

Bogotá D.C., 14 de agosto de 2020

Señores Magistrados

SALA PENAL – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Reparto)

E. S. D.

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA

JOSÉ ALEJANDRO SILVA CHAPARRO, abogado en ejercicio, identificado tal como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de los señores **JENNY AMBUILA, ELBA CHARÁ y OMAR AMBUILA**, me dirijo respetuosamente ante ustedes para presentar **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, del 14 de febrero de 2020, y el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Cali, del 5 de diciembre de 2019. Decisiones que negaron la nulidad del acto procesal de la acusación, desconociendo que ese acto procesal era violatorio del mejor entendimiento de lo que debe ser la acusación según el precedente jurisprudencial, incurriendo en faltas de racionalidad y errores que desconocen los correctivos del entendimiento humano. Decisiones que vulneraron los derechos fundamentales a un debido proceso y pleno ejercicio del derecho de defensa de mis poderdantes.

I. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

1. El 28 de marzo de 2019, por orden de la Fiscalía 23 de la Dirección Nacional Especializada Antinarcóticos y Lavado de Activos, fueron capturados los señores **OMAR AMBUILA, ELBA CHARA GÓMEZ, YENNY LIZETH AMBUILA CHARA, EMILSON MORENO GRANJA, y GUSTAVO ADOLFO RIVAS ARBOLEDA,** en el proceso adelantado bajo el Rad. No. **110016000096201780042,** por la presunta comisión de los delitos de Lavado de activos, Favorecimiento al contrabando, Concierto para delinquir y Enriquecimiento ilícito de particulares.
2. Los días 29, 30, 31 de marzo y 1 de abril de 2019 se adelantaron ante el Juzgado 9° Penal Municipal con Función de Control de Garantías las audiencias concentradas de Legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento.
3. El 31 de marzo del año en curso, el Juzgado 9° Penal Municipal con Función de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de los imputados.
4. El 6 de agosto de 2019 la Fiscalía 23 Especializada de Bogotá radicó Escrito de acusación ante el Centro de Servicios Judiciales de Cali, correspondiendo el conocimiento al Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Cali.
5. El día 13 de noviembre de 2019 la Fiscalía presentó adición al escrito de acusación y procedió a la lectura del escrito compuesto de acusación. Ese mismo día esta defensa solicitó la declaratoria

de nulidad del acto procesal, por ser violatorio de las pautas procesales y legales mandatorias para el acto.

6. La solicitud de la defensa fue resuelta por el A quo el 5 de diciembre de 2019, negando la solicitud. Ante ello, la defensa interpuso el recurso de apelación. El recurso fue desatado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el 14 de febrero de 2020, ratificando el entendimiento de la primera instancia.
7. Los señores Omar Ambuila, Elba Chará y Jenny Ambuila, recuperaron la libertad el 14 de mayo de 2020, por el cumplimiento de las condiciones del numeral 5° del artículo 317 procesal.
8. El 29 de julio de 2020 se dio inicio a la audiencia preparatoria, pero la Fiscalía no cumple aún con la completitud del descubrimiento probatorio. Se reprogramó para el 5 de octubre de 2020.
9. Esta defensa contabiliza un descubrimiento probatorio de la Fiscalía Audios: están conformados por **347.435 archivos**, que contienen **2.784 horas** y 46 minutos de duración. Solo la escucha tomaría a un investigador 340 días, escuchando ocho horas diarias. Documentos: están compuestos por **2.024 archivos**. Archivos extracción celular: arroja un total **de 1.731 archivos** digitales. Archivos de redes sociales: Son **1.415 archivos** extraídos de la web. Videos: Se compone de **510 archivos** digitales en formato MP4. Y como verán sus señorías, este maremagnum antes que ofrecer claridades a la acusación, la

llena de incertidumbres y opacidad, en detrimento de la defensa y de la tarea encargada al operador judicial.

II. LA FUENTES DEL QUEBRANTO.

Son dos las decisiones que incurren, como se verá, en defectos fácticos, violación de la constitución y desconocimiento del precedente jurisprudencial. Aquí, con respeto nos ocuparemos de hacer relieve con los pronunciamientos atinentes de los despachos accionados. Primero, del Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Cali y luego de la decisión de la Sala Penal del tribunal Superior de Cali. Las censura contra estas decisiones se comprenderá con acopio de las descalificaciones de la acusación misma. Dada la extensión de la acusación, que en texto son algo más de 70 páginas, trataremos de ser, en lo posible, concisos, al referir las faltas.

1. La Jueza 2ª Penal Especializada de Conocimiento del Circuito de Cali, el 5 de diciembre de 2019 negó la nulidad, entre otras razones, afirmando lo siguiente:

1.1. *“(26:08) Precisó la fiscal, que con esos montos sólo pretendía dar a conocer que durante el año 2017, en el curso normal de su operación aduanera la DIAN retuvo mercancías en el Puerto de Buenaventura por valor superior a los 34.000 millones de pesos, sin atribuir ningún tipo de conducta irregular a los acusados relacionada con ese enunciado como certeramente lo menciona.*

- 1.2. *Igualmente señaló que entre Omar Ambuila, Emilson Moreno Granja y William Leonardo Quiñones Angulo, al igual que Gustavo Adolfo Rivas crearon una empresa criminal que tenía como finalidad falsear documentos, ocultar a las entidades de control la realidad económica de sus operaciones, de unas operaciones comerciales, coordinar la introducción de mercancías al país, servirse de empresas creadas bajo todos los rigorismo legales que no iban a desarrollar su objeto social; generar pasivos e ingresos, incrementar su patrimonio, anotar datos ajenos a la realidad en denuncios rentístico, entre otras, y detalló que con esa finalidad el colectivo creado ideó y concertó estrategias tendientes a hacer efectivos sus fines, siendo el principal la omisión de controles en su calidad de funcionarios de la Dian, de mercancías que ingresaban sin el cumplimiento de los requisitos aduaneros.*
- 1.3. *(28:00) Explicó por tanto en relación con el delito de concierto para delinquir que Omar Ambuila, Emilson Moreno Granja y William Leonardo Quiñones Angulo cumplieron distintos, distintos roles, refiriéndose a ellos como funcionarios públicos adscritos a la DIAN que prestaron una colaboración eficaz para que ingresara mercancías sin cumplir con los requisitos para el ingreso al país.*
- 1.4. *(29:00) Desde ese punto de vista es claro que en la acusación quedó delimitado el marco fáctico que justifica la imputación de la fiscalía por el delito de concierto para delinquir y que a partir del contexto planteado se le suministró los elementos básicos necesarios a la defensa para que contra- argumenta dicha hipótesis, pues la exigencia de sentar sus bases probatorias*

hace parte de una fase distinta del acusación. Y a pesar de lo extenso que hasta este momento había sido la exposición del contexto fáctico del caso, prosiguió la señora fiscal indicando cuál sería la imputación jurídica para cada uno de los acusados (...).

- 1.5. *(29:54) Agregó el concurso del delito de favorecimiento por servidor precisando que la imputación partía de haber facilitado a comerciantes e importadores y/ o agencias aduaneras, el ingreso de mercancías al territorio nacional con ocasión de su cargo en la DIAN, puntualizando que este delito había sido cometido en concurso homogéneo y sucesivo en calidad de determinador (...)*
- 1.6. *Y si bien no se mencionan cifras específicas con suprema lealtad y acudiendo a las directrices que la Corte Suprema de justicia ha trazado frente al tema, estos comportamientos han sido tipificados en el inciso más favorable. Así se dispuso por la Corte en Casación 47.532 del 2 de noviembre de 2016 con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Lo que indica que no es un comportamiento caprichoso de la representante de la fiscalía y mucho menos librado al azar.*
- 1.7. *(...) pero la acusación elevada de manera oral debe ser interpretada de la mano del contenido de los elementos materiales probatorios descubiertos, consistente en gran parte de informes de policía judicial en los que se documentaron todas las entidades y hallazgos que produjo la investigación, lo que no significa que se le traslade el deber de claridad que le asiste a la fiscalía en la concreción del caso que llevaría juicio*

sino más bien, como es apenas natural, en franca observancia a los principios de lealtad y objetividad, el deber de examinar de forma contextualizada la acusación y sus anexos.

- 1.8. *Tampoco hace honor a la verdad que desde la audiencia de formulación de imputación hasta la presentación de la acusación se hayan modificado el contexto fáctico que dio origen al caso, pues una escucha juiciosa a los detalles expuestos ante el juzgado Noveno Penal Municipal con Función de control de garantías por la fiscalía encargada de formular la imputación, llevada a cabo el 30 de marzo de 2019 revela un hilo conductor coherente entre los hechos allí expuestos y los que ahora se plantearon en la audiencia de formulación de acusación. Que en lógico desarrollo de la progresividad de la investigación se presentan más precisos, sin desbordar el núcleo fáctico presentado en la primera audiencia.*
- 1.9. *(34:45) La circunstancia en que dicho comportamiento tuvieron lugar no son otras que las que están expuestas en el escrito de acusación presentados oralmente en la última audiencia, y los elementos materiales probatorios que en la medida en que la defensa lo permita que serán aportados materialmente con la finalidad que ya sobre bases ciertas, en la audiencia preparatoria, se pueda hacer el mejor uso de las falencias o desaciertos en los que eventualmente puedan incurrir las partes, alejado de las arenas movedizas de la especulación a las que se llega cuando sin agotar el descubrimiento probatorio por fuera de la sede del estrado y mucho menos haber llevado a cabo el debate probatorio ya se están anticipando las*

conclusiones, lo que no resulta nada sano para un debate de la altura jurídica como el que nos convoca.

2. Sala Penal del Tribunal de Cali dirimió el recurso con decisión del 14 de febrero de 2020, de cuyo lacónico cuerpo extraemos como relevante lo siguiente:

- 2.1. *“(20:53) Entonces, tenemos que bajo estos, esos presupuestos en los términos en que se llevó a cabo la acusación, ninguna vulneración al principio de congruencia podría predicarse. Máxime cuando los recurrentes ni siquiera concretaron los apartes, los aparentes cambios en el factum que conllevarían a la nulidad que deprecian, olvidando que la legitimación en la causa los obliga a controvertir directamente la decisión y los hechos que se encuentren inescindiblemente atados a ella para la resolución de la alzada.*
- 2.2. *(21:24) Por el contrario, lo que se observa es que las actuaciones procesales cumplieron las finalidades que le son propias, sin que podamos soslayar el carácter progresivo que ofrece el proceso penal, la valoración jurídica de los hechos no necesariamente debe permanecer incólume si en cuenta se tiene que con ocasión de la labor investigativa desarrollada por la fiscalía durante la fase de instrucción es posible al momento de formular la acusación contar con mayores detalles sobre los hechos lo cual implica eventualmente modificar dentro de unos parámetros racionales la calificación jurídica de los hechos.*

- 2.3. (22:03) Resultaría absurdo exigirle a la fiscalía que presentara los hechos jurídicamente relevantes en los términos que excesivamente formalistas pretende la bancada de la defensa.
- 2.4. (22:25) Y es que, aun cuando se acepte en gracia de discusión que hubo alguna indeterminación en los hechos jurídicamente relevantes como ya lo ha dejado ampliamente establecido la alta corporación, esto se suplió para las partes con el traslado de los informes donde los delitos estaban suficientemente relacionados, debiendo con, deviniendo con claridad que los aparentes, que las aparentes falencias se corrigieron en el escrito de acusación presentado donde se vertió el contenido de dichos reportes y, conforme a eso se especificó en qué consistió cada tipo penal imputado.
- 2.5. (23:15) Mírese que aquí la fiscalía si precisó cuáles fueron los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, esto es, definió las circunstancias de tiempo y lugar, las conductas que se le endilgaron a los procesados y los elementos estructurales de los tipos penales.
- 2.6. (23:32) Como colorario de lo anterior, dable resulta concluir que ninguna razón les asiste a los recurrentes, habida cuenta que, era en la audiencia de formulación de acusación por ser el escenario idóneo para la verificación de los elementos fundamentales del escrito de acusación previsto en el artículo 337 donde la fiscalía podía aclarar, adicionar o corregir su escrito de acusación, bien fuera a motu proprio o por petición de las partes, deviniendo para la defensa la oportunidad de conocer la totalidad de las pruebas, y a partir de ellas, preparar

su estrategia. En otras palabras, desde este momento se garantiza la unidad jurídica y conceptual y se fijan las pautas del proceso como contradictorio.

En virtud del principio de progresividad la actividad investigativa de la fiscalía finiquita una vez se ha formalizado la acusación, esto es, ante un juez competente.”

3. REPROCHE A LAS DECISIONES DE INSTANCIA.

Aquí sólo haremos un reproche de contraída enunciación, que hallará plenitud en los reproches a la acusación y la presentación de los defectos específicos que acusamos.

3.1. De la primera instancia:

3.1.1. La jueza de conocimiento, antes que ocuparse de la tarea, anticipa argumentos ad hominem contra la defensa, acusándola de articular dilaciones procesales.

3.1.2. No se detiene a cotejar los cambios de la imputación a la acusación. No advierte que la imputación jamás se compuso atribuyendo falsedad de documentos, el verbo **“ocultar”** en el cargo de Lavado, la **“introducción de mercancía”** en el favorecimiento al contrabando. Referentes fácticos y normativos adicionados en la acusación.

3.1.3. Aprecia como cumplida la forma de participación en la afirmación de la Fiscalía **“cumplieron diferentes roles”**. Frase con la cual se pretenden cumplidas las exigencias

fácticas del Concierto, pero en uno y otro caso, sabemos su insuficiencia para dar cuenta de los presupuestos del tipo del artículo 340, como de la forma de participación. Como resulta insuficiente adicionar: **“(...) la (...) colaboración eficaz para el ingreso de mercancías”**. La defensa, a manera de giro retórico, retaba a cualquier operador judicial para que identificara en la acusación dónde se definía la calidad de autor y determinador de OMAR AMBUILA -conceptos alternativos de la acusación-, para resaltar la indefinición que se reprochaba. Obviamente la instancia no respondió al reto, como no lo hace la segunda instancia. Les sería imposible, por inexistencia material del asunto en el cuerpo de la acusación.

3.1.4. Resulta ser una falacia de petición de principio luego afirmar que **“quedó delimitado el marco fáctico (...) por el delito de concierto (...)”**, pero obviando al tiempo la alusión concreta ha llamado marco fáctico. La razón es sencilla: no existe en la acusación tal marco.

3.1.5. Para la A quo es suficiente con repetir las frases vacías de la acusación: **“(...) facilitando a comerciantes e importadores y/o agencias aduaneras el ingreso de mercancías (...) en calidad de determinador (...)”**, refiriéndose a OMAR AMBUILA. El ejercicio mandatorio era otro, comunicar de manera circunstanciada en qué consistió esa acción. Qué agentes, comerciantes o importadores fueron favorecidos, qué mercancías fueron objeto del favorecimiento, cuándo, cómo, dónde, de qué manera. El valor de lo incautado, etc. Pero nada de eso existe en la acusación. En tal sentido, la decisión adolece de un sesgo de confirmación.

3.1.6. En impropia y reprobable afirmación la instancia pretende que la acusación alcanza la anhelada completitud con los elementos materiales probatorios, que se darán en el descubrimiento probatorio. Según el fallo, a través de estas adiciones se alcanza el **“contexto”** que extraña la defensa. Vaya desatino. Todos sabemos que la acusación debe anclarse en un **principio de suficiencia**, que le permita autocontener los hechos jurídicamente relevantes de los tipos, sin acudir a la expectativa de futuros descubrimientos probatorios. La acusación NO puede **“interpretarse de la mano del contenido de los elementos materiales probatorios”**. Incluso la instancia, desconociendo ese descubrimiento, propone de manera osada abrazar las imprecisiones presentes, por la promesa incierta de plenitud conceptual en la audiencia preparatoria: **“(…) en la audiencia preparatoria, se pueda hacer el mejor uso de las falencias o desaciertos en los que eventualmente puedan incurrir las partes (…)”**. Para la Jueza, sin llegar a la audiencia preparatoria, todo queda expuesto a las **“arenas movedizas de la especulación”**. El yerro se extiende hasta las consideraciones de la segunda instancia, en una secuencia argumental que debe dejar perplejo al más imparcial de los observadores.

3.1.7. En un juego argumental de artificio, recurriendo a la autorreferencia y petición de principio como falacia argumental, la instancia propone que **“(…) La circunstancia en que dicho comportamiento tuvieron lugar no son otras que las que están expuestas en el escrito de acusación**

presentados oralmente en la última audiencia (...) .

Precisamente de lo que se trata es de identificar si eso que contiene la acusación satisface la descripción de los hechos jurídicamente relevantes. Y si no hay más que las contenidas en la acusación, entonces son incompletas en unos casos e inexistentes en otros. Por eso elude identificar los hechos jurídicamente relevantes en un acto procesal que no acierta en la tarea procesal y de garantía para la defensa.

3.2. De la sala Penal del Tribunal de Cali.

La decisión, primero intenta allanar sus motivaciones anticipando que la defensa no concretó los cargos, en una evidente omisión de lectura y escucha de las intervenciones del defensor, que fueron precisamente limitadas en el tiempo por la jueza de instancia. Pero realmente la solicitud y el recurso fueron concretos en el referente jurisprudencial y legal y las incongruencias de imputación y acusación, como la orfandad de hechos jurídicamente relevantes.

- 3.2.1. En un acto de desviación del objeto del recurso, se reconforta la Sala afirmando que ***“las actuaciones procesales cumplieron las formalidades que le son propias (...)*”**, como si la actuación fuera de meras formas. Es cierto que lo adjetivo es momento y escenario esencial, pero no para el cumplimiento sin contenido de las formas, sino para valorar y materializar derechos sustanciales. De tal manera que el esguince argumental está más cercano a un exceso ritual manifiesto.

3.2.2. En un auténtico indicador de desconocimiento o de reto a la jurisprudencia reinante, incurre en la osadía de afirmar: **“(...) la valoración jurídica de los hechos jurídicamente relevantes no necesariamente debe permanecer incólume (...)”**. Reto o laxitud teórica, esta declaración de principio vulnera la función y se margina del mejor entendimiento del acto procesal de la acusación (Art. 336 a 343). La defensa, en su denuncia de la ineficacia del acto procesal de la acusación planteaba que el control formal del juez de conocimiento era esencial y además promovido por la jurisprudencia que sobre el tópico ha producido la Sala Penal de la Corte en los últimos cuatro años, particularmente desde el despacho de la doctora Salazar Cuellar. Aquí asistimos al anacronismo hermenéutico de admitir, eventualmente, cambios, además, en el factum. Todo para desestimar la incongruencia de la imputación y la acusación y pretender que la investigación de la Fiscalía se extiende hasta la formalización de la acusación y no hasta la presentación del escrito de acusación, como mejor se comprende. Un reto a la jurisprudencia.

3.2.3. La Sala del Tribunal supone que las exigencias que la defensa hizo de una adecuada acusación, al tenor de la novedosa jurisprudencia citada se constituía en una exigencia **“(...) en términos que excesivamente formalistas pretende la bancada de la defensa”**. La defensa no es la que ha liderado el mejor entendimiento de los requisitos formales y materiales de una acusación, ni de las peticiones para que los jueces de conocimiento operen un oportuno control formal, ni exigir su cumplimiento puede comprenderse como excesiva exigencia de formalidad. El acto está pautado legalmente y en

lo dudoso se acude a las aleccionadoras decisiones de la Corte para modelar lo exigible. De hecho, la decisión del Tribunal jamás se digna instrumentar las pautas de la Corte o señalar porque la defensa mal comprende sus máximas o desvía los deberes. Desprecia la jurisprudencia citada y mejor opta por el privilegio de su discrecionalidad.

3.2.4. La opción de impericia o ignorancia cobra fuerza al escuchar el desvarío con el cual se despacha negativamente las proposiciones de la defensa: ***“...la falta de hechos jurídicamente relevantes se suple con los informes de policía judicial que se vertieron en la acusación...”***. Ahora resulta que para el Tribunal no es necesario precisar los hechos jurídicamente relevantes, alma de los tipos imputados, esencia material y fáctica de la acusación y referente ineludible de la contrahipótesis de defensa. Ahora, en la omisión de lo garante, el escucha o lector, debe asistir a la enunciación de informes de Policía Judicial para imaginar cómo logra completitud la acusación. Decíamos, algo semejante a la propuesta de la primera instancia, allí referida a todos los elementos materiales probatorios y la audiencia preparatoria. Qué poco hemos avanzado en incorporar los nuevos rigores procesales de la Ley 906. Terminará siendo obsoleta sin haber cumplido su propósito. Y agota su decisión con la falacia de una petición de principio en la afirmación ronca y pronunciada con autoridad: ***“(...) mírese que aquí la Fiscalía sí precisó (...)”***. Pero, ¿qué precisó?, ¿dónde se satisface las falencias denunciadas?, ¿qué cotejo realizó frente a la imputación?, ¿dónde se determinan los hechos, las formas de participación, la mercancía objeto del contrabando,

los documentos falseados?, etc. Es el poder de la nominación: “*si yo digo que están ahí, sólo usted debe mirar*”. Se camina por un mundo imaginario que elude la tarea, optando por un sesgo de confirmación. La lógica y la sana crítica quedan solo como expediente de un imaginario judicial que aquí se extraña.

4. LOS REPROCHES DE LA ACUSACIÓN.

El documento es extenso y así su lectura, apenas abreviada por el consenso de las partes respecto de la alusión a elementos materiales probatorios. Aquí no podremos sino enseñar a los más sensibles y obvios:

- 4.1. “3.1. *La indagación se origina por informe Ejecutivo dirigido al fiscal 33 adscrito a la antigua dirección de la Fiscalía nacional, es, nacional especializada antinarcóticos y lavado de activos DFALA, por parte de funcionarios adscritos del grupo SION JU-JESIN de la Policía Nacional el día **7 de febrero 2017**-(R:38:00) en el que refieren que en virtud del intercambio información que se realiza entre la Dijin y la agencia de inmigración y aduanas de los Estados Unidos de América ICE, el 2 de febrero del mismo año se recibió oficio de dicha agencia en el que relacionan datos recibidos por fuente humana donde se menciona a los ciudadanos colombianos Omar y Elba, como miembros de una organización criminal transnacional **involucrada con el tráfico de estupefacientes desde Colombia hacia Estados Unidos**. Adicionalmente se refiere en dicho documento que los mencionados ciudadanos*

coordinan sus actividades delictivas a través de 2 abonados telefónicos.”

REPROCHE: Se fija un espacio temporal de inicio a partir del 7 de febrero de 2017, el mismo de la imputación. Luego, en la acusación, como veremos, el término se extiende hasta 2006 sin justificación alguna. Ello rompe la debida congruencia fáctica y adiciona hechos no mencionados en la imputación. Se enuncia, como declaración de maliciosa invocación, que la hipótesis delictiva que ocasiona la noticia criminal corresponde a tráfico de estupefacientes; luego la acusación no dispone de ningún cargo semejante. El asunto parte de la incongruencia y avanza a las prácticas maliciosas para interceptar teléfonos con razones que persuadan al juez de garantía, pero al tiempo dejan desnuda la ausencia de materialidad por los cargos que efectivamente se hace. La droga no entra a Colombia, sale. Y su tráfico no resulta de omisiones aduaneras para el ingreso de mercancías.

4.2. *“(38:33) Con ocasión de tal información se realizan diferentes labores de verificación e investigación mediante las cuales se estableció la identificación de diferentes personas, entre otras se determinó que el señor Omar Ambuila en asocio con Emilson Moreno Granja y William Leonardo Quiñones, así como con otros funcionarios de la Dian algunos no identificados, **se han dedicado de manera recurrente a facilitar el contrabando a empresas importadoras, agencias aduaneras y comerciantes en el puerto de Buenaventura, actividad que fue detectada desde el año 2017 cuando se inicia este caso hasta el año 2018.”***

REPROCHE: No hay hechos jurídicamente relevantes, sólo proposiciones abiertas y en abstracto. La recurrencia en la facilitación del contrabando, como concurso homogéneo, debería detallar los hechos concretos y jurídicamente relevantes, pero no existen en la formulación de acusación. Aún así, las decisiones cuestionadas los dan por bien explicados.

4.3. *“(39:00) En estas actividades **participó** el señor Gustavo Rivas Arboleda como colaborador y persona de más confianza, de confianza, más específicamente los señores Emilson Moreno y Omar Ambuila, **pues se encargaba de conseguir contactos** para el desarrollo de dichas actividades ilícitas, así como también **se encargaba del manejo de dinero en efectivo** que era producto de esas actividades (...)”*

REPROCHE: No hay hechos jurídicamente relevantes asociados a un tipo penal, ni se sustenta la forma de participación, ni las llamadas actividades ilícitas. No se identifican los contactos, ni las sumas que manejó, ya fuera en efectivo o cuentas bancarias. No se describe las actividades que cumplía en colaboración y si eso significaba complicidad o autoría, concierto o coparticipación.

4.4. *“(39:17) Los señores Omar Ambuila, Emilson Moreno Granja y William Leonardo Quiñones Angulo son servidores públicos adscritos a la Dian en diferentes cargos, siendo el señor Ambuila el jefe del grupo interno de trabajo del grupo de control, grupo en el que los señores Moreno Granja y Quiñones Angulo dependían jerárquicamente de Ambuila se estableció por parte de la Fiscalía **que sus cargos y funciones le permitían tener acceso y contacto -dinero- (R:39:37) a***

contenedores, porque sus funciones se encuentran en un vínculo inescindible con tales elementos, lo cual les permite la manipulación, flexibilización de controles, distribución, re empaque, entre otros.”

REPROCHE: Una descripción somera de las funciones de un funcionario solo reitera obviedades de la función misma: acceso a contenedores y la posibilidad de manipulación, flexibilización de controles, distribución, reempaque, entre otros. Pero no se incorporan afirmaciones asertivas y concretas referidas a hechos verificables materialmente, circunstanciados en su acción, tiempo, condiciones, lugar, identidad de elementos -mercancía- y la identidad de los beneficiados, de esas empresas importadoras. Estos últimos -que serían partícipes- jamás tendrán en la acusación identidad, identificación o vinculación, desvelando su inexistencia. Y es toda esta materialidad inexistente la que explica la opacidad y la anomia descriptiva de la acción, sus actores y circunstancias. Se trata de imprecisión e insuficiencia, que priva a la defensa y al operador judicial de los componentes fácticos que habiliten la contradicción, la verificación en juicio y el discernimiento para el fallo. Se extraña la secuencia de congruencias a todos los actos procesales, el que aquí se denuncia y los que están por venir.

4.5. *“(39:48) Fiscalía: Respecto al favorecimiento al contrabando **se detectaron dos modalidades: saqueo de mercancía ingresada en contenedor y no declarada en documentos obrantes e ingresos en retribución a entrega de contenedores.** Modalidades en las que participaban de diferentes maneras los señores Omar Ambuila, Emilson Moreno y William Leonardo Quiñones Angulo aprovechando,*

aprovechándose de sus cargos y las funciones desempeñadas en estos como se dijo anteriormente”.

REPROCHE: Solo pretende asociar a Omar Ambuila al tipo penal de favorecimiento al contrabando y unas modalidades ilustra la doctrina, pero no existen hechos jurídicamente relevantes para componer esas afirmaciones. No disponen de la materialidad de los elementos objeto de contrabando y, para no ser aquí reiterativos, toda la exigida circunstancia de los hechos, pues el cargo pretende un concurso homogéneo, y ello debería haber nutrido la precisa información que dé sentido al cargo, no puede pretender la Fiscalía y avalar el operador judicial, que la defensa componga la contradicción sobre simples proposiciones retóricas sin componentes fácticos que le den sentido. Solo encontramos afirmaciones en abstracto, a manera de coloquial comentario.

El aspecto más sensible de esta acusación radica en la virtud que la Fiscalía le otorga de servir como **delito subyacente**. Siendo la base de los cargos acusados, la exigencia de su determinación circunstanciada debe ser mayor, pues los cargos posteriores de Concierto, Enriquecimiento ilícito y Lavado de activos, deberían explicarse en una relación de congruencia de antecedente - consecuente. Indeterminado el delito base, los otros cargos debilitan su vínculo de ilicitud penal. Así, las diferencias patrimoniales, compra de divisas y giros, como simples indicadores, empiezan a dar sentido a otras causas que, de ser ciertas, desbordan el objeto del derecho penal y bordean apenas lo tributario.

Si el favorecimiento se componía por la laxitud de los controles y tareas del servidor en el ingreso de mercancías al país, la

imputación y la acusación incumplen con el deber de precisar qué tipo y calidad de mercancía fue objeto de dicha omisión, y conocer los valores de referencia. La acusación nunca definió cuál era el avalúo de la mercancía -para fijar el tipo y la consecuencia jurídica-, presupuesto esencial para que el procesado valore su estrategia de defensa y las opciones de aceptación de cargos, negociación, allanamiento, principio de oportunidad.

Pero, como pueden advertir los honorables Magistrados, no existe una acta de aprehensión, si contrabando era; no se identifica un manifiesto de carga, no hay declaración de importación, identificación de los embarques, las agencias de aduanas que intervinieron. No se identifica el importador o las empresas favorecidas.

La afirmación de falsedad en documentos se hace de forma irresponsable, de hecho no hace parte de los cargos, pero podrían decir que sí se enunció, solo que no se precisa la materialidad de los documentos espurios. Se requiere cada una de premisas enunciadas para entender el tipo penal en blanco y así conocer el hecho mismo objeto de este juicio y no otro.

Nadie puede defenderse de cargos compuestos en abstracto; es decir, de simples proposiciones huérfanas de una fenomenología delictiva que se fije modal y circunstancialmente, para que no parezca mera inventiva compuesta a partir del diálogos telefónicos que la fiscalía valora como encriptados, pero a su manera, compone y significa sin materialidad alguna.

Se afirmó que la mercancía -sin identificar- se llevaba a una bodega, pero no se identifica la bodega. Se dice que allí se *separaba y se sacaba la diferencia*. Pues bien, tampoco se precisó qué cantidad inicial era la mercancía y cuál era la separada en diferencia, asunto relevantes y esenciales para entender la concurrencia del enriquecimiento ilícito y el lavado de activos. ¿Cómo puede entonces la defensa acudir a esos lugares a buscar evidencia favorable a los acusados?. Para ello se requiere de una precisión que se exigió en el momento oportuno, pero que no fue garantizado por los operadores judiciales. No se puede exigir a la defensa adivinarlo, ni precisarlo, pues constituye una obligación constitucional y legal del ente acusador.

4.6. *“(40:08) Fiscalía: Pues bien. El asocio de la actividad criminal relacionada con el favorecimiento de actividades de contrabando de mercancías ingresar a territorio nacional, permitió que algunos de los aquí acusados percibieran ingresos permanentes diferentes y adicionales a su asignación laboral que en ninguno de los casos es superior a 6 millones de pesos; lo que les permitía incrementar su patrimonio y desarrollar adquisiciones, inversiones lícitas, no sólo a ellos sino a familiares suyos y colaboradores”.*

REPROCHE: Para este cargo no fueron circunstanciados ni expresados los hechos jurídicamente relevantes, generando una afectación sustancial de la estructura del debido proceso. La Fiscalía hace una abstracción verbalizada de hechos, pero no cumple con fijar de forma puntual los hechos jurídicamente relevantes en su dimensión realista y circunstanciada. Esto

ineludiblemente tiene impacto en las conductas punibles de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, pues se parte de la base de esta primera conducta para establecer las otras dos.

4.7. *“(58:12) Fiscalía: Pues bien. A la concertación entonces que inicialmente establecieron Omar Ambuila, Emilson Moreno Granja, William Leonardo Quiñones y Gustavo Adolfo Rivas Arboleda para desarrollar acciones que favorecen al contrabando de su suma, se suma Elba Chara Gómez quien tanto como persona natural como a través de la jurídica que representan, representaba, sirve de soporte para justificar las sumas de dinero obtenidas de las actividades al margen de la ley ejercidas en el puerto de Buenaventura por los referidos señores, constituyéndose en parte de una organización permanente que se creó con los siguientes objetos, objetivos delictivos:*

- a. *Falsear documentos, declaraciones de importación, documentos de transporte, listas de empaques, facturas con miras a justificar la introducción de las mercancías al territorio nacional.*

- b. *Ocultar a las entidades, ocultar a las entidades de control la realidad económica de unas operaciones comerciales no sustentadas en el desarrollo de la actividad económica objeto social regular, simulaciones y transacciones inexistentes.*

- c. *Coordinar la introducción de mercancías de manera irregular generando de manera consecutiva sendos contrabandos.”*

REPROCHE: En la imputación nunca se hizo referencia a la falsificación de documentos, pero en la acusación se adiciona, vulnerando la máxima de inmutabilidad de los hechos. Frente a este primer objetivo no existe una referencia concreta en todo el escrito de acusación ni en la audiencia. Siempre se ha señalado tales conductas como los hechos jurídicamente relevantes del delito de favorecimiento, pero no se especificó en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar se llevó a cabo cada una de ellas. No se identifica qué documentos fueron falseados y quién incurrió en su hechura.

La imputación nunca hizo referencia a que los imputados habían **introducido** al país mercancías de manera irregular. Ahora lo vemos en la acusación, vulnerando el principio de inmutabilidad de los hechos, del factum. Y aquí, no se establece cuál fue la mercancía ingresada, ni la clase, ni la cantidad, ni el valor.

- 4.8. *(1:00:10) Por último debe manifestar esta delegada que se terminó que en el período de tiempo en que se desarrollaron los hechos en esta investigación del año 2017, básicamente se presentaron por parte de la Dian aprehensiones de mercancía en la dirección seccional de Buenaventura puerto de Buenaventura por un valor total de 34.786. 978.720 pesos.*

REPROCHE: La acusación pretende, de un lado, establecer como materialidad de la acusación las aprehensiones de mercancía enunciada. Pero al tiempo la Jueza 2ª Penal Especializada de conocimiento de Cali, comprende este párrafo como un mero referente ilustrativo, pero no como hecho jurídicamente relevante de la acusación: dijo la jueza: **...”sin atribuir ningún tipo de conducta irregular a los acusados relacionada con ese enunciado como certeramente lo menciono...”**. Sin censurar que omitiera, entonces, completamente la necesaria relación de la mercancía objeto de contrabando, aquella sobre la cual sí omitió la labor de aprehensión y precisar sus actores, funciones omitidas, identidad del hallazgo, cantidad, valor, si se produjo en puerto, en bodegas externas, y en qué momento.

4.9. *“(1:00:10) Por último debe manifestar esta delegada que se determinó que en el período de tiempo en que se desarrollaron los hechos en esta investigación del año 2017, básicamente se presentaron por parte de la Dian aprehensiones de mercancía en la dirección seccional de Buenaventura puerto de Buenaventura por un valor total de 34.786. 978.720 pesos.*

*1:00:37 Igualmente se determinó que el 87% la mercancía aprehendida por valor de 30.011.767.120 pesos se concentra en 26 titulares o responsables de la mercancía, y que el 92 % de la mercancía aprehendida por valor de 31. 996. 771.285 pesos se concentran 18 tipos de mercancías que a su vez son incluidas dentro de la clasificación arancelaria y que el valor de las mercancías destruidas (R: 1:01:16) fue de 7.058. 578.890,43; así como el valor de las mercancías entregadas como donación fue de 2.216.775.583,09 pesos, **todo esto a***

efectos de referir que el hecho jurídicamente relevante en esta situación, es que se detectó que en el control que sí se hizo por parte de la Dian, que la magnitud de la cuantificación de los controles denotan un impacto a nivel país, pues los controles que se dejaron de realizar por parte de los funcionarios aquí imputados afectaron de una forma impresionante la economía colombiana sin dejar de desconocer las cuantías de alcancías que fueron ingresadas sin el cumplimiento de los requisitos aduaneros.”

REPROCHE: Obvian los operadores judiciales que en la imputación jamás se hizo mención a aprehensiones. De hecho tampoco se documenta una que sea base de la acusación como hechos jurídicamente relevantes del favorecimiento al contrabando. Ahora se adiciona unas cuantías de mercancías correspondientes a unas aprehensiones en impertinente adición. Pero resulta que toda esta relación es solo un ejercicio de analogía que propone la Fiscalía, para que la defensa y los operadores judiciales **imaginen** la dimensión de los hechos jurídicamente relevantes, con los montos aproximados de la mercancía que podría haberse incautado. Se llega a la cima de la imprecisión.

Puede escucharse que el período de tiempo referido, el año 2017, es el mismo período que se atribuye en abstracto a los hechos acusados. No puede ser que el mismo período de tiempo sirva para explicar dos fenómenos opuestos y no concurrentes. De un lado, en el 2017 se enuncian hechos de favorecimiento al contrabando por parte de los procesados. De otro lado la Fiscalía pretende ilustrar con una impropia analogía, que la DIAN incautó por contrabando una gran cantidad de mercancía durante ese mismo. No se entiende

si lo que estaban haciendo los procesados era incautar esa gran cantidad de mercancía, o por el contrario favorecer el contrabando. Si lo que dice es que se hicieron esas incautaciones, eso es evidencia del cumplimiento de funciones de los procesados. Más bien enseñan una contraevidencia de la acusación. Independientemente de la interpretación que se quiera dar a esta impertinente analogía, lo que deja sellado la Fiscalía es la improcedencia de la acusación y el incumplimiento con los presupuestos legales y jurisprudenciales que han modelado una adecuada acusación

La guinda del pastel es que la Fiscalía pretenda y que los operadores judiciales avalan, que esa referencia ajena a la acción acusada sirva de base analógica para componer por inferencia los hechos jurídicamente relevantes exigibles en esta instancia y al tiempo se valoren como garantía de favorabilidad al asociarlo a un mínimo de la pena.

Ciertamente, y solo en hechos probados, la Corte admite que la sanción sea la mínima por azarosa indeterminación de una cuantía en los elementos objeto del cargo. Pero allí primero se demanda como presupuesto una enunciación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes de manera circunstanciada, la materialidad del hecho y luego su prueba contrastada en juicio. Aquí lo que denuncia la defensa es que no se precisa la materialidad del hecho, y los jueces han pretendido que a partir de la enunciación de la consecuencia jurídica en términos de *favorabilidad* al tiempo se da sentido y existencia al presupuesto fáctico.

El vuelo argumental de la Fiscalía le sirve para calificar los hechos como de *“impacto a nivel país”* , cuando realiza un vano e impertinente ejercicio de analogía, proscrito para este momento procesal. No existe referente para dimensionar la afectación a la economía nacional, porque precisamente nunca existió incautación alguna o la verificación de lo que pudiera componer un contrabando; y luego, no existe una tarea de econometría que permita dimensionar lo acusado, precisamente por indeterminación fáctica. Es retórica que, sin medios idóneos de referencia, pretende persuadir al juez, antes que informar a la defensa el *factum* y realizar una adecuada acusación a partir de hechos jurídicamente relevantes. Anticipa alegatos de conclusión donde solo se debe ser claro y sucinto.

Todo es inventiva compuesta a partir de diálogos telefónicos que la Fiscalía valora como encriptados, pero que a su manera, compone y significa para acusar con la volatilidad de las palabras, donde se requiere la materialidad del hecho.

4.10. A minuto 14:03:32 de la diligencia de imputación del 30 de marzo de 2019, la fiscalía simplemente señalaba:

“(...) suponiendo que la mercancía no supera los 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, aunque consideramos que sí, pero en los audios no es claro cuantificar, no obstante, se han establecido salidas y cambios de contenedores de 139 cajas, de 177 cajas, de 911 cajas (...)”.

REPROCHE: Desde la imputación se desvelaba que la composición de hechos y el imaginario delictivo no deriva de una facticidad o materialidad, sino de “suposiciones” al garete, como subjetivo y sobredimensionado entendimiento de unas llamadas telefónicas. Reiterado en la acusación, esta composición está muy lejana de constituir un hecho jurídicamente relevante. Resulta completamente desatinado argüir que la imprecisión constituye una garantía para el procesado porque se aplicó el concepto de favorabilidad para predicar el mínimo de las cuantías. Craso error. La indeterminación de los hechos jurídicos relevantes jamás puede constituir un favor rei. Es falaz afirmar esto, pues, toda la jurisprudencia está compuesta a partir de la exigencia de claridad, precisión y concreción de los hechos jurídicamente relevantes. Su imprecisión o inexistencia constituye, en cambio, una violación del debido proceso y una limitación al ejercicio de la defensa, que atentan contra la eficacia de los actos procesales, que demanda la corrección por vía de nulidad. Y luego no existe un escenario que pueda superar la incongruencia. **Es absurdo esperar hasta una casación para que la Corte esponga lo que se hizo mal y se pierda todo el trabajo procesal,** tiempo y dinero del erario, tiempo y dinero de los procesados, y con breves palabras: INEFICIENCIA E INEFICACIA en los actos de administrar justicia.

4.11. “(40:34) *A continuación se describe la forma en que se desarrollaron esas transacciones ilícitas.*

1º Adquisición de vehículos de alta gama. Respecto de los vehículos Porsche Cayenne y un Lamborghini huracán Spyder, sin contar con la capacidad económica para ello en el año 2017. Vehículos valuados por más de 800 millones de pesos. La señorita Jenny Lizeth Ambuila Chara hija del señor Omar

*Ambuila, con 24 años, adquirió en Miami Estados Unidos los referidos vehículos, ambos modelos 2017. Se tuvo conocimiento de que estos vehículos fueron incautados por autoridades de este país por infracción al título 18 del código de los Estados Unidos lavado de instrumentos monetarios. **Igualmente se conoció que en tales diligencias se efectuó entrevista a la señorita Jenny Ambuila, quien realizó varias manifestaciones respecto a la adquisición de estos vehículos en aras de justificar la procedencia de dineros con los que realizaron dichas adquisiciones.***

(41:21) Respecto de dichas manifestaciones se procedió a constatar por parte de la Fiscalía lo siguiente: *la señora Elba Chara Gómez y Jenny Ambuila Chara hacen parte de diferentes empresas aquí en Colombia”.*

REPROCHE: Es evidente que la acusación no se ocupa de hechos jurídicamente relevantes sino de medios de prueba y argumentos de pretendida persuasión dirigidas al operador judicial. Aquí estamos frente a una violación de derechos fundamentales de los procesados, particularmente de la señorita Jenny Ambuila. El artículo 33 constitucional le protege el derecho a guardar silencio y que sus declaraciones previas no puedan utilizarse mientras ella no renuncie a su derecho constitucional. Adicional a la vulneración del derecho constitucional, se comete la impertinencia de anticipar valoraciones y oponer argumentos de contraste y confutación. Sobre evidencia que no tiene un amparo de legalidad en Colombia, pues se obtuvo en los Estados Unidos y no se comunica cómo se obtuvo y si goza de amparo de legalidad. Este solo acontecimiento es tan significativo constitucionalmente, que amerita que la magistratura

de la Corte conmine a la Fiscalía a que reconstruya esta acusación, dado el grosero desconocimiento de las garantías procesales y el desacato a la jurisprudencial que en los últimos años ha nutrido el deber hacer y la actitud modelo que debe contener una acusación.

4.12. *“(1:06:41) 4º CONCIERTO PARA DELINQUIR del artículo 340 del Código Penal, se le imputó y obviamente aquí nuevamente se le acusa como autor.”*

REPROCHE: Si la defensa trata de identificar en la acusación los presupuestos fácticos del concierto para delinquir y de las formas de participación acusadas, no puede sino quedar estupefacta. Así debería estarlo el operador judicial que haga una adecuada lectura del documento y la escucha del audio, para percibir la total orfandad del momentum, del factum, de la fenomenología circunstanciada que puede dar vida a esa acusación. Vacío y simple atribución discrecional. No precisa el cómo y cuándo, pero además le llama determinador de unos cargos y autor de otros, pero jamás asistimos a la exposición de hechos y circunstancias en que OMAR AMBUILA obra como autor respecto de un delito y como determinador en otros. No se identifica a quién determina y qué medios empleó para ello. De qué manera se materializó esa determinación, cuándo, para qué propósito específico, etc.. Y si se concertaron, cómo y cuándo nació esa empresa criminal y qué contenidos materiales dan sentido a esa afirmación.

Respecto del lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particular no incorporan hechos jurídicamente relevantes, sólo se inunda la acusación de referencia a medios probatorios, pretendiendo que así el escucha o lector identifique los presupuestos del tipo. Esta tarea se ve sustituida por meras comparaciones patrimoniales, donde se llega a la

inconsecuencia según la que, si lo favorecido no suma más de 50 salarios mínimos mensuales vigentes, lo enriquecido y lavado suma miles de millones. En un ejercicio matemático que no propone ecuaciones, sino contrariedades y absurdos. Omar Ambuila se acusa de tener una diferencia patrimonial de 50 millones de pesos, pero el enriquecimiento ilícito lo dimensionan en miles de millones.

El ingreso no justificado, en el caso de ELBA CHARÁ se fija en 1.207 millones en la página 26 de la acusación y correspondiente audio, pero seguidamente, en la página 26 se habla de 8.100 millones, aunque el dinero recibido por Jenny Ambuila en Estados Unidos solo se documenta en 646 millones.

Bajo el concepto o título **“se constató (...)”** se establece una constante retórica recurrente de las primeras 23 páginas del escrito de acusación y el proporcional tiempo de su lectura, prueba de que allí no se hace una relación sucinta de hechos jurídicamente relevantes, sino un cotejo probatorio, su valoración y alegato final, pretermitiendo los protocolos propios del momento procesal.

La acusación se distrae en cuentas por cobrar, relación de pasivos, ingresos, egresos, accionistas, importaciones, la simple afirmación de existir empresas fachada -pero nada se dice de su objeto social-. es decir, un cúmulo de evidencia sin son ni ton, opacando la precisión que debe prevalecer en la acusación. Incluso, en la página 22 del escrito y el tiempo de lectura, se cita doctrina para dar fuerza a una afirmación, asunto que, además de impertinente, no da crédito a su autor.

III. REFERENTE JURISPRUDENCIAL.

No pretendemos ilustrar a la Sala Penal de la Corte sobre sus propias decisiones, solo queremos demostrar las pautas epistémicas sobre las cuales ha gravitado el esfuerzo de la defensa por obtener garantía de una debida acusación. En audiencia, las citas de la defensa retomaban el tópico de la debida acusación desde el año 2016, que pacíficamente se ha reiterado hasta hoy. Línea hermenéutica que no mereció una mínima referencia de las decisiones atacadas, siendo más notorio en la decisión de la Sala del Tribunal de Cali, que opta por una discrecionalidad fuera de sintonía.

En el radicado AP3196-2019, Radicado n.º 55.667 del 31 de julio de 2019, la Corte ha sostenido:

“(…), entre otras, en la CSJ SP del 20 de marzo de 2019, Rad. 48073, que los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que se subsumen en un tipo penal. No son los indicios o hechos de los cuales se infiere el hecho desconocido, ni los medios de prueba. Son los supuestos fácticos que se adecúan al tipo penal descrito abstractamente por el legislador, con las circunstancias que lo acompañan, y, cuya claridad y necesaria precisión influye en el desarrollo de la actuación, como ocurre por ejemplo al discernir sobre la pertinencia y conducencia de las pruebas en la audiencia preparatoria.”

Es así como frente a los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, la fiscalía no cumplió con el presupuesto formal que cobija la legalidad del acto, y ello es trascendental para el proceso porque no

sólo delimita el tema de prueba sino también la decisión del Juez al finalizar el juicio oral. En palabras de la CSJ en decisión **SP4252-2019, Radicación No.º 53.440 del 02 de octubre de 2019:**

“La acusación es un elemento estructural del proceso, toda vez que (i) el tema de prueba está constituido por la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes establecida por la Fiscalía e incluida en dicha actuación, sin perjuicio de las propuestas factuales que haga la defensa; (ii) por tanto, de la misma depende el estudio de pertinencia y las demás decisiones que deben tomarse sobre las pruebas en la audiencia preparatoria; (iii) es el referente obligado de las estipulaciones probatorias que pueden celebrar las partes; (iv) es la base de los acuerdos u otras formas de terminación anticipada de la actuación penal que tengan ocurrencia luego de su formulación; y (v) en virtud del principio de congruencia, limita el margen decisional del juez (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 11 jun. 2019, Rad. 51007; CSJSP, 17 sep. 2019, Rad. 47671, entre otras).”

“Por estas razones, y en atención a la reglamentación legal de esta actuación de la Fiscalía, la Sala ha resaltado lo siguiente: (i) la determinación de la procedencia de la acusación –“juicio de acusación”- está a cargo de la Fiscalía General de la Nación; (ii) la misma procede cuando de las evidencias físicas, documentos y demás información recopilada durante la investigación, se pueda “afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe” –Art. 336-; (iv) la Fiscalía tiene la obligación de expresar los hechos jurídicamente relevantes “en un lenguaje comprensible” –Art. 337-; (v) para tales efectos, resulta imperioso diferenciar los hechos jurídicamente

relevantes, los hechos indicadores y los contenidos probatorios, bajo el entendido de que la hipótesis factual solo debe incluir los primeros, estos es, los hechos que pueden subsumirse en las respectivas normas penales; (vi) en el sistema procesal colombiano, a los jueces les está vedado controlar materialmente la acusación; y (vii) sin embargo, tienen la obligación de ejercer las labores de dirección de la audiencia que resulten necesarias para procurar que la Fiscalía ajuste la acusación a los requisitos formales previstos en el artículo 337, especialmente, para que precise los hechos jurídicamente relevantes por los que se hace el llamamiento a juicio (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599; CSJSP, 23 nov. 2017, Rad. 45899; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 11 jun. 2019, Rad. 51007; CSJSP, 17 sep. 2019, Rad. 47671, entre otras”.

IV. REFERENTE NORMATIVO.

La Constitución Política acoge con claridad en su **Artículo 86** que toda persona tiene derecho a la **Acción de Tutela** para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos se encuentren amenazados, y para que el accionado actúe o se abstenga de hacerlo, según sea la forma como se esté causando la vulneración o la agresión. La Corte Constitucional alecciona en los siguientes términos:

*“La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, **la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales** cuando, de acuerdo con las*

*circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley (...)*¹.

V. CAUSALES GENERALES DE PROCEDIBILIDAD.

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene (a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y (b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 17 de marzo de 1994. M.P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Es evidente la trascendencia constitucional que compromete esta acción, dado que es sobre la misma constitución que se vuelca el debate, dado que los derechos fundamentales a un debido proceso, regulados por los artículo 28 y 29 Superiores se vulneran en el contexto de indebido razonamiento, al margen de las pautas legales y el mejor entendimiento que la Corte, como tribunal de cierre ha dado al tópico de la adecuada acusación y la conminación a los jueces de conocimiento de operar controles al acto procesal. Las decisiones atacadas han desconocido el control de la acusación y la protección constitucional que merecen los procesados a disponer con claridad de los hechos jurídicamente relevantes de que se les acusa y a que no se vulnere el derecho constitucional a del artículo 33 de la constitución a guardar silencio y que sus declaraciones previas no sean utilizadas mientras no se renuncie a ese derecho.

Respecto de la inmediatez debemos hacer unas precisiones. Desde el mes de abril se ha intentado obtener los audios de las audiencias de imputación, acusación, nulidad, decisiones de primera y segunda instancia respecto de la solicitud de nulidad, pero el acontecimiento de la pandemia y el cierre de las instalaciones judiciales impidió, primero, acceso a los despachos, luego, cuando se dieron a conocer los correos electrónicos de los despachos como medio idóneo de comunicación, se ha insistido en obtener estos documentos y sobre ello se ha insistido, sin que a la fecha los despachos los facilitaran. Anexamos copia de los oficios extendidos en cumplimiento de ese esfuerzo. Hemos obrado disponiendo de precarios medios para cumplir con los términos. Al menos seis meses desde la decisión de la Sala Penal del Tribunal de Cali, producida el 14 de febrero de 2020. Es decir que hasta el día 14 de agosto de 2020 podemos cumplir con el plazo. Es decir, la defensa

ha estado más compelida por una fuerza mayor que por la desidia de invocar la tutela.

De otro lado, la audiencia preparatoria no se cumple aún por falta de completitud del descomunal descubrimiento probatorio, formado, en principio por más de 347 mil archivos digitales, donde solo la escucha de más de 2.785 horas de audio ocuparían a una persona 340 días, en jornada de ocho horas diarias. Se ha citado para verificar la completitud del descubrimiento para el día 5 de octubre de 2020. Es decir, no está en juego la seguridad jurídica del proceso, tampoco el concepto de cosa juzgada, ni puede pensarse con suspicacia en maniobras de dilación, pues la prescripción hoy no tiene sentido, y los procesados están en libertad.

No puede dudarse de la relevancia constitucional de una defectuosa acusación, tanto para la composición de congruencia y discernimiento de los operadores judiciales, sino además, esencialmente, como garantía de la defensa para estructurar las hipótesis de refutación o demostración. Y si bien la ley fija las pautas generales de los contenidos de la acusación y documentos anexos desde el artículo 337 procesal, es la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte la que ha modelado los hitos hermenéuticos y la necesidad de que los jueces de garantía y de conocimiento realicen control formal de dichos presupuestos. Así, de manera precedente hemos puesto en evidencia los defectos fácticos de una y otra decisión que permiten ahora el privilegio de permanencia a un a acusación que no tiene sintonía con los modelos de racionalidad judicial que se espera de ella.

VI. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD.

La Corte ha reiterado sus entendimiento sobre los presupuestos de procedibilidad, que solo por referencia ahora retomamos de la Sentencia C-590 de 2005:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.***
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que*

precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
- i. Violación directa de la Constitución en detrimento de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, situación que concurre cuando el juez interpreta una norma en contra del Estatuto Superior o se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en aquellos eventos en que ha mediado solicitud expresa dentro del proceso.”*

Las decisiones atacadas padecen del llamado **defecto fáctico**. La jurisprudencia lo “...configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

La valoración que las decisiones de instancia hacen de la acusación y de los ataques a ella no accedieron a declarar la ineficacia del acto procesal incurriendo en falacias argumentales, sesgos y precaria valoración integral del acto procesal. Han omitido considerar que el acto procesal se ha compuesto sin una referencia a hechos jurídicamente relevantes, que han sido sustituidos por un

encadenamiento de evidencias, alusiones probatorias, doctrina, ejercicios contables, etc. Además han avalado como ajustado a derecho que la Fiscalía componga cargos a partir de declaraciones dadas por uno de los procesados fuera del país, sin fijar los límites de legalidad de la evidencia y vulnerando la reserva constitucional sobre el silencio y la prohibición de hacer uso de declaraciones del procesado mientras no renuncie a la protección constitucional.

“Así mismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una **positiva** y otra **negativa**.”

La defensa denuncia la modalidad **primera**, “...que se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada”, o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello. Esta dimensión implica la evaluación de errores en la apreciación del hecho o de la prueba que se presentan cuando el juzgador se equivoca: i) al fijar el contenido de la misma, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente no se establecen de ella; o ii) porque al momento de otorgarle mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria”.

Ambas decisiones se han separado de las adecuadas reglas de un correcto razonamiento. Ya hemos sustentado dónde se cometen falacias argumentales de petición de principio, autoridad. Errores categoriales de la parte por el todo. Argumentos ad hominem. Falsas analogías y de exclusión.

Las **reglas de la sana crítica**, como reglas del correcto entendimiento humano se ha mutado en absurdo al proponer, la primera instancia que las inexactitudes de la acusación sobre hechos jurídicamente relevantes se suplen con los elementos materiales y su descubrimiento en la audiencia preparatoria. La segunda instancia, admitiendo que el factum no necesariamente debe permanecer incólume y que las faltas de la acusación se superan con los informes de policía judicial que se vierten en la acusación. Todo un despropósito argumental y procesal.

Aquí denunciamos la falta de rigor lógico, la ausencia de racionalidad en la valoración y la desviación de las pautas procesales atinentes a la acusación, de espaldas a la jurisprudencia que los ha modelado hermenéuticamente en los últimos cuatro años. Incluso, la decisión de segunda instancia bordea el *“incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”*, pues, resulta evidente que nunca se hizo un serio cotejo de los actos procesales denunciados y con lacónico auto se despachó negativamente lo que merecía un mejor discernimiento. Se omitió el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentaban el auto, optando por frases concluyentes de autoridad, de espalda al mejor entendimiento de la Corte y sin evidencia de haber hecho la tarea.

No se trata aquí de una mera divergencia sobre la perspectiva ofrecida por la acusación, sino de francas faltas al razonamiento lógico, la racionalidad y las mínimas pautas hermenéuticas y procesales regentes del acto procesal objeto de censura.

Cuando la Sala del Tribunal omite el cotejo jurisprudencial que invita la defensa y que funcionalmente le corresponde en iniciativa, adquiere sentido el desconocimiento de la *“...fuerza vinculante de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”*. Tópicos recogidos en la Sentencia C-335 de 2008 y reiterado por diferentes sentencias, como la de unificación SU072 de 2018.

El camino de rectificación debe pasar por revocar las decisiones atacadas y, con fundamento en el **artículo 457 procesal**, declarar la ineficacia del acto procesal de la acusación, declarando su nulidad hasta la imputación, incluso. En esta irregularidad sustancial que vulnera los derechos fundamentales de los procesados la defensa jamás ha consentido y su trascendencia se comprende al advertir que la acusación corresponde a un acto procesal de carácter esencial para habilitar el derecho de defensa, modelar la congruencia procesal con la imputación y el fallo y permitir un adecuado ejercicio de discernimiento al operador judicial. Estropeada esta, se fractura el proceso mismo y sus dimensiones de garantía con dimensiones de derecho internacional, al tenor del artículo 93 constitucional. Hablamos del bloque de constitucionalidad, del que hacen parte

Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Herramientas internacionales que consagran para el efecto:

*“Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
“toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”.*

CADH, Art. 8.2 Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;”

La CSJ en decisión SP5660-2018, Radicación n° 52311 del 11 de diciembre de 2018 respecto a la acusación como elemento estructural del proceso penal y presupuesto de las garantías al procesado estableció:

“La acusación constituye un elemento estructural del proceso, en la medida en que determina el inicio de la fase de juzgamiento, delimita los aspectos fácticos que pueden ser abordados en la sentencia y es el principal referente del tema de prueba, lo que, a su vez, es el punto de partida para el análisis de la pertinencia y los demás aspectos que deben abordarse en la audiencia preparatoria.”

Es por ello que el grado de afectación a las garantías de un procesado ante la pretermisión de uno de los componentes esenciales de la formulación de acusación, deriva en la vulneración directa del derecho al debido proceso y en el desconocimiento de las normas que rigen la materia. Ambos eventos son de connotación constitucional.

VII. PETICIÓN

Ruego a esta Honorable Corporación se conceda el amparo constitucional de TUTELA a los derechos fundamentales a un debido proceso y al pleno ejercicio del derecho de defensa, conculcados a los señores JENNY AMBUILA, ELBA CHARÁ Y OMAR AMBUILA con las decisiones del Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Cali, del 5 de diciembre de 2019 y la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, del 14 de febrero de 2014. En consecuencia, revocar estas decisiones, y en corrección, declarar la nulidad de la acusación, hasta la imputación, inclusive.

VIII. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que ningún otro funcionario conoce o ha decidido sobre esta acción.

IX. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificación, podré ser ubicado en la carrera 13 No. 97-76, oficina 503, Edificio ASTAF de Bogotá. Fijo: 6108204 y Cel 3112974167. Mail: alejandro.silva@jesusyepesabogados.com

Los procesados Jenny Ambuila, Elba Chará y Omar Ambuila en el mismo correo de su apoderado.

Los accionados en el Palacio de Justicia de la ciudad de Cali, en la dirección Carrera 10 No. 12-15.

X. ANEXOS:

1. Copia de la transcripción de las audiencias de acusación de los días 13 de noviembre y cinco de diciembre de 2019. Conteniendo la decisión de la Jueza 2ª Penal del Circuito Especializado de Cali, con la cual negó la solicitud de nulidad de la defensa.
2. Copia del audio y transcripción de la lectura de auto de la Sala Penal del Tribunal de Cali, con la cual dirime el recurso de apelación.
3. Copia del escrito de acusación y adición al escrito, de los cuales se dio lectura en la audiencia del 13 de noviembre de 2019.
4. Copia de los oficios con que se ha solicitado e insistido en la obtención de las piezas procesales útiles para esta acción.

5. Copia del poder extendido por los procesados habilitando a este abogado para presentar esta acción de tutela.

Con atención y respeto,



JOSÉ ALEJANDRO SILVA CHAPARRO

C.C. No. 1.019.073.451

T.P. No. 264.685 del C. S. de la J.