

Honorables Magistrados
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

WILSON ALEXEY VALLEJO FRANCO, abogado en ejercicio, obrando como apoderado judicial de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**, interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** contra la sentencia de segunda instancia con fecha del 16 de enero de 2020, proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUÉ**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, dentro del proceso penal con radicado **7344360000020190000201**, número interno **62704**, y por medio de la cual confirmó en su integridad la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE IBAGUÉ**, con fecha del 26 de septiembre de 2019, la cual condenó a mi defendida como responsable del delito de estafa agravada en la modalidad de delito masa, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1.- Síntesis de los hechos

PRIMERO: El 16 de enero de 2020, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUÉ**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, profirió sentencia de segunda instancia a través de la cual confirmó en su integridad la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE IBAGUÉ**, con fecha del 26 de septiembre de 2019, por lo cual quedó en firme la condena contra mi defendida como responsable del delito de estafa agravada en la modalidad de delito masa, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

SEGUNDO: En febrero de 2020 se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación contra la decisión proferida en segunda instancia. Posteriormente, en una providencia de mayo de

2020 este mismo fue declarado desierto por el Tribunal. Aunque contra dicha providencia se presentó recurso de reposición, en junio de 2020 fue confirmada por el Tribunal.

TERCERO: Sin embargo, en razón a que en la valoración probatoria relacionada con la condena por el agravante punitivo contra mi defendida se puede caracterizar un **defecto fáctico** con el cual se están violentando sus **derechos fundamentales** al **debido proceso (artículo 29 Superior)** y a la **tutela judicial efectiva (artículo 229 Superior)**, es procedente acudir ante el juez constitucional para que se resuelva de fondo dicho problema jurídico, por los argumentos que se desarrollan en adelante.

De esta forma, teniendo en cuenta lo indicado al respecto en la Sentencia C-590 de 2005, procedo a exponer por qué se configuran cada uno de los requisitos generales y uno de los requisitos específicos para la procedencia de esta acción de tutela:

2.- Requisitos generales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales:

2.1.- Relevancia constitucional:

La cuestión tiene relevancia para el juez constitucional de tutela porque la valoración probatoria relacionada con la condena por el agravante punitivo que le fue impuesta a **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** está afectando sus derechos fundamentales al **debido proceso (artículo 29 Superior)** y a la **tutela judicial efectiva (artículo 229 Superior)**.

2.2.- Agotar los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado

Se agotaron los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley procesal penal al alcance de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**.

Respecto al recurso extraordinario de casación, este fue interpuesto oportunamente, pero en virtud a las circunstancias de la pandemia del COVID-19 nunca se tuvo claridad del término y del mecanismo para sustentarlo, muy a pesar de que la demanda ya había sido realizada. Es así que, una vez se notificó de la providencia que declaró desierto el recurso de casación, contra la misma se interpuso el recurso de reposición, pero este fue despachado negativamente.

2.3.- Inmediatez

Se cumple con este requisito en razón a que el auto que despachó negativamente el recurso de reposición -interpuesto contra el auto que declaró desierto el recurso de casación- fue notificado el 24 de julio de 2020 a través del correo electrónico de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué. Es decir, **esta acción de tutela se interpone en un término razonable que no ha superado los 6 meses desde que el Tribunal se pronunció sobre la suerte del recurso de casación.**

2.4.- Irregularidad procesal con efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

Esta irregularidad se presenta en el momento en que el juez de instancia le da un valor probatorio a un hecho del cual no existe respaldo probatorio. Este hecho es la supuesta calidad de primera gestora del municipio de Mariquita (Tolima). Aunque durante todo el proceso penal se cuestionó sobre la existencia de este cargo público, al igual que se advirtió que al verificar la normativa correspondiente a la función pública no es posible comprobar la existencia de una referencia legal a dicho cargo, ambas instancias penales -en contravía de lo expuesto- adujeron darle aplicación al numeral 9.º del artículo 58 del Código Penal en cuanto a las

circunstancias de mayor punibilidad por considerar probada la posición distinguida que **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** tenía frente a la sociedad en razón a su cargo en calidad como primera gestora municipal de Mariquita (Tolima), de acuerdo con lo señalado por ambas instancias penales. Esta postura quedó sustentada en un informe de investigador del CTI de la Fiscalía que no adjunta soporte alguno de este hecho como lo sería, por ejemplo, el acta de nombramiento, el acta de posesión, el manual de funciones, el ingreso salarial; tampoco cuales actuaciones que se realizaron en el cumplimiento de este cargo, sobre el cual la Defensa de la procesada insistió sobre su inexistencia y en ese sentido sobre la imposibilidad probatoria de imputarle la susodicha circunstancia de mayor punibilidad en la tasación de su pena.

Si se analiza el arraigo realizado por los miembros de la Fiscalía, y que fue adjuntado en la audiencia de formulación de imputación, así también en la audiencia de formulación de acusación, y en los datos generales de la procesada en el cuerpo de la sentencia condenatoria, allí se afirma que la procesada es una mujer que no se dedica a ninguna actividad económica y que tiene una educación media-básica. Entonces, **queda en cuestión el por qué dicha descripción no tiene concordancia con que a ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT ambas instancias penales hayan insistido en asociarla con un cargo, que además de no soporte legal, terminó por generarle una circunstancia de mayor punibilidad en su condena.**

2.5.- Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración y de los derechos vulnerados

El hecho generador de la vulneración a los derechos fundamentales al **debido proceso (artículo 29 Superior)** y a la **tutela judicial efectiva (artículo 229 Superior)** de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** fue la decisión de primera instancia confirmada en segunda instancia por el Tribunal el cual dio aplicación a la mentada

circunstancia de mayor punibilidad sin que existiera el soporte probatorio que pueda sustentarla. Específicamente, en la página 20 del fallo de segunda instancia yace la fundamentación que aplicó el Tribunal y que, como se ha insistido, carece de soporte probatorio y no pudo ser tenida en cuenta para hacer la tasación de la pena:

"A su vez, para la Sala es claro que concurre la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 9° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, esto es, la posición distinguida que tenía la señora Rosa Angela Gutiérrez Fairfoot en la sociedad de Mariquita, quien si bien, al principio solo era la secretaria de la asociación "Balcones del Prado", cargo que ocupó hasta el 27 de marzo de 2016, lo es también que, a partir de enero del último año citado, su esposo Alejandro Galindo Rincón fungió como alcalde del citado municipio, desempeñándose aquella como primera dama y gestora social.

Periodo durante el cual siguió estafando a varias personas a través de la venta de lotes; incluso, en el Informe de Investigador de Campo FPJ 11 del 7 de septiembre de 2017, se indicó que la Asociación "Balcones del Prado" funcionaba en la oficina de la gestora social de Mariquita, pero como consecuencia del escándalo en contra de la acusada, dejó de operar en esa lugar, aspecto que ratificó la señora Érica Rojas Linares, tal como se indica en el informe de investigador de campo FPJ 11 del 11 del mismo mes y año". (Subrayado por fuera del texto original).

Es así que, en concordancia con los artículos 29 Superior y con los artículos 7.º y 381 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal incurrió en un error en la valoración probatoria con respecto a la circunstancia de mayor punibilidad que le fue imputada a **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**.

2.6.- Que no se trate de una sentencia de tutela

En efecto, la providencia objeto de esta acción de tutela es una sentencia de segunda instancia proferida en el curso de una apelación en un proceso penal.

3.- Requisito específico: Defecto fáctico en el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal.

Le vulneración a los derechos fundamentales de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** se originó en que se quebrantó el principio de congruencia que se exige y que debe existir entre el escrito de acusación y la sentencia del fallador, habida cuenta de que el Tribunal avaló la conclusión a la que llegó el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué sobre la concurrencia de la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 9.º del artículo 58 del Código Penal que le fue imputada en el proceso penal a **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**, muy a pesar de que esta circunstancia no fue descrita por la Fiscalía en los hechos jurídicamente relevantes en lo correspondiente a sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Lo anterior también se explica en que la sentencia de segunda instancia sostuvo que la concurrencia de la causal de agravación punitiva ya mencionada se aceptó libre y espontáneamente y que no había posibilidad para la retractación. De esta forma, el Tribunal adoptó una posición cerrada en que la aceptación de cargos frente a la estafa agravada realizada por **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** no se le violentaron garantías fundamentales, sin haber realizado un análisis frente a los hechos jurídicamente relevantes descritos por la Fiscalía y la sentencia de primera instancia.

Entonces, al no existir una descripción de los hechos que detallara la mentada posición distinguida de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**, y cómo esto se desplegó en la comisión de la conducta,

se violó la garantía del principio de congruencia, puesto que los jueces de instancia no intervinieron para que la Fiscalía cumpliera con las exigencias sustanciales de la acusación y con ello adoptaron una posición pasiva en garantizar el debido proceso que comporta el respeto por la congruencia entre la acusación y los fallos proferidos.

Respecto al principio de congruencia, la Corte Suprema de Justicia, en **sentencia SP-4792-2018** del 7 de noviembre de 2018 M.P. Patricia Salazar Cuellar, explicó lo siguiente:

“No se duda de la importancia total que comporta el principio de congruencia, en cuanto, manifestación necesaria del debido proceso y sus correlatos derechos de defensa y contradicción, en el entendido que para la parte acusada se hace necesario, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos, en seguimiento de lo que sobre el particular consignan los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; por cuya consecuencia, además, resulta contrario a dichas garantías que se le condene por algo diferente al objeto de controversia.

No se discute, así mismo, que la dicha congruencia opera en los planos fáctico, jurídico y personal, para de ello significar que se trata de que el fallo coincida con la acusación, en principio, respecto de la identificación del condenado, la descripción fáctica de los hechos jurídicamente relevantes y su denominación jurídica.”

En esa misma sentencia, sobre la armonía de este escrito acusatorio con la sentencia necesaria para garantizar los postulados del artículo 29 Superior agregó que:

"[...] la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso."

Por eso mismo durante el proceso se insistió en que la ausencia de la descripción de los hechos jurídicamente relevantes que describan las circunstancias de tiempo, modo y lugar del acaecimiento del agravante punitivo contenido en el numeral 9.º del artículo 58 del Código Penal, es un hecho que le vulnera a **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** su derecho al debido proceso (y ahora también a la tutela judicial efectiva), que son garantías fundamentales y constitucionales que, a todas luces, rompen la irretractabilidad del allanamiento a cargos realizado por ella en la audiencia preparatoria.

Sobre eso mismo, se insiste, quien está llamado a proteger esas garantías es el juez de instancia, tal como lo expone la Corte Suprema de Justicia en la sentencia arriba citada:

"[...] la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el

asunto que se examina.

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

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

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

Ahora bien, frente a los hechos jurídicamente relevantes que deben constar en el escrito de acusación, la Corte Suprema de Justicia indicó que, "al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: ***(i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal;***

(iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera⁴. (Negrillas originales).

Bajo dichos presupuestos, la Corte Suprema de Justicia afirma de manera contundente que:

"Los tipos penales comportan características individuales – elementos normativos o subjetivos especiales, para citar solo algunos de ellos y sin penetrar a fondo en los dispositivos amplificadores, o atenuantes y agravantes-, que impiden elaborar algún catálogo de contenidos, sin que ello obste para reiterar que todos estos factores deben componer el concepto específico de hechos jurídicamente relevantes, en cuanto soportan la estructura de la conducta punible.

Asunto diferente es, importa destacar, el efecto que la ausencia de los elementos en cuestión pueda generar, pues, como ya se ha señalado en decisiones anteriores, lo que se erige en inmutable es el núcleo central de los hechos jurídicamente relevantes, de cara a su connotación delictuosa, la estructura del proceso y los derechos de defensa y contradicción.

Entonces, a título apenas ejemplificativo, si no se determinan circunstancias atenuantes, es claro que el juez puede despejarlas en el fallo; y, a su vez, la omisión en las agravantes conduce a que ellas deban ser eliminadas o no tomadas en cuenta, sin conducir a la nulidad, atendido que el yerro no comporta la suficiente entidad como para asumir afectada la estructura del proceso. Algo similar puede decirse de algunos aspectos accesorios, pasibles de remediar en la sentencia o solo

verificables después de la práctica probatoria.

Pero, de manera contraria, si en el acápite fáctico deja de relacionarse el elemento que precisamente delimita la connotación delictuosa de la conducta, no se puede dudar que lo referido carece de trascendencia penal y, en consecuencia, se aparta con mucho de un hecho jurídicamente relevante, tópico que no se sule con adjetivaciones, criterios subjetivos o conceptos eminentemente jurídicos. (Negrillas por fuera del texto).

Si bien en el escrito de acusación, después leído en la audiencia de formulación de la misma, se alude en los fundamentos fácticos a que **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT** "[...] para la fecha de los hechos era la primera dama del municipio de Mariquita, gestora social", es evidente que ello no sule la falta de definición del agravante atribuido a ella, en tanto se limita a reseñar la causal de agravación punitiva, cuando lo exigido, huelga anotar, es que se precise cómo despliega la conducta valiéndose de dicha posición "distinguida", que, como se resalta, ni siquiera se menciona en los fundamentos fácticos que se relacionaron en audiencia como hechos jurídicamente relevantes.

Sin perder de vista lo anterior, esta Defensa debe llamar la atención sobre otro elemento que le resta fuerza a la posición "distinguida" que pudiera ocupar **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT** como "Gestora Social" en el municipio de Mariquita, ya que este título no tiene figuración jurídica; no corresponde con ningún cargo público dentro de la Administración y no está establecido en la Ley, ni se encuadra en el ejercicio de atribuciones públicas que pudiera ejercer como particular.

En ese entendido, **se hace más notoria la falta de especificidad de la circunstancia de agravación que se le atribuyó a la conducta punible cometida por ROSA ÁNGELA GUTIERREZ**

FAIRFOOT. Como consecuencia, queda más claro que siguen existiendo motivos para dudar sobre la aplicación del numeral 9.º del artículo 58 del Código Penal, contrario a lo que sostuvo el Tribunal en el fallo de segunda instancia.

Al respecto y no siendo un asunto menor, la Corte Suprema Justicia, en **sentencia SP-17720-2016** del 5 de diciembre de 2016 M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, manifestó lo siguiente:

*“En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, **la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria,** toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio **o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer.**”*
(Negrillas por fuera del texto).

Por lo anterior, señor Juez, se puede evidenciar que, al haber ocurrido una valoración errónea del material probatorio concerniente a la circunstancia de mayor punibilidad, el fallo de segunda instancia deviene en un defecto fáctico por haber afectado la forma en que finalmente se tasó la condena de **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT.**

4.- Pretensiones:

PRIMERA: Con base en los hechos y razones expuestas anteriormente, se le solicita respetuosamente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que **AMPARE** los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO** y a la **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA** de **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT**.

SEGUNDA: Que por lo tanto le **ORDENE** a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué que revoque parcialmente el fallo condenatorio de segunda instancia proferido contra **ROSA ÁNGELA GUTIÉRREZ FAIRFOOT** dentro del proceso penal con radicado **7344360000020190000201** y número interno **62704**, de tal manera que se dosifique nuevamente la pena impuesta suprimiendo la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9.º del artículo 58 del Código Penal.

5.- Anexos

- Copia digital del fallo condenatorio de segunda instancia proferido en el proceso penal contra **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT**.
- Copia digital del auto del 5 de junio de 2020 que declaró desierto el recurso de casación en el proceso penal contra **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT**.
- Copia digital del auto del 21 de julio de 2020 que resolvió no reponer el auto que declaró desierto el recurso de reposición en el proceso penal contra **ROSA ÁNGELA GUTIERREZ FAIRFOOT**.

6.- Competencia

Según lo previsto en el artículo 1.º del Decreto 1983 de 2017, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer de la presente acción de tutela, en primera instancia.

7.- Juramento

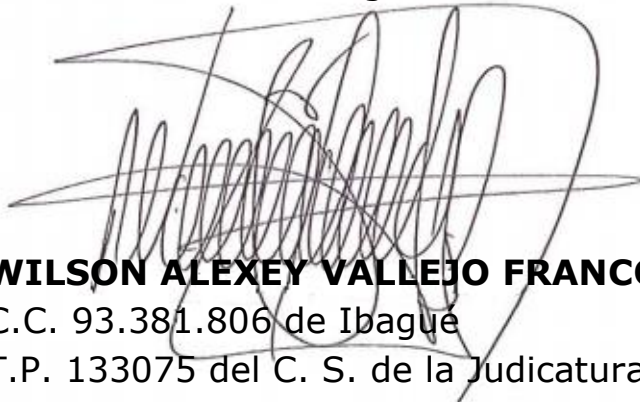
Queda de manifiesto, bajo la gravedad de juramento, que por los mismos hechos y pretensiones no se ha instaurado acción de tutela.

8.- Notificaciones

El apoderado de la parte accionante: Al siguiente correo electrónico: wilsonalexey@hotmail.com

La parte accionada: Al siguiente correo electrónico: ssptribsupiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

De los Honorables Magistrados,



WILSON ALEXEY VALLEJO FRANCO
C.C. 93.381.806 de Ibagué
T.P. 133075 del C. S. de la Judicatura