador y la jurisprudencia, así como la falta de defensa técnica; lo cual permite solicitar que, en el marco del control difuso de constitucionalidad, esta Despacho funja como juez constitucional y sea declarada la nulidad del presente proceso a la etapa anterior a la presentación del escrito de acusación.

15. EN EL PRESENTE CASO TAMBIÉN SE PRESENTE UN DEFECTO SUSTANTIVO, EL CUAL CONSISTE EN,

“El defecto sustantivo que hace procedente la acción de tutela contra sentencias es el que tiene lugar cuando la providencia respectiva contiene errores derivados de una equivocada interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas en el caso sometido a conocimiento de la autoridad judicial. En últimas, el defecto aparece cuando la decisión examinada se aparta ostensiblemente del régimen jurídico vigente para la materia de que se trate, sin ello implique una autorización para cuestionar la pertinencia o la validez de los argumentos planteados por el juez ordinario.” (T-261 de 2013, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA) (Resaltado fuera de texto).

En tal sentido en relación al defecto sustantivo, puede manifestarse de las siguientes maneras,

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

“(i) la sentencia se fundamenta en una norma que no es aplicable porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador;

*(ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, **prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”** o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;*

(iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;

(iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;

(v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”;

(vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistemática de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; o

(vii) Se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto” (t-367 de 2018) (Resaltado fuera de texto)

De tal manera que es posible encontrar dos defectos sustantivos en el proceso objeto de esta acción constitucional, el primero consiste en aplicar una norma, aunque vigente, no tiene una adecuación típica respecto de los hechos, y el que consiste en una interpretación contra evidente, por lo que se procede a explicar cada uno de ellos.

16. LA NORMA NO SE ADECUA CON LOS SUPUESTOS DE HECHO (subsunción)

En este punto, es necesario observar que mi cliente es condenado por hurto agravado y calificado, por ser el supuesto coautor en el supuesto fraude bancario a la cuenta del señor Abondano (Sol Naciente), aplicándose de manera incorrecta dicha adecuación, así como el amplificador del tipo, esto es, una supuesta coautoría, trayendo como consecuencia que no sea haya podido vencer la presunción de inocencia y por ende condenando sin el estándar probatorio de más allá de toda duda razonable establecida en la Ley 906 de 2004, lo que implica una

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

nulidad desde el escrito de acusación o según la gravedad que considere esta honorable sala, por lo que se procede a explicar a continuación.

Ciertamente, lo que quedó probado en el caso bajo examen, es que mi cliente recibió la notificación de la consignación de 145000000\$ (ciento cuarenta y cinco millones de pesos), que fue a hablar con la gerente para informarse de lo que estaba ocurriendo, y que allí es capturado en la oficina de esta ultima, no obstante, no existe elementos facticos que den cuenta como previamente mi cliente realizo actividades tendientes a entrar en las direccione IP, que le permitieran realizar dichas consignaciones o un acuerdo con otra u otras personas que le ayudasen mover esas sumas de dinero.

Al respecto señala el *ad quem*, en relación a los hechos indicadores probados (ya que hechos jurídicamente relevantes no se plantean y mucho menos tienen sustento probatorio), y se hace referencia a los hechos indicadores, ya que, como se explica en el defecto procedural, no existen elementos claros que permitan establecer hechos jurídicamente relevantes, a saber,

Ahora bien, esta Sala le reconoce al defensor de WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZAGUAS, parcialmente la razón en la medida en que, si se advierte incompleta la labor investigativa de la Fiscalía General de la Nación para determinar quiénes fueron las personas que irrumpieron en las sucursales virtuales de la empresa Sol Naciente Ltda; y de Jorge Enrique Abondano, empero, la tesis presentada por el apelante omite la existencia de coautoría impropia, la cual, según la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación Penal, ya desde tiempo había señalado (...) (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, pagina 25, párrafo 1) (Resaltado fuera de texto)

Así pues, para que los procesados sean penalmente responsables de la conducta que acá se les acusa no es menester predicar que se apoderaron de los dineros, en el sentido de ellos haber ingresado a la sucursal virtual pues pudieron hacer parte del plan criminal al ofrecer sus cuentas bancarias o el buen nombre de su empresa para construir una buena cuartada a las transacciones; en tal dirección, la jurisprudencia, al respecto, enseño (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón. p 26 (último párrafo) & p. 27 primer párrafo) (Resaltado fuera de texto)}

De allí que, aunque los procesados nunca fueron vinculados a ningún plan criminal forzoso **resulta concluir que ellos se hicieron partícipes de los mismos en la medida en que prestaron la información necesaria para la realización de la transferencia.** (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, M.P. María Judith Duran Calderón, párrafo 3 p 28)

Por lo que, el defecto sustantivo está presente al violentarse el derecho fundamental al debido proceso en cuanto al principio de legalidad¹², al realizarse una adecuación

¹² Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-444 de 2011, explica que:

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

típica errónea, esto es, que de acuerdo a los hechos aducidos y tipificados por la fiscalía; quedando plasmados en las dos sentencias recurridas; el delito de hurto, agravado y calificado; cuando por principio de especialidad, era procedente calificar el delito del artículo 269i (**HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES**), y por otra parte tampoco quedó adecuada la conducta al hurto calificado y agravado, en cuanto a los fundamentos probatorios que permitieran construir premisas fácticas, subsumibles siquiera en el verbo rector de sustraer.

Por lo que, es procedente recordar que el debido proceso (art. 29 constitucional) en su núcleo esencial, implica el principio de legalidad, así el Código Penal en desarrollo de los mandatos constitucionales, como el debido proceso, lo concreta en materia penal con los principios del Código Penal en sus artículos 6 (legalidad¹³), 9 (conducta punible¹⁴) y 10 (tipicidad¹⁵); los cuales obligan a los parámetros que conducen a un adecuado juicio de tipicidad o de subsunción de los hechos jurídicamente relevantes, respecto de la conducta punible que se predica en un caso determinado. Para el presente caso y conforme a los hechos establecidos en la acusación, la teoría del caso de la fiscalía y las providencias objeto de esta acción constitucional, no guardan coherencia silogística con el tipo penal de hurto (art. 239), calificado (240 numeral 4) y agravado (art. 241 numeral 10 y 267 numeral 1). Esto

Uno de los principios que estructuran el derecho al debido proceso prescrito por el artículo 29 Superior, como se señaló en el aparte anterior, es el de legalidad, según el cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este precepto supone, según la Sentencia C-592 de 2005, que el legislador debe tener en cuenta lo siguiente: “(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso” (Resaltado fuera de texto)

¹³**ARTICULO 6o. LEGALIDAD.** 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. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas. (Resaltado fuera de texto)

¹⁴ **ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE.** Para que la conducta sea punible se requiere **que sea típica, antijurídica y culpable**. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. (Resaltado fuera de texto)

¹⁵ **ARTICULO 10. TIPICIDAD.** La ley penal **definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal**.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley. (Resaltado fuera de texto)

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

es reconocido, por el *ad quem*, al reconocer que, si existió un indebido juicio de tipicidad,

*No obstante, lo señalado en el acápite anterior, se advierte que hubo un error en la adecuación típica de la conducta en la medida en que el órgano de persecución penal, así como el despacho de primera instancia, en tanto se acusó y condenó bajo la estructura del hurto (artículo 239, Código Penal) Calificado (artículo 240, numeral 4, *ibidem*) y agravado (artículos 241, numeral 10 y 267, numeral 1, *ibidem*)*

Al respecto, vale la pena señalar que se desconoció la aplicación del artículo 269i del estatuto sustancial, el cual fue adicionado por la Ley 1273 de 2009 y que entró en vigencia el 5 de enero de la misma anualidad, estando vigente el mencionado tipo penal para abril de 2009, fecha en que se cometió la conducta punible acá se estudia.

(...) por cuanto la estructura una modalidad o mecanismo específico de desapoderamiento de la cosa mueble ajena, a saber, superar las seguridades informáticas mediante (i) la manipulación del sistema informático, la red de sistema electrónico, telemático u otra semejante o (ii) la suplantación de una persona ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos (Corte Suprema de Justicia, 11 febrero de 2015, rad 42724, M.P EYDER PATIÑO CABRERA)

A pesar de reconocer que, lo planteado por la Fiscalía en relación a los hechos probados y su teoría del caso, esta tenía la posibilidad de modificar la adecuación típica, y es claro para esta defensa, que la Fiscalía General de la Nación por tener a su cargo la acción penal (art. 250 constitucional) tiene dicha facultad, sin embargo, dichos cambios deben responder a la lealtad procesal y la buena fe; y no a ganar un caso plasmado en una estadística más. Esto es claro en el sentido que si hubiera optado por adecuar el tipo penal del artículo 269i (**HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES**), hubiese sido mayor la violación a la ley sustantiva, al no tener ni siquiera hechos indicadores o indicios que pudieran subsumirse en la conducta, por lo que si bien esta última resulta más gravosa, es pertinente que se declare la nulidad de lo actuado, a fin que se presente nuevamente el escrito de acusación con la conducta referenciada acompañado con los medios de prueba que den cuenta de hechos jurídicamente relevantes de la misma, que permitan una subsunción adecuada y ajustada a las garantías humanas y legales de mi cliente.

Por otra parte, la aplicación sin fundamento probatorio, de la autoría impropia, al respecto el *ad quem* dice que,

Ahora bien, esta Sala le reconoce al defensor de WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZAGUAS, parcialmente la razón en la medida en que, si se advierte incompleta la labor investigativa de la Fiscalía General de la Nación para determinar quiénes fueron las personas que irrumpieron en las sucursales virtuales de la empresa Sol Naciente Ltda., y de Jorge Enrique Abondano, empero, la tesis presentada por el apelante omite la existencia de **coautoría impropia**, la cual, según la Corte Suprema de Justicia en su Sala de

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

casación Penal, ya desde tiempo había señalado (...) (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, Pagina 25, párrafo 1*) (Resaltado fuera de texto)

Por lo que pasa a citar una sentencia de esta honorable Corporación, esto es, la de referencia del 22 de enero de 2014, Rad 38725 M.P. Eugenio Fernández Carlier,

Es sabido que para la autoría funcional el acuerdo del plan criminal no requiere de un pacto detalla, pues se deduce de los actos desencadenantes, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización.

Según la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho y para efectos de la coautoría lo decisivo es tener un dominio funcional del hecho, pues cada sujeto controla el acontecer total en cooperación con los demás, no tiene en sí mismo un control parcial, ni tampoco global, sino que éste se predica de todos.

(...) La Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en la necesaria presencia de los siguientes elementos: (i un acuerdo o plan común; (ii división de funciones y (iii trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito.

Lo anterior implica al operador judicial sopesar tanto el factor subjetivo relacionado con el asentimiento expreso o tácito de los sujetos conforme al plan común y su decidida participación en tal colectividad con ese propósito definido, como factores objetivos dados por la conducta desplegada por cada uno como propia de una labor conjunta o global y la entidad de tal aporte (resaltado fuera de texto. P25 & 26)

Si bien, la sentencia es válida, no tiene sentido respaldar la decisión de condenar a mi cliente a título de autor, cuando no existen medios de prueba que permitan tener la convicción de sustentar un pacto o acuerdo común, el nivel de aporte en la ejecución, y mucho menos el factor subjetivo esto es *el inter criminis*, que consistiría en modificar o sabotear el sistema informático bancario, a fin de trasladar el dinero de una cuenta a otra. Así las cosas, era incluso más plausible endilgar la conducta a título de partícipe (siendo incorrecta también), pero en este aspecto, es posible apreciar la desfasada discrecionalidad judicial en contra de mi cliente, en el marco de la defensa exacerbada del sistema financiero de este país.

Por lo que, establecer que existió un hurto calificado y agravado es invalido; al no aplicar el principio de especialidad como regla de adecuación típica, tal como está Honorable Corporación ha establecido,

Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: lex specialis derogat legi generali.

En ese sentido en el presente caso existió un problema jurídico relacionado con la adecuación típica, esto es, si existía hurto calificado y agravado; o por el contrario la conducta era la del artículo 269i (**HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES**). Por lo que en harás de cumplir el test ya mencionado, es notorio que la conducta del hurto, así sea calificado (no se hace alusión al agravante por ser un amplificador del tipo); corresponde al concepto de tipo básico, siendo este la generalidad y el relacionado al hurto por medio informáticos y semejantes, la especie, protegiendo ambos el mismo bien jurídico. Por lo que, tratándose de movimientos bancarias vía informática, no hay duda que el tipo penal que debió usarse era el i269, no obstante, no fue utilizado, porque, con dicho tipo penal hubiera sido más difícil aún, establecer la subsunción con dicha conducta.

Conclusión del defecto sustantivo

Toda vez que existía un concurso de conductas aparente, debió prevalecer la aplicación del delito del artículo 269i (**HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES.**), por lo que, en el marco de la igualdad de armas, es necesario declarar la nulidad de la actuado antes de la presentación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, o primordialmente declarar la inocencia de mi representado. Así mismo, es evidente que de haber acusado con el artículo 269i, la Fiscalía hubiera tenido que probar con mayor razón, los movimientos informáticos en las direcciones IP, teniendo una carga probatoria superior, que como quedó claro no existe, por lo que prefirió el hurto, agravado y calificado; pensando que este último le producía una menor carga probatoria.

16.2 DEFECTO FACTICO

En esta causal es pertinente traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional, “*Defecto fáctico, que se presenta cuando el funcionario judicial carece del apoyo probatorio necesario “para aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Supone fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso”* (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos, SU-659 de 2015)

Así mismo, esta caracteriza las formas en cómo es manifiesto este defecto, a saber:

Esta Corporación estableció, en su múltiple jurisprudencia, que el defecto fáctico se configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraría de

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio. Así mismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una **positiva**^[33] y otra **negativa** (Resaltado fuera de texto)

Para la presente acción serán desarrolladas dos subcauas, estas son, una valoración caprichosa y arbitraria, así como, que no se valoró a cabalidad el total de los medios de prueba, específicamente los aportados por la parte condenada. Por ende, es procedente pasar a explicar la manera en la que fueron manifiestas en el presente caso.

16.3. DEFECTO FACTICO POR VALORACIÓN ARBITRARIA Y CAPRICHOSA DE LAS PRUEBAS

Es de anotar que en Colombia ha prevalecido el sistema probatorio de la sana crítica, al respecto la Corte Constitucional ha explicado que,

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas. (Resaltado fuera de texto)

Al este respecto la Corte Constitucional ha explicado que consiste en,

*Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez puedan analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas^[36].
(...)*

Por su parte, las máximas de la experiencia son aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, que constituyen una vocación espontánea o provocada de conocimientos anteriores y que se producen en el pensamiento como nutrientes de consecutivas inferencias lógicas^[40]. Una máxima de experiencia por definición es una conclusión empírica fundada sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, es decir, un juicio hipotético de contenido general, sacado de la experiencia y tomado de las distintas ramas de la ciencia.

La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación, que configuraría la causal por defecto fáctico y, por tanto, el juez de tutela podría dejar sin efectos la providencia atacada.

En ese orden de ideas, y antes de desarrollar los anteriores puntos establecidos por esta Corte, es pertinente traer a colación un extracto de la providencia del **ad quem** y **el ad quo** donde es claro cómo se sustenta en las sentencias condenatorias en una supuesta regla de la experiencia, que es más un capricho del juez, que en realidad una regla rígida y sustentada con medios de prueba que la permitan la misma.

De allí que, aunque los procesados nunca fueron vinculados a ningún plan criminal forzoso resulta concluir que ellos se hicieron partícipes de los mismos en la medida en que prestaron la información necesaria para la realización de la transferencia. (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, párrafo 3 p 28).

En ese orden de ideas, colige esta Sala, al igual que el a quo, que WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS prestó el nombre y número de identificación tributaria de su empresa Conexión Laboral Ltda., y no resulta una proposición infundada como lo señala el recurrente en la medida que suponer que quienes infiltraron los sistemas de seguridad informática cometieron el dislate de transferir, a una persona que nada tiene que ver en el plan criminal, una suma de \$145'000.000, resulta contrario a los postulados de las reglas de la experiencia ya que, quien pretenda hacer fraudes bancarios por tales modalidades evitaría la torpeza de abonar el objeto material del hurto a quien

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

no se acordó. (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón p. 28 párrafo 4*)

Ahora bien, esta Sala le reconoce al defensor de WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZAGUAS, **parcialmente la razón en la medida en que, si se advierte incompleta la labor investigativa de la Fiscalía General de la Nación para determinar quiénes fueron las persona que irrumpieron en las sucursales virtuales de la empresa Sol Naciente Ltda., y de Jorge Enrique Abondano, empero**, la tesis presentada por el apelante omite la existencia de coautoría impropia, la cual, según la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación Penal, ya desde tiempo había señalado(...) (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial De Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón. Página 25, párrafo 1*) (Resaltado fuera de texto)

Así pues, para que los procesados sean penalmente responsables de la conducta que acá se les acusa no es menester predicar que se apoderaron de los dineros, en el sentido de ellos haber ingresado a la sucursal **virtual pues pudieron hacer parte del plan criminal al ofrecer sus cuentas bancarias o el buen nombre de su empresa para construir una buena cuartada a las transacciones**; en tal dirección, la jurisprudencia, al respecto, enseño (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, M.P. María Judith Duran Calderón. p. 26 (último párrafo) & p. 27 primer párrafo*) (Resaltado fuera de texto)

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que, **aun cuando no se haya acreditado que los procesados ingresaron a las cuentas bancarias de Sol Naciente Ltda y Jorge Enrique Abondano, para hacer las transferencias electrónicas, esto no quiere decir que no hayan podido participas del hurto.** (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, M.P. María Judith Duran Calderón. Párrafo 3 p 27*)

De allí que, aunque los procesados nunca fueron vinculados a ningún plan criminal forzoso **resulta concluir que ellos se hicieron participes de los mismos en la medida en que prestaron la información necesaria para la realización de la transferencia.** (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, Párrafo 3 p. 28*)

- En ese orden de ideas, colige esta Sala, al igual que el a quo, que WEIMAR HERNAN GORDILLO SALINAS prestó el nombre y número de identificación tributaria de su empresa Conexión Laboral Ltda., **y no resulta una proposición infundada como lo señala el recurrente en la medida que suponer que quienes infiltraron los sistemas de seguridad informática cometieron el dislate de transferir, a una persona que nada tiene que ver en el plan criminal, una suma de \$145'000.000, resulta contrario a los postulados de las reglas de la experiencia ya que, quien pretenda hacer fraudes bancarios por tales modalidades evitaría la torpeza de abonar el objeto material del hurto a quien no se acordó.** (*Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón p. 28 párrafo 4*).

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

El falso raciocinio por la inadecuada construcción de la regla de la experiencia consiste en que

no fue construida con textura de regla, dado que los ingredientes referentes “a tales modalidades”, no son inequívocos, ya que, no es explicativo a qué clase de modalidad hace referencia, en tanto, que lo que se califica en este caso es un hurto agravado y calificado, por lo que debió desarrollar dicho aspecto de la regla, en tanto, qué de establecer dichas modalidades de manera clara, hubiese sido posible establecer la razón suficiente de las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que un fraude bancario, evitaría consignar a un tercero desconocido, lo cual permite concluir que no tiene estructura de regla en los términos que esta honorable corporación ha establecido.

*Cabe recordar que el falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de la experiencia requiere **la formulación de una proposición con estructura de regla aplicable en términos generales** y abstractos y con pretensión de universalidad, a través de la cual se pueda verificar si al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso^[35]. (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

La pretensión de universalidad de dicha regla en el presente caso, no tiene connotación de universalidad, dado que, era necesario identificar de manera precisa las modalidades de causa, a fin de que las consecuencias de no consignar a un tercero fuesen certeras, esto es, la razón suficiente que no está clara. Además, antes de aventurarse a realizar un juicio de dicha clase, era pertinente probar la regla, trayendo a colación casos similares que podían ser nacionales o internacionales, fundamentados en jurisprudencia o incluso en diarios o investigaciones académicas, en los términos que esta corporación a explicado,

Por otra parte, lo que es posible de apreciar es que dicha regla de la experiencia es más un capricho personal, impulsado por la cultura punitiva de este país y no por los estándares normativos establecidos, tal como lo explica esta Honorable Corporación,

*«En efecto, una máxima no puede consistir en **la percepción particular de quien la formula o en especulaciones carentes de objetividad**. Para que se pueda considerar como tal, **es preciso demostrar que el enunciado expuesto se aplica de forma más o menos uniforme en el mundo material o histórico social**» (Corte Suprema de Justicia AP, 30 jun. 2006, M.P. MARINA PULIDO DE BARON rad. 21321).*

Además de lo anterior, la institución de las reglas de la experiencia, no puede ser entendida como meras conjeturas de una persona o un juez, en su cosmovisión individual, sino que debe responder al postulado de razón suficiente, y establecerse con base a casos análogos en los que sea evidente el *intercriminis*, ya que, por una mera inferencia con un poco más de orden, podrían surgir dos hipótesis, a saber

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Hipótesis 1

Mi poderdante es un chivo expiatorio para distraer la acción penal de la otra transferencia, teniendo que es una persona con una empresa prestante, como se evidenció con el contrato que tenía en su momento con SATENA, y que podía tener una coartada fuerte, a la cual podía sumarse el otro vinculado al proceso, del cual nunca fue posible que se estableciera algún tipo de relación con mí cliente.

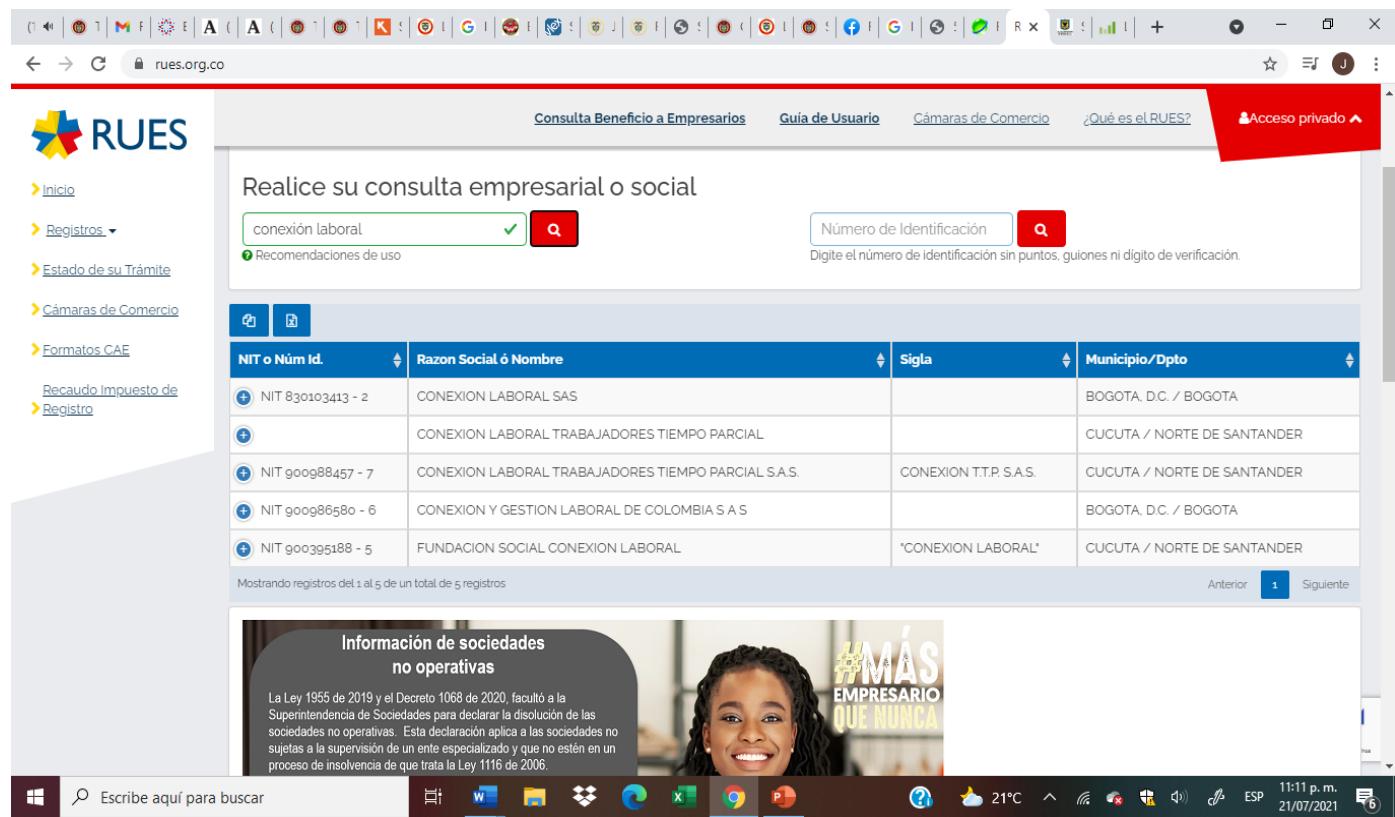
Hipótesis 2

El entrar y hakear las cuentas del Señor Abondano y de la Empresa que este representa, como es notorio, no es una tarea fácil, por ende, pueden suceder accidentes al momento de hacerlo, al existir razones sociales iguales o confundirse con los números de nit, a pesar de lo que dice la Sentencia del Tribunal,

Bajo esa misma línea de análisis, resulta poco probable que, no solamente se cometiera un error de las calidades atrás anotadas, sino que, además, se haya acopiado la información necesaria –esto es, el NIT y el nombre de la empresa – del destinatario que no es, menos aún que ese error se haya cometido en dos ocasiones, una respecto a la cuenta de Conexión Laboral Ltda., de la que deviene la intervención de WEIMAR HERNÁN GORDILLO SALINAS y ADRIANA MARÍA ÁLVAREZ AGUAS en el presente caso, y la otra, respecto de Renzo Rodrigo Bernal Valbuena; es decir, no es factible concluir que accidentalmente o causalmente se obtuvieron los datos de aquellos sino que, muy por el contrario, los mismos fueron aportados. (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P, María Judith Duran Calderón p. 28 párrafo 4)

De esta hipótesis es posible afirmar que de una consulta a la página del RUES, en la que se ponga conexión laboral, emergen varias empresas con la misma razón social y con números distintos, que implica que puede que la intención haya sido depositar el dinero en otra cuenta de una razón social igual

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL



The screenshot shows the RUES website interface. The top navigation bar includes links for 'Consulta Beneficio a Empresarios', 'Guía de Usuario', 'Cámaras de Comercio', and '¿Qué es el RUES?'. A red banner on the right says 'Acceso privado'. The main content area is titled 'Realice su consulta empresarial o social' and features a search bar with the term 'conexión laboral'. Below the search bar is a note: 'Número de Identificación' with a search button. A table displays search results for companies related to 'conexión laboral'. The table columns are 'NIT o Núm Id.', 'Razon Social ó Nombre', 'Sigla', and 'Municipio/Dpto'. The results are as follows:

NIT o Núm Id.	Razon Social ó Nombre	Sigla	Municipio/Dpto
(+) NIT 830103413 - 2	CONEXION LABORAL SAS		BOGOTA. D.C. / BOGOTA
(+) NIT 900988457 - 7	CONEXION LABORAL TRABAJADORES TIEMPO PARCIAL		CUCUTA / NORTE DE SANTANDER
(+) NIT 900986580 - 6	CONEXION LABORAL TRABAJADORES TIEMPO PARCIAL S.A.S.	CONEXION T.T.P. S.A.S.	CUCUTA / NORTE DE SANTANDER
(+) NIT 900395188 - 5	CONEXION Y GESTION LABORAL DE COLOMBIA S A S		BOGOTA. D.C. / BOGOTA
(+) NIT 900395188 - 5	FUNDACION SOCIAL CONEXION LABORAL	"CONEXION LABORAL"	CUCUTA / NORTE DE SANTANDER

Below the table, a note says 'Mostrando registros del 1 al 5 de un total de 5 registros'. The bottom of the screen shows a Windows taskbar with various icons and a search bar.

Hipótesis 3

Si mi cliente hubiera llevado a cabo la supuesta conducta típica que se le endilga, por reglas de la experiencia, no hubiera sido tan inocente de ir al banco a establecer lo que había sucedido con la consignación en la oficina de la Gerente y sentarse tranquilo a esperarla por más de 20 min, a sabiendas de las alertas que arrojaría el banco una transacción fraudulenta, y los líos judiciales que ello implica, dada su experiencia bancaria en cuanto a las grandes sumas de dinero que manejaba constantemente (lo cual consta en las recibos de consignaciones que reposan en proceso, medio de prueba que no se quiso valorar), no habría cometido dicha torpeza.

A pesar que las anteriores hipótesis sean mas completas como estructura de regla de experiencia, es de anotar que ellas no son más que conjeturas que hace esta defensa, y que no tienen un sustento factico, por lo que, con mayor razón sucede que la inadecuada estructura y fundamento de la regla de la experiencia de los despachos que emitieron sentencia condenatoria.

DIMENSIÓN DEFECTO FACTICO EN RELACION A IGNORAR LA VALORACIÓN DE UN MEDIO DE PRUEBA DETERMINANTE

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magister en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magister de derecho procesal.
Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

En el presente caso se dejó de valorar dos documentos, esto es, el contrato de mi cliente con Satena, por una suma superior al que se le consigno, de la cuenta del señor Abondano, y unos extractos bancarios que dan cuenta de las grandes sumas que manejaba mi cliente, por lo que de haber sido valoradas correctamente, se hubiera podido establecer la buena fe de mi cliente al ir a retirar el dinero de su cuenta, al respecto la Corte constitucional ha explicado esta dimensión del defecto factico así,

*11.2. En cuanto a la **segunda** dimensión del defecto fáctico, la negativa, se produce cuando el juez omite o **ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna**. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez^[41]. Sobre el particular esta Corte expuso:*

“El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio.” ^[42] T-041-18. Magistrada sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado.

*Bajo este marco, el defecto fáctico ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la **no valoración del acervo probatorio** y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica^[43]. Por último, la Corte también lo ha llegado a derivar de problemas intrínsecos relacionados con los soportes probatorios.*

La no valoración de los medios de prueba referenciados se evidencia en el siguiente extracto del *ad quem*,

*En primer lugar, su defensor alegó la existencia de un contrato con el servicio Aéreo a Territorio Nacionales S.A - Satena, contrato que se introdujo en el plenario a través de José Soler Guerrero, no obstante, **dicho testigo no tiene las calidades necesarias para asegurar el contenido en la medida en que dicho negocio jurídico no lo suscribió aquel**, tanto así que para el momento de declarar no tenía ningún vínculo con la entidad administrativa. (Sentencia Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, p. 31 párrafo 3) (Resaltado fuera de texto)*

*En otras palabras, **poca credibilidad puede otorgarle esta corporación al aludido contrato, y su otrosí**, ya que quien acudió a audiencia de juicio oral no puede asegurar que quienes lo suscriben son el acusado Gordillo Salinas*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

y el director del Servicio Aéreo a territorios Nacionales S.A. – Satena, o su delegado, así como tampoco obra en el expediente, menos aún en audios, que Soler Guerrero estuviese facultado—por delegación, desconcentración o descentralización—para acreditar dicho contrato. (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, p. 32 párrafo 2) (Resaltado fuera de texto)

Igual suerte ocurre con los extractos financieros de Conexión Laboral Ltda. en aquellos se avizora que se realizaban múltiples transacciones, retiros y consignaciones, que la empresa, en efecto, recibía ingresos altos, así como que debitaba grandes y, además, que recibió el dinero objeto material del hurto. (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal M.P. María Judith Duran Calderón, p. 33 párrafo 2) (Resaltado fuera de texto)

Es de anotar que el contrato suscrito entre mi cliente y Satena, así como los extractos bancarios, no fueron valorados, a pesar de que fue decretado en la audiencia preparatoria, dado que, según los despachos en mención, podían ser falsos al no comprobarse su veracidad, dado que quien los introdujo no era el competente, lo cual es incorrecto, al respecto es pertinente traer a colación la normatividad referente a la presunción de autenticidad de los documentos. Además, como puede observarse del párrafo 3 de la página 31, es la credibilidad de quien introduce el documento más no del documento,

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Así las cosas, si se pretendía decir que los documentos eran falsos, le correspondía hacerlo exclusivamente a la fiscalía en la audiencia preparatoria de acuerdo al artículo 359 de la Ley 906¹⁶, no a los jueces de instancia después de haberlas decretado y mucho menos realizar la insinuación, sin tener argumentos de peso para dejar de valorar los documentos.

Además, el contrato en mención, era posible de encontrar en el SECOP, por lo que la carga de la prueba la tenía la Fiscalía, dado que de esta manera se sigue evidenciando la falta de objetividad en las dos instancias, al realizar observación de legalidad sobre pruebas ya decretadas y practicadas; además no existe ninguna tarifa legal que impida que solo el representante legal sustente un contrato o que este no tenga poder de convicción por los formalismos mentales de un juez.

Esto genera una suerte de nulidad que implica que dichos medios de prueba, debieron ser valoradas a fin que permitieran establecer los altos montos que manejaba mi cliente en su empresa, teniendo que la consignación objeto de este proceso, según la buena fe de mi cliente, era una parte del pago que tenía que hacerle la entidad de SATENA.

Lo cual constituye una violación al debido proceso probatorio que se erige como la violación al debido proceso, por lo cual conforme al artículo¹⁷ 457 de la Ley 906, existe una nulidad flagrante a varias garantías constitucionales.

¹⁶ ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. (Resaltado fuera de texto)

¹⁷ ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Y teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el defecto factico tiene dos dimensiones, esto es:

“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda se presenta generalmente 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 (Artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalte su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.”
(Negrillas fuera de texto) (T-393 de 2017).

“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.” (T-393 de 2017).

Conclusión

Los despachos accionados debieron valorar los medios de pruebas aportados por el condenado, ya que, si habían pasado por la audiencia preparatoria, gozaban de presunción de autenticidad, ya que, eran conducente necesarias y pertinentes; lo cual hace que este proceso tenga nulidad, al no valorar dichos medios de prueba.

NOTIFICACIÓN

Cualquier notificación puede ser enviada:

Calle 71 bis 77 A 92, Barrio Santa Helenita

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.
Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com o yarm-13@hotmail.com

Atentamente,



JAIR ALFONSO ROBAYO MORENO

C.C. No. 1.014.214.009

Tel: 3153996344

Calle 71 bis 77 A 92, Bogotá.

Abogado: Jair Alfonso Robayo Moreno, especialista en Derecho penal y criminología; magíster en teoría jurídica y tutela de los derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del Derecho y candidato a magíster de derecho procesal.

Correo electrónico: jaribayo90@gmail.com