

Honorable
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Decisión de Tutela
Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
SPOA 050016000000201900741

ACCIONANTE: IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO

ACCIONADO: SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN Y
JUZGADO CUARTO PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLIN

Yo, **IVÁN DARÍO GIRADO RESTREPO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía cuyo número y lugar de expedición aparece al pie de mi correspondiente firma, ubicado en la Cárcel _____, acudo respetuosamente ante su Despacho para promover **ACCIÓN DE TUTELA**, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1.991 y 1382 de 2.000, para que judicialmente se conceda la protección de los derechos constitucionales fundamentales que considero vulnerados y amenazados por las decisiones judiciales del Juzgado Cuarto Penal de Circuito Especializado de Medellín y el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, Fundamentando mi petición en lo siguiente:

HECHOS

El 13 de junio de 2019, a eso de las 15:58 horas, en la calle 63B con carrera 61, Barrio Gorety del Municipio de Bello Ant fui capturado, por cuanto en mi contra existía una orden de captura vigente dentro del radicado SPOA 050016000715201300272, como también se me encontró un arma de fuego tipo revolver calibre 38 llama martial, número de serie IM8742V, con 6 cartuchos para la misma.

Al día siguiente, 14 de junio de 2019, ante el Juzgado 1 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, declarándose la legalidad de mi captura, se me formulo imputación donde no me allane a los cargos y se impuso medida de aseguramiento en la carcel.

Según los hechos jurídicamente relevantes anunciados por la Fiscalía en la **FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN** se me endilgo el concurso de conductas punibles de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y PORTE DE ARMA DE FUEGO** artículos 340 Inc. 2 y 365 del Código Penal Colombiano.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

"De los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se tiene que, en los barrios Pachelly, Villa Linda, Villas del Sol, San Martin, Los Alpes, San Gabriel, Gorety, El Mirador, Marco Tulio Henao, El Trapiche, Baladares, Niquia, La Navarra, Goretti, Guasimalito, Araucaria, entre otros sectores del Municipio de Bello Antioquia, DESDE EL AÑO 2016 AL MES DE JUNIO DE 2019 el señor IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO alias AGAPO identificado con la cédula Nro. 98.697.166 de Medellín, SE CONCIERTO con HUBER ANDRES ACEVEDO RAMIREZ alias MAMA MIA, LUIS JAVIER

INPEC
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

ÁREA DE DACTEOSCOPÍA
Complejo Redregal Medellín

HENAO MIRANDA alias SONRISAS, RODRIGO HENAO ACEVEDO alias PERICA, JOSE OMAR HENAO ACEVEDO alias OMITAR, GABRIEL JAIME RENGIFO ESTRADA alias CHINEY, HENRY DE JESUS OSTEGA TORO alias YUDAS, GIOVANNY ALBEIRO RAMIREZ GOMEZ alias CONGA, CARLOS ANDRES OCHOA AGUIRRE alias CACEROLA, CRISTHIAN DARIO MONCADA CASTILLO alias MONCADA, SANTIAGO OCHOA SANCHEZ alias MELLIZO, JOVANNY ALBERTO MESA SUAREZ alias CHIMPA, JHION FREDY VASCO YEPES alias BARRIGAS, CRISTHIAN DAVID VARGAS GIL alias VARGAS, GABRIEL JAIME ORTEGA MARIN alias LANCHI, ANDRES FELIPE LOPEZ HERNANDEZ alias COMPOTA, CARLOS ANDRES CHAVERRA CASTAÑO alias POMPONIO, ABEL ANTONIO HENAO ACEVEDO alias ABELITO, NELSON DE JESUS ACEVEDO HENAO alias NELSON, JOHNYS MANUEL ARPIN CASTELLAR alias EL COSTEÑO, ALBEIRO ANDRES TABARES AMAYA alias TATARETO, MILTON ANTONIO GIRALDO LONDOÑO alias CUADROS, JUAN PABLO HENAO GUTIERREZ alias PIÑA, JOSE DOMICIANO CARRILLO MONTOYA alias SOLIDO, ALEJANDRO MAZO PULGARIN alias TITI, ALBER ANTONIO HENAO ACEVEDO alias ALBER, FRANCISCO MAZO PULGARIN alias POCHO y otras personas, para cometer conductas punibles como DESPLAZAMIENTOS FORZADOS, EXTORSIONES, HOMICIDIOS y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, manteniendo a la comunidad de estos barrios en un ambiente de pánico, terror, zozobra, desestabilizando las principales instituciones del estado. Dicho grupo se autodenomino "PACHELLY" y tenía como finalidad obtener el control de los sectores para hacerse con las rentas que se derivan de sus actividades ilícitas tales como el tráfico de estupefacientes y las extorsiones, como también la venta de lotes. Cada uno de los integrantes de la organización tenían un rol definido como el señor **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO alias AGAPO** quien coordinaba las actividades en el sector de Gorety.

Para el día 13 de junio de 2019, a eso de las 15:58 horas, en la calle 63B con carrera 61, Barrio Gorety del Municipio de Bello Ant., el señor **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO**, sin permiso de la autoridad competente portaba un arma de fuego tipo revolver calibre 38 llama martial, número de serie IM8742V, con 6 cartuchos para la misma, elementos que fueron sometidos a estudio técnico por parte de un perito en balística que determino que el arma de fuego y la munición están en buen estado de conservación y apta para los fines que fueron creados."

Presentado el escrito de acusación bajo el radicado Nro. 050016000000201900741, le corresponde por reparto al Juzgado 4 Especializado de la ciudad de Medellín, despacho ante el cual se llevó a cabo la respectiva acusación bajo las mismas circunstancias fácticas y jurídicas de la imputación, resaltando que los hechos jurídicamente relevantes que enuncio la Fiscalía tanto en la imputación y acusación, son los que se acaban de transcribir, no otros.

En desarrollo del proceso se presentó un **PREACUERDO** ante el Juzgado 4 Especializado, en el sentido de otorgar un solo beneficio como así lo dispone la Ley y se dio traslado de los elementos de conocimiento al despacho a efectos de que se determinara la ocurrencia de las conductas como mi responsabilidad. Posteriormente el Juzgado 4 Especializado no avalo el preacuerdo, pues considero que de los elementos de conocimiento existían entrevistas y declaraciones que indicaban que había participado en delitos como **EXTORSIONES** y **SECUESTROS** y como tal se daba la llamada conexidad sustancial, por lo que conforme al artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, los delitos conexos a la **EXTORSIÓN** y **SECUESTRO EXTORSIVO** no tienen beneficio, motivo por el cual la Fiscalía no me podía otorgar beneficio alguno.

Posteriormente, es decir el 20 de abril de 2020, ante el mismo despacho se presentó un nuevo preacuerdo donde aceptaba la responsabilidad de los delitos de **CONCIERTO PATA DELINQUIR POR DARSE CON FINES DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, HOMICIDIO, DESPLAZAMIENTO FORZADO, EXTORSIÓN** en calidad de **CABECILLA** en concurso con Porte de arma de fuego, variando mi participación a la calidad de cómplice en ambas conductas, tasando una pena de 7 años y 6 meses, resaltando que la Fiscalía aportó elementos y actos investigativos donde se establecía que no contaba con información suficiente para imputar y posteriormente acusar por las presuntas extorsiones y secuestros que me señalaban los testigos en sus delaciones.

El ministerio público se opuso a este preacuerdo, argumentando que si en la imputación y acusación se habían incluido supuestos facticos que tienen prohibición, no se me puede otorgar beneficio alguno, pues en este caso la Fiscalía tiene que acusar o solicitar la preclusión por los mimos. Esta situación planteada no corresponde a la realidad pues como podrá evidenciarse tanto en la Formulación de Imputación como de Acusación los hechos jurídicamente relevantes son exactamente los que se plasmaron en un comienzo, donde la **EXTORSIÓN** no es un delito autónomo sino una **FINALIDAD** del **CONCIERTO PARA DELINQUIR** y se si menciono hechos que no han imputados y probados de **EXTORSIÓN Y SECUESTRO**, fue en la argumentación que hizo la Fiscalía en la imposición de la medida de aseguramiento, ya que de tener elementos para imputarlos de manera autónoma lo realizaría en cumplimiento de su función.

Por su parte la Juez 4 Especializada, improbo el preacuerdo al considerar que se trasgredía el principio de legalidad, pues pese a que se cumplía con un mínimo probatorio para demostrar la materialidad de las conductas y mi responsabilidad, no se había respetados las prohibiciones existentes para celebrar negociaciones y conceder rebajas sobre la pena, esto es la consagrada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Indico que el **CONCIERTO PARA DELINQUIR** se imputo con fines de **EXTORSIÓN**, omitiendo la finalidad del **SECUESTRO EXTORSIVO** cuando por lo menos dos testigos aludieron a ello. El despacho baso su argumentación en la figura de la **CONEXIDAD SUSTANCIAL** la que no se discute en este caso. Señala que pese a que no se formuló imputación y acusación por lo delitos de **EXTORSIÓN** y **SECUESTRO EXTORSIVO** de los elementos de conocimiento se predica mi participación en ellos y que los nuevos elementos que presento la Fiscalía para desvirtuar mi participación en los mismos son precarios, concluyendo que no había nada que pudiera indicar que esos hechos no ocurrieron, es decir **DA POR HECHO LA EXISTENCIA Y MI RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE EXTORSIÓN Y SECUESTRO EXTORSIVO**, violentándome mi derecho fundamental a la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEBIDO PROCESO, IMPARCIALIDAD, UN JUICIO ORAL CONTRADICTORIO, CON INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA**, el cual ni siquiera se avizora ya que ni el mismo ente persecutor quien tiene la carga de la prueba considera que cuenta con elementos para mínimamente imputarlos.

En atención a la improbación del preacuerdo tanto la Fiscalía y mi defensa apelaron argumentando que se violentó la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, pues pese a que el juez debe hacer el control material del preacuerdo, con la decisión se invadía la función de la Fiscalía y al presumir y casi afirmar cuando concluyendo que no había nada que pudiera indicar que las **EXTORSIONES Y SECUESTROS EXTORSIVOS** no ocurrieron, impone una sentencia condenatoria por hechos de los cuales no se me ha vinculado mediante una formulación de imputación. En la apelación señalo la Fiscalía, que a medida que avanza el proceso se adquieren unas exigencias probatorias más rigurosas y por ello considero que al constatar los informes presentados relacionados con las verificaciones de las presuntas **EXTORSIONES Y SECUESTROS EXTORSIVOS**, no contaba con los suficientes elementos para formular una imputación por estos hechos.

Por su parte la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al desatar el recurso de apelación lo confirma, basándose en la Figura de la **CONEXIDAD SUSTANCIAL** la que no será objeto de debate. En su argumentación señala que la **CONEXIDAD SUSTANCIAL** no depende de la atribución formal que haga la Fiscalía sino de la verificación conjunta que de esos elementos realice el Juez de Conocimiento, lo cual como se ha señalado no será objeto de debate.

IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Atendiendo que la Sentencia C- 590 de 2005, establece los requisitos generales y las causales específicas para la excepcional procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales, entre ella que, la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, procede en un primero momento a sustentar el cumplimiento de estas exigencias y al final las demás que se requieren en este tipo de situaciones.

En primer lugar debe indicarse que, de manera clara y razonable en el acápite anterior se anunciaron los hechos que generaron la vulneración, esto es la decisión tanto del Juzgado 4 Especializado de Medellín y la Sala Penal Segunda del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quienes improbaron los preacuerdos; al considerar que con el mismo se violó el principio de legalidad, en tanto existe una conexidad sustancial y como tal, el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, prohíbe beneficios o subrogados penal en delitos secuestro extorsivo, extorsión y **CONEXOS**, otorgándose con ello un beneficio.

1. DEBIDO PROCESO –PRESUNCIÓN DE INOCENCIA-

En primero lugar es importante señalar que en este caso no se discute si existe o no la **CONEXIDAD SUSTANCIAL**, pero si se deja claro y es acorde indicar que la conexidad se pregona de los **delitos** y no de la responsabilidad, pues de lo contrario en el caso particular se violarían la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**.

La garantía Constitucional que violento tanto el Juzgado 4 Penal Especializado de Medellín y el Tribunal Superior de la misma ciudad y que tiene intrínseca relación con el debido proceso es **LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, pues tanto el Juez de Conocimiento como el Colegiado, concluyen que al existir conexidad sustancial entre los delitos por los cuales se acusó y preacuerdo concierto para delinquir con el de extorsión y secuestro extorsivo, así no se hubiere imputado o acusado, no era viable conceder beneficios, pues el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, establece que no procede concesión de beneficio o subrogado penales en los delitos de terrorismo, financiación al terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y **CONEXOS**, por lo que con el preacuerdo celebrado se vulneró el principio de legalidad pues se reconocieron beneficios prohibidos, según su criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso y una de sus garantías es la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, que significa que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, es decir que, una persona que está siendo investigada, goza durante todo el proceso penal -inicio, desarrollo y culminación- de esa presunción y hasta que no exista una sentencia condenatoria emitida por la autoridad competente, ese derecho fundamental permanecerá incólume.

En la sentencia de la Corte Constitucional, de 18 de enero de 2017 C-003/07 Expediente D-11399, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, se indicó respecto al derecho de la presunción de inocencia:

“La presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 29 de la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución: (i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; (ii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece en su artículo 8º que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”. (iii) El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

3.1.4. Sobre esta Garantía, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha precisado los siguientes contenidos del derecho: “[en] virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. **NO PUEDE SUPONERSE A NADIE CULPABLE A MENOS QUE SE HAYA DEMOSTRADO LA ACUSACIÓN FUERA DE TODA DUDA RAZONABLE.** Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. **POR TANTO, TODAS LAS AUTORIDADES**

PÚBLICAS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE NO PREJUZGAR EL RESULTADO DE UN PROCESO". En sentido similar, la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que la presunción de inocencia "impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio".

Todo lo anterior quiere decir, que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibido todo prejuzgamiento, o cualquiera preconsideración que se haga sin haber sido vencido en un juicio con las formalidades legales, decisiones en contravía de esta garantía es violatoria de la Ley y la Constitución.

Esta garantía es una de las columnas sobre las cuales se configura todo Estado de Derecho y uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas, pues "sobre sus cimientos es factible configurar un equilibrio entre la libertad, la verdad y la seguridad de los ciudadanos, en este sentido, constituye un límite al poder punitivo del Estado ya que "tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas" lo cual solamente podrá hacerse con "la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance". En este sentido, constituye un "principio fundamental de civilidad", que es el "fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable". En este sentido, la presunción de inocencia representa un límite a la actuación del Estado en virtud de la cual se protege al ciudadano de la arbitrariedad Estatal, garantizando que solo pueda ser sancionado con el respeto de las garantías.

Es de resaltar que está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, desvirtuar la presunción de inocencia, pero siempre respetando el debido proceso y las garantías Constitucionales y legales, por lo que nos encontramos bajo una presunción legal - **"IURIS TANTUM"**- es decir que admite prueba en contrario. Como tal en todo juicio para que el juez emita una sentencia condenatoria debe llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable y si existe un asomo de duda, el Juez está en la obligación de aplicar otra garantía como lo es la consagrada en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, **"IN DUBIO PRO REO"** que significa que la duda debe favorecer al procesado y en este caso particular no es que la Fiscalía de manera caprichosa omitió imputarme los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, pues si el ejercicio de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía, al momento de evaluar los elementos de conocimiento con que contaba, en este caso, dichos de dos testigos que no se pudieron verificar ya que ni las víctimas de los hechos se pudieron encontrar para ratificar las situaciones y por lo menos genera una inferencia, se pudo considerar por el ente investigador una dudas respecto a la comisión de estos y de imputarlos sería una irresponsabilidad, pues en el evento de que proceda una absolución, podría verse abocada la Fiscalía a demandas de tipo administrativo y la repetición contra el funcionario delegado del Fiscal.

En el caso particular, la Juez 4 Penal Especializada, pese a que no se imputó y acusó de manera autónoma los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, considero que se estaba bajo la figura de la conexidad sustancial. Para dicha conclusión le fue necesario, analizar los elementos de conocimiento que traslado la Fiscalía, pues de la siempre enunciación de los hechos jurídicamente relevantes que hizo el ente investigador tanto en la imputación como en la acusación, no era posible establecerla, por lo que como ya sea indicado y más adelante se retomara tanto el Juez de Conocimiento corroborado por el Tribunal, hicieron una intromisión en una facultad encomendada al ente investigador y prejuzgaron, pues al parecer dan por hecho y cierto la comisión de los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, sin haberse probado en juicio, cercenando así el derecho a recibir una rebaja de la pena y como tal la presunción de inocencia.

Ahora bien, como en el caso que nos ocupa, entiende la Juez de Conocimiento y el Tribunal, que de los elementos de conocimiento trasladados se avizora el punible de extorsión y secuestro extorsivo y que pese a no ser incluidos en la acusación, aceptados unilateralmente, preacordados o probados en juicio, se configura el instituto de la conexidad sustancial, motivo por el cual el delito aceptado por el

procesado **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** no tienen beneficio alguno, incurriéndose por ello en una violación al principio de legalidad al otorgar un beneficio y mucho más existiendo una prohibición expresa.

Como se ha indicado y se insiste no se discute si existe o no la conexidad sustancial, lo que se advierte es que se hizo un prejuzgamiento y se da por hecho los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, los cuales no fueron imputados, presentados en la acusación, aceptados por el procesado o demostrados en juicio, evidenciándose que con ello se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Qué pasaría si como lo pretende el Juzgado 4 Penal Especializado y el Tribunal, acepto los cargos por el delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** sin beneficio alguno y como tal se me condena a una pena muy superior a la que un principio fue preacordada y posteriormente como se pretende por estos y el Ministerio público la Fiscalía me acusa por las supuestas extorsiones y secuestros extorsivos y en el juicio oral soy absuelto? Qué respuesta y remedio se me daría pues desde el primero momento acepte mi responsabilidad a cambio de una rebaja de la pena y esta no se otorgó por cuanto la judicatura por encima del derecho fundamental a la presunción de inocencia y bajo el amparo de la conexidad sustancial me negó el derecho a obtener una rebaja. Será que desde ya no es procedente aplicar el imperativo del **"IN DUBIO PRO REO"** que significa que la duda debe favorecer al procesado.

Considero que la improbación del preacuerdo, resulta violatorio del derecho fundamental al debido proceso y como tal a la presunción de inocencia, pues amparados en la figura de la conexidad sustancial se está utilizando varios delitos que no ha sido demostrado y ni siquiera imputado para negar la obtención de una rebaja de pena.

Ahora bien, insisto en que, si la Fiscalía no me ha imputado los presuntos delitos de extorsión y secuestro extorsivo, es porque seguramente al momento de analizar los elementos materiales probatorios consideró o visualizó que los cargos no prosperarían en el juicio, pues mírese que ni siquiera se cuenta con la identificación de las presuntas víctimas. Estas situaciones generar una duda, mismas que deben ser resueltas en mi favor.

Respecto a lo que se señala el Tribunal en el sentido que la **CONEXIDAD SUSTANCIAL** no depende de la atribución formal que haga la Fiscalía sino de la verificación conjunta que de esos elementos realice el Juez de Conocimiento, la Corte Constitucional en la sentencia C-626 de 1996, de 21 de noviembre de 1996, M.P. Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo, resolvió la demanda de inconstitucionalidad de varios apartados de la Ley 228 de 1995, entre ellos el artículo 9 que establecía el Ofrecimiento o enajenación de bienes de procedencia no justificada, el cual fue declarado inexecutable por las siguientes razones:

"4. Violación de la presunción de inocencia

Del artículo 29 de la Constitución resulta que ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie.

Es postulado cardinal de nuestro ordenamiento, respecto del cual el Constituyente no consagró excepciones, el de que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa.

Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquél.

Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable, de conformidad con las garantías constitucionales aludidas, que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio.

En nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado "se le haya declarado judicialmente culpable" (subraya la Corte).

La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga.

En esos términos, resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad.

También se opone a la Constitución, y de manera flagrante, la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado.

Tal ocurre con la regla acusada (artículo 9 de la Ley 228 de 1995), que al trasladar al inculpado la carga de la prueba, exigiéndole que demuestre su inocencia, lo supone delincuente desde el principio del proceso.

En efecto, la disposición impugnada contempla sanción para quien, "en lugar público o abierto al público, ofrezca para su enajenación bien mueble usado cuya procedencia no esté justificada" (subraya la Corte), lo que supone necesariamente que el sindicado se entiende responsable, a menos que demuestre la procedencia lícita de lo que pretende vender, en un clásico traslado de la prueba.

El legislador presume la culpabilidad de la persona, en ostensible transgresión a la garantía constitucional, que, por el contrario, parte de la presunción de inocencia, mientras al individuo no se le haya declarado judicialmente culpable.

Se declarará la inexequibilidad del precepto acusado, en su totalidad."

De lo anterior se colige que siendo la exclusión de beneficios que trata el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, una sanción, es necesario establecer la certeza y como tal la responsabilidad penal por el hecho que fue acusado (delito conexo extorsión y secuestro extorsivo), motivo por el cual no puede asumirse por él operador judicial en esta caso el Juzgado 4 Especializado y el Tribunal que por el simple hecho de verificar que las supuestas conductas señaladas por dos personas encajen materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad, pueda reprimirlo, lo que resulta contrario al derecho fundamental de la presunción de inocencia.

Es de resaltar también la decisión de la Corte Constitucional, de 18 de enero de 2017 C-003/07 Expediente D-11399, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, por medio de la cual se resuelve Acción Pública de inconstitucionalidad contra el numeral 4° del artículo 8° de la Ley 1678 del 2013, que establecía la pérdida de la beca por la ocurrencia de hechos delictivos, considerando el actor que con esta se vulneraba la presunción de inocencia; acción que fue despachada favorablemente declarando la inexequibilidad del artículo.

Dentro de las consideraciones se dijo:

3.2.3. Finalmente, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado como inocente antes de la existencia de una condena en firme en su contra. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 13, advirtió que “La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”.

De esta manera “mientras no se desvirtúe tal presunción a través de las formalidades propias de cada juicio, se habrá de entender que el sujeto que se encuentra sometido a juzgamiento no cometió el hecho ilícito que se le imputa. En este sentido, la presunción de inocencia es una institución jurídica de enorme importancia para el ciudadano, en la medida que lo resguarda de posibles arbitrariedades en las actuaciones del Estado, cuando ejerce el ius puniendi”.

Por lo anterior, en virtud de la presunción de inocencia, mientras no exista una sentencia condenatoria no podrá imponerse ninguna pena contra el individuo y las medidas que se adopten durante el proceso (como sucede con la detención preventiva o las medidas cautelares) deberán tener un carácter preventivo y no sancionatorio.

Considero que, si los delitos de extorsión y secuestro extorsivo no me fueron endilgados y mucho menos probados, por más que exista la llamada conexidad sustancial, no puede la juez de conocimiento y el tribunal amparados en esta figura hacer un prejuzgamiento, presumir la comisión de dichos delitos, ni mucho menos como lo ha señalado la Juez 4 Especializada en otras decisiones amparada en la decisión del Tribunal del 21 de abril de 2017, Magistrado Dr. Luis Enrique Restrepo Mendez, radicado 050016000000201600169, que “no es menester, para aplicar la prohibición de que trata el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 que exista una condena previa por el delito a que de manera expresa se refiere la norma, basta que se trate, como en este caso, de una conexidad debidamente acreditada.” pues ello sería abiertamente inconstitucional y daría lugar a una norma penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por verificar que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad.

Por ultimo considero que la decisión de improbar el preacuerdo por cuanto existe una conexidad sustancial con los presuntos delitos de extorsión y secuestro extorsivo, los cuales ni si quiera me fueron imputados y como tal de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1121 de 2016, el delito de concierto para delinquir agravado aceptado no tiene beneficio, desconoce de manera flagrante la garantía Constitucional de la presunción de inocencia, en virtud de la cual una sanción solo puede imponerse a una persona cuando se ha adelantado un proceso donde se haya demostrado la culpabilidad, pues de lo contrario si se acepta la tesis del Juez de Conocimiento y el Tribunal de que no es necesaria la existencia de una condena y bastaría solo con la confrontación de los elementos de conocimiento, se estaría adoptando una responsabilidad objetiva, pues presume mi culpabilidad, permitiéndose así sancionar a una persona tan solo porque los hechos encajen dentro de un tipo penal sin exigir que sea declarado culpable del mismo en un proceso judicial con las ritualidades establecidas.

2. DEBIDO PROCESO –IMPARCIALIDAD-

Respecto a lo que se señala el Tribunal en el sentido que la **CONEXIDAD SUSTANCIAL** no depende de la atribución formal que haga la Fiscalía sino de la verificación conjunta que de esos elementos realice el Juez de Conocimiento, consideramos que con ello se viola la garantía y el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto las decisiones se profirieron al margen de las normas y la jurisprudencia vigente de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, las cuales regulan la limitación del juez en ejercicio de la función del control de la terminación anticipada del proceso como consecuencia del preacuerdo y de igual manera de la acusación, lesionando así la garantía

fundamental de la imparcialidad que debe orientar el actuar de los Jueces en el desarrollo del proceso penal.

Al respecto la Sala de Decisión de Tutela N° 2, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa, STP10911-2017, Radicado 93162 de 25 de julio de 2017, resolvió una tutela, en la cual se le ampara el derecho fundamental al debido proceso invocado por la Fiscalía 2 Especializada de Montería y dejó sin efectos la decisión judicial proferida el 22 de mayo y 21 de junio de 2017 por el Juzgado Penal el Circuito Especializado de Montería y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, que había improbadado un preacuerdo pues consideraba que se había otorgado un doble beneficio, es clara, cuando señala las posturas más recientes de la Corte, en las cuales trae a colación la posibilidad de injerencia del juez y que en efecto en decisión CSJ SP de 20 de noviembre de 2013, rad. 41570, se indicó que la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

Así mismo señala la Corte:

“Más adelante, en SP13939-2014, concluyó que en términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir que conducta imputa o imputa una menos gravosa, pero no le está permitido “crear tipos penales”. Así mismo señalo, que el Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales, verifique algún vicio en el consentimiento o afecte el derecho de defensa.

A título de ejemplo señaló que dichas circunstancias se estructuran cuando el Fiscal pase por alto aspectos como dos beneficios incompatibles, acceda a una rebaja superior a la permitida o no cumpla las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.

Dichos precedentes, han sido ratificados, en sede de tutela, en los fallos CSJ, STP 24 Sep. 2013, rad. 69478; STP 13 nov 2013. Rad. 70392; STP 4 Dic 2013, rad. 70.712; STP 27 Feb 2014, rad. 72092; STP 10 Mar 2016, rad. 84761 y STP 9 Feb 2017, rad. 90612, mediante los cuales se concedió la protección de derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del Fiscal.

Igualmente, en sede de casación se ha mantenido, el mismo criterio en los pronunciamientos CSJ SP, 1 Jun 2016, rad. 46101: SP 24 Feb 2016, rad. 45736 y SP 25 Ene 2017, rad. 48.293.”

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 19 de noviembre de 2018, Rad. 2017 22977 M.P. Dr. Rafael Delgado Ortiz, también trató el tema del control material por parte del Juez e hizo relación de la decisión de la Sala Penal de la C.S.J, SP 3723 de 5 de septiembre de 2018, M.P Fernando Alberto Castro Caballero y la SP 8666 de 14 de junio de 2017, M.P Patricia Salazar Cuellar.

“La fundamentación contenida en las líneas previas se corresponde, a las claras, con el ejercicio del control de legalidad ejercido por la funcionaria, que debe ser analizado atendiendo a los postulados de la jurisprudencia, que en reciente providencia expuso:

(...)

De conformidad con el criterio reiterado de la jurisprudencia, el juez no puede ejercer un control material sobre la acusación, puesto que la calificación del hecho punible es un asunto que es del resorte exclusivo del ente persecutor. Esta regla irradia de la misma forma los preacuerdos por ser equivalentes a la acusación. (Así se indicó en CSJ SP 14 jun de 2017., Rad. 47630, que a su vez cita la decisión CSJ, AP del 16 de octubre de 2013 rad. 39.886). CSJ. Sala de Casación Penal, SP3723 del 05 de septiembre de 2018, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

Bajo la misma línea argumentativa, en otra providencia se sostuvo por parte de la Sala de Casación Penal:

(...)

*Y tal imposición es censurable tanto desde la perspectiva de la estructura procesal como del respeto a las garantías de las partes e intervinientes, por ser el resultado de un indebido control material de la acusación. **El fiscal contaba con discrecionalidad para adecuar típicamente los hechos, salvo que el comportamiento atribuido al acusado objetivamente careciera de toda aptitud para encontrar adecuación típica o estuviera en imposibilidad vulnerar efectivamente bienes jurídicos.*** CSJ. Sala de Casación Penal, SP3723 del 05 de septiembre de 2018, MP.

Fernando Alberto Castro Caballero.”

Concluyo el Tribunal revocando la decisión del Juzgado 2 Penal de Circuito de Bello, que había improbadado un preacuerdo, pues, sobrepaso los límites de control, que atendiendo los roles del sistema adversarial le están facultados, sobreponiendo su lectura con relación a los hechos jurídicamente relevantes y a los elementos aportados, dejando de lado que se está ante una modalidad negociada de terminación del proceso, reglada y con un amplio desarrollo jurisprudencial, que ha zanjado, de manera suficiente el problema jurídico planteado.

En atención a dichos precedentes y teniendo en cuenta que la Fiscalía tanto en la imputación como en la acusación se limitó a indicar los hechos jurídicamente relevantes del concierto para delinquir agravado y el porte de arma de fuego, la Juez 4 Penal Especializada de Medellín y ello ratificado por el Tribunal, luego de analizar los elementos de conocimiento que se trasladaron, consideran que se configura los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, incluso el Ministerio Público señala que se debe proceder a acusar, se asumió un rol que no es de su competencia, imponiendo sus criterios sobre el ejercicio de la calificación jurídica, imponiendo compromisos probatorios a la Fiscalía que fueron analizados al momento de escoger el contenido de la imputación y acusación.

Mírese igualmente la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 3 de febrero de 2016 (radicado 43.356. M.P. José Leónidas Bustos Martínez) que cita de esta manera:

“El interrogante que surge entonces frente al problema jurídico que se planteó en un principio (supra 1) reside en establecer si, en armonía con lo hasta ahora analizado, es posible concebir en el juez una actuación distinta a las dos eventualidades contempladas, como lo sería intervenir en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, con el ánimo de que las partes modifiquen las términos de la negociación, y, de esta manera, ajustar la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación.

La respuesta, para la Sala, tiene que ser a todas luces negativa, pues, como ya se adujo en acápites anteriores, el principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que, si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control será rechazar el respectivo acuerdo, para así propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o bien la continuación ordinaria del proceso, pero si por el contrario no adopta decisión alguna e interviene de cualquier otro modo para alterar tal calificación, lo único que haría sería alterar el equilibrio procesal entre la acusación y defensa, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible.”

Se han planteado varias posturas respecto al control material que tiene el Juez del escrito de acusación y el acta de preacuerdo que hace sus veces, acogiendo la Corte la postura de que el Juez tiene un control material más o menos amplio con injerencia en temas de tipicidad, legalidad y el debido proceso y ello para garantizar el principio de la imparcialidad. Ello da lugar a que los Jueces como no tienen teoría del caso, no pueden indicar al Fiscal como debe presentar la acusación, pues no es superior funcional, ni mucho menos puede realizar la adecuación típica como si se tratara de una sentencia condenatoria o complementarla, pues con ello se vulneraría la garantía de la imparcialidad de que son

titulares las partes, concluyéndose así, que la diferencia de criterios entre el Juez y la Fiscalía, no puede dar lugar al control material, pues de lo contrario como se evidencia en el caso se estaría violentado la imparcialidad y como tal el debido proceso.

Concluyo por lo anterior que el Juez y el Tribunal se apartaron de la filosofía del sistema y los precedentes en materia de preacuerdo, incurriendo por ello en un defecto material o sustantivo, esto es en una interpretación normativa inaceptable con trascendencia suficiente para afectar derechos fundamentales (CC- SU 770 de 2014), incurriendo por ello en una causal de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD GENERALES Y ESPECIFICOS TUTELA DECISIONES JUDICIALES

Como se había indicado en un principio, la línea jurisprudencial que ha establecido la Corte tanto en fallos de Constitucionalidad como de tutela, en el entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, dentro de los cuales se distinguen unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto, consideremos que en este caso se cumplen las exigencias generales pues como se evidencia las decisiones judiciales que se pretenden impugnar no son sentencias de tutela, lo que se pretende proteger son las irregularidades expuestas en decisiones del Juzgado Cuarto Especializado de la ciudad de Medellín y el autor del 24 de agosto de 2020, emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, ya que confirma la decisión de la mencionada.

Esta decisión no lleva más de dos meses de expedida por lo que discurrimos que estamos dentro de un término razonable y proporcional y actualmente no se cuenta con medio alguno de defensa pues se continuara con la audiencia preparatoria y juicio ante el Juzgado 4 Penal Especializado y de realizarse se estaría consumando un perjuicio *iusfundamental* irremediable.

Las cuestiones que se discuten en este caso resultan de evidente relevancia constitucional, pues consideramos que se me están violentando con el actuar de los accionados derechos fundamentales como el debido proceso Imparcialidad y la presunción de inocencia, pues como se ha indicado por la Corte, los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho, no sólo se dan en los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Así mismo como advierte la misma corporación en toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable estando lo razonable condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución, mírese el caso (T-1031 de 2001) donde la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.

Atendiendo que el prejuzgamiento que hace tanto el Juez de Conocimiento como el Tribunal, en el sentido de dar por hecho las conductas punibles de extorsión y secuestro extorsivo sin ni siquiera ser imputadas, probadas en un juicio o por lo menos aceptadas unilateralmente o preacordadas, resulta ser una irregularidad que afecta el derecho fundamental de la presunción de inocencia, que de avalarse tendría un efecto decisivo o determinante al momento de imponer una sentencia condenatoria.

Respecto a los requisitos especiales para que proceda la tutela, consideramos que quedo plenamente demostrado el vicio o defecto relacionado con el desconocimiento del precedente,

procediendo la tutela como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Consideramos también que con las decisiones tanto del Juez de Conocimiento como del Tribunal existe una violación directa de la Constitución, pues al prejuzgar y dar por hechos la comisión de los delitos de extorsión y secuestro extorsivo bajo el pretexto de conexidad sustancial, punibles que como ya se dijo no fueron endilgados, probados en juico o aceptados vía unilateral o preacuerdo, e impedir que se obtenga un beneficio, afecta de manera flagrante el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

PETICION

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al señor Juez TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales invocados ORDENÁNDO la revocatoria de las decisiones del Juzgado 4 Especializado de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial De Medellín, en el sentido de dejar sin efectos y se avale el preacuerdo presentado entre la Fiscalía y el procesado **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO**.

MEDIOS DE PRUEBAS

01. Actas de diligencias procesado **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO** cédula Nro. 9869166 de _____:

- Audiencias preliminares de 14 de junio de 2019, Juzgado 1 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Antioquia.
- Audiencia de Formulación de Acusación _____ de _____ de 2019, Juzgado 4 Especializado.
- Audiencia Preparatoria que muto a preacuerdo del procesado **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO** de _____ de _____ de 2019, Juzgado 4 Especializado.
- Audiencia Preparatoria que muto a preacuerdo del señor **IVAN DARIO GIRALDO RESTREPO** de _____ de _____ de 2020, Juzgado 4 Especializado.

02. Auto del _____ de agosto de 2020, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal.

03. CD, con los audios de las respectivas audiencias tanto de Juez de Control de Garantías, de Conocimiento y Tribunal.

04. PODER

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que por los mismos hechos y derechos, no se ha presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

NOTIFICACIONES

Las mías las recibiré en la _____ celular _____, correo electrónico _____

El Accionado:

- JUZGADO 4 ESPECIALIZADO CARRERA 52 NRO. 42-73, PISO 21 PALACIO DE JUSTICIA EDIFICIO JOSÉ FÉLIX DE RESTREPO –ALPUJARRA- MEDELLÍN ANT., TELÉFONO (4) 262 90 48
- TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, SALA PENAL SEGUNDA, CALLE 14 N° 48 - 32 - EDIFICIO HORACIO MONTOYA GIL - SEDE JUDICIAL POBLADO - MEDELLÍN - ANTIOQUIA, TELÉFONO (4) 311 74 30 - 312 72 15, CORREO ELECTRÓNICO secpenal@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ruégole, señor Juez, ordenar el trámite de ley para esta petición.

Del señor Juez



IVÁN DARÍO GIRADO RESTREPO

CÉDULA DE CIUDADANÍA NRO. 98.697.166



INPEC
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

E
PATIO E
COPED MEDELLIN

ÁREA DE DACTILOSCOPIA
Complejo Redregal Medellín