

RV: RAD. 1100160000002018239806 ACCIÓN DE TUTELA - SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Lun 06/06/2022 17:05

Para: Repcionprocesospenal <repcionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>

Tutela primera

CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

De: Contacto Mosquera Marin <contacto@victormosqueramarin.com>

Enviado: lunes, 6 de junio de 2022 4:34 p. m.

Para: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RAD. 1100160000002018239806 ACCIÓN DE TUTELA - SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

Honorables Magistrados

Corte Suprema de Justicia (**REPARTO**)

E. S. D.

Ref.: **ACCIÓN DE TUTELA - SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL. CONTRA EL AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA DE 2 DE JUNIO DE 2022 DENTRO DEL RADICADO 1100160000002018239806.**

Accionante: CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

Accionado: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA PENAL, CON PONENCIA DEL MAGISTRADO DOCTOR ALBERTO POVEDA PERDOMO.

Buenas tardes,

Por medio del presente correo, remitimos en adjunto lo enunciado en el asunto junto con las pruebas correspondientes dentro del radicado de la referencia, para los fines pertinentes.

Ruego el favor de confirmar la recepción de estos documentos.

Muchas gracias por su amable atención y colaboración.

Cordial saludo,

Alejandra Naranjo

Asistente Ejecutiva

Víctor Mosquera Marín Abogados.

Esperti in Tutela Internazionale dei Diritti Umani

Colombia - Fijo Oficina (+57) 3099702, Movil [\(+57\) 3118436529](tel:+573118436529)

Twitter: @victormosqueram

www.victormosqueramarin.co

**Alejandra Naranjo Rodríguez**
Asistente Ejecutiva

Firma Victor Mosquera Marín Abogados
contacto@victormosqueramarin.com
Colombia: +57 1 309 9702 Ext 101 | +57 311 843 6529
Estados Unidos: +1 2025685009 | Suiza: +41 792 788 160 | Italia: +39 3 388 693 258
Dirección: Carrera 9 a No. 99 - 02 Oficina 408 Edificio Citibank CAP: 110221
Bogotá, Colombia

Siguenos en:

@VictorMosqueraMarinAbogados
www.victormosqueramarin.com

Honorables Magistrados
Corte Suprema de Justicia (**REPARTO**)
E. S. D.

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA - SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL. CONTRA EL AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA DE 2 DE JUNIO DE 2022 DENTRO DEL RADICADO 1100160000002018239806.

Accionante: CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

Accionado: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA PENAL, CON PONENCIA DEL MAGISTRADO DOCTOR ALBERTO POVEDA PERDOMO.

CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO, ciudadano colombiano, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.280.439 de Medellín, actualmente interno en la penitenciaria de Cóbita, Boyacá, con sumo respeto acudo a esta Honorable Corporación para interponer ACCIÓN DE TUTELA, contra el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL**, a fin de solicitar la protección inmediata de mis derechos constitucionales fundamentales, conforme a que los siguientes derechos de rango constitucional, inalienables e imprescriptibles resultan vulnerados y amenazados por la acción de la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ:

- (i) Debido proceso que consagra el artículo 29 de nuestro Estatuto Fundamental, así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- (ii) La garantía constitucional de NON REFORMATIO IN PEJUS que consagra el Artículo 31 de la Carta Política, así como el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- (iii) Derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, así como en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- (iv) Garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, así como en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- (v) Derecho de Defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, así como en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Transgresiones en que considero incurrió la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, en el evocado Auto Interlocutorio de 2 de junio de 2022, con ponencia de magistrado ALBERTO POVEDA PERDOMO, en el marco del proceso radicado 11001600000020182398 06, providencia que decretó, en esencia, la nulidad de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá, de manera oficiosa cuando se encontraba en trámite del recurso de apelación interpuesto por mi abogado defensor.

Contenido:

- 1. PRETENSIONES.**
- 2. CONTEXTO.**
- 3. HECHOS POR LOS CUALES SE INVOCAN LA PROTECCIÓN EN SEDE DE TUTELA.**
- 4. COMPETENCIA.**
- 5. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL:**
 - 5.1. REQUISITOS GENERALES.**
 - 5.2. REQUISITOS ESPECIALES O ESPECÍFICOS.**
- 6. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.**
- 7. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL URGENTES E INMINENTES.**
- 8. JURAMENTO.**
- 9. PRUEBAS Y ANEXOS.**
- 10. NOTIFICACIONES.**

*

*

*

1. PRETENSIONES:

- (i) **MEDIDA PROVISIONAL - SE ORDENE LA SUSPENSIÓN** del proceso mientras se da trámite a la presente acción constitucional, en atención al hecho cierto de que me fueron vulnerados mis derechos fundamentales deprecados mediante el Auto Interlocutorio de Segunda Instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 2 de junio de 2022, mediante el cual se declaró la “NULIDAD de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia de 7 de abril de 2022”.
- (ii) **SE ME AMPAREN Y TUTELEN** los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
- (iii) **COMO PETICIÓN PRINCIPAL - SE LE ORDENE** a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que se le dé trámite inmediato al RECURSO DE APELACIÓN impetrado por la defensa del suscrito CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO, CON EXCLUSIÓN de los magistrados que integraron la Sala Penal que produjo el Auto

Interlocutorio revocado, si en su sabiduría la Honorable Corte Suprema de Justicia lo estima conducente y procedente en aras de proteger la intangibilidad de las garantías sustanciales y procesales del suscrito accionante.

Esta petición considero que debería prosperar en acatamiento estricto del principio de legalidad y en respeto a las garantías judiciales internacionalmente reconocida en mi favor. Sin embargo, en caso de no acogerse esta pretensión, se plantean las siguientes peticiones subsidiarias:

- (iv) **COMO PRIMERA PETICIÓN SUBSIDIARIA - SE REVOQUE** integralmente el contenido del Auto Interlocutorio de Segunda Instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 2 de junio de 2022, mediante el cual se declaró la “NULIDAD de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia de 7 de abril de 2022, cuando CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO se allanó a los cargos, con la única finalidad de advertirlo respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04 y, en su caso, indicar que no tendrá rebaja alguna”.
- (v) **COMO SEGUNDA PETICIÓN SUBSIDIARIA - SE ORDENE** al TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL, para que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) horas, proceda a efectuar la **CESACIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN DE 2 DE JUNIO DE 2022**, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril de 2022, con la única finalidad de advertirlo respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04 y, en su caso, indicar que no tendrá rebaja alguna de pena, para que en su lugar proceda a declarar la nulidad desde el acto de imputación.

Ruego a la Honorable Corte que en la decisión de fondo que habrá de tomarse, se examine oficiosamente de manera integral el Auto interlocutorio cuestionado, así como la totalidad del expediente del proceso que se sigue en mi contra, con el objetivo de que la Honorable Corte pueda comprobar que ni la Fiscalía, ni el Ministerio Público, ni el representante de la víctima Rama Judicial, mostraron inconformidad alguna frente a la sentencia del 9 de mayo de 2022 (nunca apelaron), con lo cual se evidencia que el Suscrito era **apelante único**, y por ende el Tribunal Superior NO tenía permitido agravar mi situación jurídica fallando *extra petita*.

2. CONTEXTO

1. Yo, Carlos José Mattos Barrero, soy un adulto mayor de 74 años de edad, cuyo estado de salud se encuentra gravemente deteriorado, pues padezco, entre otras afecciones, de hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, aterosclerosis coronaria leve, dislipidemia, diverticulosis, hipotiroidismo y un trastorno depresivo.
2. Desde el año de 1992, decidí residir permanentemente en el país de España. Actualmente, mi pareja y todo mi núcleo familiar viven en España.

3. En el año 2018, el entonces Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez (quien había fungido como mi abogado en un proceso), comenzó una persecución penal en mi contra.
4. El 27 de septiembre de 2018, la Fiscalía, detuvo arbitrariamente a uno de mis abogados, situación que se denunció ante el Grupo de Trabajo contra la Detención Arbitraria de la ONU, argumentando que esta detención se enmarcaba dentro de una más grande persecución en mi contra, de mi familia y de mi equipo legal.
5. El 18 de septiembre de 2019, el Grupo contra la Detención Arbitraria concluyó que la detención de mi abogado era arbitraria en los términos de la Categoría III.
6. El 15 de octubre de 2018, la Fiscalía solicitó ante el Estado de España mi extradición. Mi defensa se opuso a esta solicitud con base en que (i) el Suscrito residía en España desde 1992 demostrando arraigo económico y familiar; y (ii) que yo podía ser juzgado desde España compareciendo mediante videoconferencia.
7. El 19 de octubre de 2020, el Tribunal Constitucional de España falló en mi favor una acción de amparo, ya que la solicitud de extradición tenía como único sustento el escrito de acusación presentado por la Fiscalía de Néstor H. Martínez, y no una decisión judicial o “mandamiento de prisión”.
8. El 24 de junio de 2019, sin importar que existía una Litispendencia, y al parecer con conocimiento que el primer proceso de extradición iba a fracasar, las autoridades de Colombia solicitaron nuevamente al Gobierno español mi extradición.
9. El 23 de junio de 2020, la sección tercera de la Audiencia Nacional de España decidió acceder a la solicitud de extradición **únicamente** por el presunto delito de Cohecho.
10. El 27 de febrero de 2021, la Fiscalía de Colombia anunció que una vez se produjera mi extradición, aun sin autorización de España para juzgarme por los delitos objeto de la primera solicitud de extradición, el procedimiento continuaría por dichos delitos en situación procesal de rebeldía.
11. El 6 de octubre de 2021, fui capturado en España con fines de extradición. Desde ese momento permanecí detenido en la Prisión Soto del Real.
12. El 17 de noviembre de 2021, sin notificar a mis abogados, las autoridades españolas me entregaron a los agentes de Interpol Colombia.

13. Así, sin notificar a mis abogados, fui embarcado en un vuelo comercial con ruta Madrid-Bogotá.
14. Al llegar a Colombia, debido a mis difíciles condiciones de salud, sufri un ictus y me desmayé.
15. El 18 de noviembre de 2021, el INPEC informó que el Suscrito sería recluido en la Cárcel La Picota de Bogotá.
16. Encontrándome recluido en la cárcel La Picota, en enero de 2022, llegué a un preacuerdo con la Fiscalía en virtud del cual aceptaba mi responsabilidad penal y me comprometía a indemnizar a la rama judicial a cambio de obtener algunos beneficios punitivos.
17. A pesar de lo anterior, en marzo de 2022 un juez de Bogotá decidió no aceptar el preacuerdo al que había llegado con la Fiscalía. Por su parte, el Ente acusador decidió no volver a presentar el preacuerdo y en su lugar retirarlo definitivamente.
18. El pasado 2 de marzo, el INPEC, sin ninguna consideración por mi avanzada edad y mi deteriorado estado de salud, decidió trasladarme a una cárcel de máxima seguridad en Combita, Boyacá. Es de destacar que las autoridades penitenciarias en ningún momento me han separado de las personas que ya se encuentran condenadas.

3. HECHOS - FUNDAMENTOS FACTICOS - POR LOS CUALES SE INVOCA LA PROTECCIÓN EN SEDE DE TUTELA:

1. En contra del suscrito, se adelantó un proceso penal por los delitos de: utilización ilícita de redes de comunicaciones (art 197 del C.P); acceso abusivo a un sistema informático agravado (arts. 269A y 269H numerales 1 y 2 del C.P), daño informático agravado (arts. 269D y 269H numerales 1 y 2 C.P), cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo (art 407 C.P) con circunstancias de mayor punibilidad (art 58 numeral 9 C.P) a título de determinador frente a los delitos informáticos y autor respecto de la conducta punible contra la administración pública, bajo el radicado No. 11001600000020182398 06 tramitado en el Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento.
2. El 4 de marzo del año 2022, la fiscalía general de la Nación presentó preacuerdo que fue improbadado el 11 de marzo por el Juzgado de conocimiento.
3. El 7 de abril en audiencia de juicio oral el delegado del ente acusador solicitó la preclusión de la acción penal por los delitos de utilización ilícita de redes de comunicaciones y acceso abusivo a sistema informático agravado, con fundamento en los artículos 331 y 332-1, solicitud que fue decretada por el Juzgado.

4. El 07 de abril de 2022, de forma libre, consiente y voluntaria, acepté mi responsabilidad en los delitos de cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso con daño informático agravado con circunstancias de mayor punibilidad.
5. El 9 de mayo de 2022, el Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá, sobre dicha aceptación de cargos me impuso una pena principal de nueve años, cinco meses y diez días de prisión y multa.
6. EL 17 de mayo de 2022, mi defensa sustentó el recurso de apelación sobre el quantum punitivo, pretendiendo persuadir al juez de alzada, para que se revocara la sentencia y solo se me condenara como autor responsable de un único delito continuado de cohecho por dar u ofrecer sin circunstancias de mayor punibilidad, lo que representaba un disminución del quantum punitivo de la sentencia emitida
7. El 02 de Junio de 2022, El Tribunal superior de Bogotá sala penal, por medio del magistrado ponente Alberto Poveda Perdomo, se aparta de resolver el problema jurídico propuesto por mi defensa (individualizar nuevamente la pena y conceder los subrogados penales) y en su lugar, pretende que se mantenga mi allanamiento a cargos (Incriminación del 7 de abril de 2022), con modificación de la base fáctica de la imputación y acusación respectiva; pretendiendo que se analice si el procesado obtuvo un incremento patrimonio como consecuencia de los ilícitos.
8. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en la resolución del recurso impetrado, no se me permitió el recurso de alzada, sino que a través de auto interlocutorio de segunda instancia se declaró la nulidad de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril.

4. COMPETENCIA

De acuerdo con el Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Decreto 1983 de 2017 "ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. (...) 5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada".

En este caso, es la Corte Suprema de Justicia competente para conocer de la presente Acción de Tutela al ser el superior funcional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal¹.

¹ Art. 4 de la Ley 1285 de 2009.

5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES Y/O AUTOS INTERLOCUTORIOS POR LA INCOMPETENCIA DE LA SALA DE CASACION PENAL

La Corte Constitucional Respecto a la interposición de tutela contra autos, en jurisprudencia reiterada ha establecido lo siguiente:

Sentencia T – 224/92: “*Como se ha visto claramente en este caso, el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden ser tales que vulneren o pongan en peligro derechos fundamentales de las partes. A través de los recursos procesales previstos en el ordenamiento, la parte agraviada debe ventilar la correspondiente violación del derecho constitucional; de persistir la lesión, no obstante la interposición de los recursos, la decisión judicial correspondiente puede ser materia de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Es evidente que la omisión del recurso a través del cual cabía solicitar el acatamiento de la Constitución, impide que la presunta víctima de la vulneración de un derecho fundamental pueda plantearlo mediante la acción de tutela.”*

Sentencia T-224 de 1992. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra al respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.

Sentencia T-025 de 1997, T-1047 de 2003 y T-489 de 2006, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso, contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; y en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo.”

Sentencia T – 125/10: “En la sentencia C-590 de 2005. En este fallo, la Corte señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: Unos requisitos generales de procedencia de naturaleza estrictamente procesal, y unos requisitos específicos de procedibilidad de naturaleza sustantiva que recogen los defectos que antes eran denominados vías de hecho. El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos interlocutorios, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable.”

Sentencia SU – 817/10: “5.- *El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y los requisitos especiales de procedibilidad de la acción tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.*

Sentencia T – 343/12: “*La primera oportunidad en la que la Corte admitió una tutela contra un auto fue en la sentencia T-224 de 1992. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra la respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.*

Sentencia T-025 de 1997, T-1047 de 2003 y T-489 de 2006, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso, contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; y en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo.”

Sentencia T – 215/13: “*El concepto de providencia judicial en el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. Por ello la procedencia de la acción de tutela es excepcional y solo ocurre i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En el primer caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y presentarse al menos una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.*”

Sentencia SU – 635 de 2015, es por medio de la cual la Corte Constitucional estudia la acción de tutela contra el auto que inadmitió el recurso extraordinario de casación presentado por el señor Andrés Camargo, determinando en esta que: “*Según lo ha expresado esta Corporación, la tutela contra decisiones judiciales es de alcance excepcional y restringido y se predica sólo de aquellos eventos en los que pueda considerarse que una actuación del juzgador es manifiestamente contraria al orden jurídico o al precedente judicial aplicable, y violatoria de derechos fundamentales como los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.*”

En igual sentido, la Corte Constitucional aceptó expresamente la procedencia de la Acción de Tutela, en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, ya que no se estaba en presencia de un acto judicial, sino de un acto de poder. Al respecto la Sentencia señaló puntualmente:

*“Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante **actuaciones de hecho imputables al funcionario** por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales....”*

En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”² (negrillas dentro del texto)

La Corte Constitucional en diversos fallos ha precisado las modalidades de protección, descritas integralmente en la Sentencia C-590 de 2005³, en la que se reiteró la procedencia de la Acción, incluso en contra de decisiones tomadas en sede de Casación. Enunció seis requisitos **generales** de procedencia de la tutela contra actuaciones judiciales, y ocho requisitos o causales **especiales** de procedencia de la tutela contra providencias.

4.1 REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se cumplen los siguientes presupuestos:

4.1.1 QUE LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTÁ RESULTE DE EVIDENTE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

² Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En este mismo sentido pueden ser consultadas entre muchas otras las siguientes sentencias: T-949 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; la Sentencia T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas; la Sentencia T-584 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto

En efecto, el asunto objeto de estudio, es de tal envergadura por cuanto señala la afectación de derechos fundamentales nucleares en nuestra concepción política de Estado Social de Derecho, como son el debido proceso, las garantías judiciales internacionalmente reconocidas y el acceso a la administración de justicia, los cuales son pilares fundamentales que se deben garantizar a todos los ciudadanos que acudan ante cualquier proceso de índole judicial o administrativa, para que de este modo las autoridades sigan las formalidades y ritualidades establecidas en la ley.

Solo así, pueden los asociados tener la plena seguridad y bajo el principio de la confianza legítima del órgano jurisdiccional, que las decisiones que les interesan se toman con arreglo al principio de legalidad, dirigidas a hacer prevalecer en ellas el derecho sustancial y el derecho al debido proceso conforme al artículo 29 de la Carta Política, el cual prescribe que “*(...)Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento (...)*”, constituyéndose esta como un derecho fundamental indispensable para el desarrollo del Estado Social de Derecho.

Por ende, son estas garantías la base de la comunicación entre las personas y el Estado, lo cual, lo hace de suma relevancia constitucional y necesario que deban ampararse vía tutela. De lo anterior resulta que esta acción es procedente contra la decisión del Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal por la transgresión a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, siendo procedente lo que la Corte Constitucional en la sentencia T-123 de marzo 16 de 2012 señaló:

“... La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad desde el punto de vista constitucional, a saber: (i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución. Si se acredita con suficiencia que la decisión judicial cuestionada incumple estos presupuestos de legitimidad, surge la necesidad de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto, mediante la intervención excepcional del juez tutelar...”

En este caso, a través de la decisión de 2 de junio de 2022 emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se incurrió en una -vía de hecho- vulneradora del debido proceso, (como se explicará en líneas siguientes) por la configuración de:

- 1) Defecto procedural absoluto pues la decisión fue tomada al margen de los presupuestos del principio de limitación, principio de rango constitucional; ya que, como lo estableció la Corte Constitucional este se puede configurar bajo dos modalidades:
“(a) el defecto procedural absoluto ocurre cuando “se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 123 del 16 de marzo de 2012

asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”⁵.

2) Desconocimiento del precedente judicial.

3) Violación directa de la Constitución en tanto la decisión tomada es ilegítima y afecta derechos fundamentales como los son: el Devido proceso (art. 29 C.N, art. 8 CADH y art. 14 PIDCP), La garantía constitucional de NON REFORMATIO IN PEJUS (art. 31 C.N, art. 9 CADH, y art. 15 PIDCP), el Derecho a la Libertad Personal (art. 28 C.N, art. 7 CADH, y art. 9 PIDCP), La Garantía de imparcialidad (art. 29 C.N, art. 8.1 CADH y art. 14.1 PIDCP), y el Derecho de Defensa (art. 29 C.N, art. 8.2 CADH y art. 14.3 PIDCP).

Desconocimiento del principio de limitación en el recurso ordinario y prohibición de reforma peyorativa.

El auto interlocutorio fechado el dos (2) de junio pasado, con el cual se resolvió la segunda instancia de la sentencia del juzgado 30 Penal del Circuito de Conocimiento constituye un acto procesal nulo, pues la competencia funcional del Juez de segundo grado le impedía al Colegiado pronunciarse sobre un tema absolutamente ajeno al de apelación, siendo este un error evidente cuyo único remedio es la nulificación del mencionado acto judicial.

El principio *tantum devolutum quantum appellatum*, o de limitación en los recursos, constituye un pilar de la seguridad jurídica, pues impone la obligación al tribunal de apelación de remitirse exclusivamente a los temas jurídicos propios del recurso y a los que son inescindiblemente vinculados a los mismos, el cual, si bien fue enunciado por el H. Tribunal, de inmediato es desconocido con el pretexto de la vulneración del principio de legalidad:

“20. Cuestión preliminar. Si bien el principio *tantum devolutum quantum appellatum* que rige el recurso de apelación, establece que la segunda instancia solo puede pronunciarse sobre los aspectos relacionados por el recurrente, se avizoró en el asunto la afectación de la legalidad, en general, y de los derechos y garantías fundamentales, lo que habilita al *ad quem* para pronunciarse oficiosamente.

21. Aunque la materia que aquí se estudia no fue objeto de apelación, la Corporación abordará oficiosamente un asunto no propuesto en el recurso pero que atañe a las garantías fundamentales, relacionado con la omisión en que incurrió el juzgador de primer grado al dejar de aplicar el artículo 349 de la Ley 906/04”.

Si bien la vulneración de garantías fundamentales se ha establecido como excepción a este principio⁶, tal y como lo advierte el Tribunal Superior, no puede pasarse por alto que cuando la

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en las sentencias T-352 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-398 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

⁶ Entre otras, Auto AP-4541-2021, Rad. 59.902 de 29 de septiembre de 2021, M.P. Gerson Chaverra Castro

nulidad conlleva necesariamente la agravación de la situación jurídica del apelante único, como en este caso, el principio de legalidad cede ante esta garantía. Por ello existe la clara violación de los Arts. 31 de la Constitución Política y 20 de la Ley 906 de 2004, que aunque esta última es norma procesal, por su naturaleza y características, tiene contenido sustancial que hace parte del debido proceso.

El art. 31 Superior establece:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley... ”

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

En el inciso de esta norma constitucional se consagra la llamada **prohibición de la reformatio in pejus** o prohibición de reforma en peor o reforma peyorativa o simplemente **principio de no agravación**.

Este mandato constitucional está desarrollado por el artículo 20 de la Ley 906 de 2004:

“Doble Instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones legales, serán susceptibles del recurso de apelación.”

“El superior no podrá agravar la situación del apelante único”

Y por el artículo 188 del mismo compendio normativo, que consagra:

“Principio de no agravación. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieren demandado”

Como lo ha dicho la Corte⁷, a raíz de la entrada en vigencia del artículo 20 de la Ley 906 de 2004⁸ (*que consagra la prohibición de reforma peyorativa en el sistema acusatorio*), el ámbito de protección de dicho principio ha sido ampliado, entre otros, en el sentido de que el término “**apelante único**” debe entenderse en función del “*interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado*”⁹, con lo cual esta garantía se hace extensiva a las demás partes e intervenientes y no solamente al acusado y la defensa.

⁷ Auto del 10 de octubre de 2012, Rad. 39.985, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca

⁸ Cuyo contenido sustancial es aplicable al presente caso

⁹ Sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional.

Sabias resultan las consideraciones de la Corte Constitucional al abordar el estudio de exequibilidad del inciso segundo del precitado artículo 20 de la Ley 906 de 2004:

*"En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de **Ia no reformatio in pejus** conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obstante, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.*

En efecto, en los sistemas acusatorios existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el aquo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico"¹⁰. (negrilla fuera de texto)

Es un hecho innegable que **la única parte que recurrió la sentencia de primer grado fue la defensa**, con lo cual se deduce que tanto la Fiscalía, el Ministerio Público, el representante de la víctima Rama Judicial estuvieron de acuerdo con la declaración de responsabilidad y con la sanción penal impuesta al Suscrito, sin desconocer que en la sentencia de primer nivel claramente se reconoce como perjudicados a dos personas jurídicas que guardaron silencio y tampoco apelaron la decisión judicial, me refiero a Sociedad SIDA representada por el Dr. Germán Eduardo Gómez Remolina y a la Sociedad CASAUTOS S.A., representada por el Dr. Óscar Sierra Fajardo. Dicho de otra manera, la defensa ostentaba la condición de único apelante.

La contundencia que parecía tener el argumento del H. Tribunal se desdibuja cuando se constata que ninguna parte o intervintente ajeno a la defensa apeló el fallo de instancia, es decir, que si la defensa hubiera guardado silencio o hubiera desistido del recurso, la sentencia de primer grado hubiera causado ejecutoria formal y material y el suscrito estaría sometido a la sanción penal impuesta por el señor Juez de Conocimiento, con lo cual podemos concluir que la colegiatura **solo podría actuar como actuó si la impugnación**

¹⁰ Sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

hubiera sido propuesta por la Fiscalía, el Ministerio Público o el representante de víctimas.

No podemos olvidar que la prohibición de la reforma en perjuicio del acusado en quien concurre la calidad de apelante único es un verdadero límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, “*Tal poder, como particular sentido de expresión del poder político, remite a la facultad que tiene el Estado de configurar tanto el delito como la pena y que se ejerce en distintas instancias, desde el constituyente originario, pasando por el legislador y la judicatura, hasta la instancia penitenciaria. En este sentido, la prohibición de la reformatio in pejus comporta un límite impuesto por el constituyente al momento judicial de expresión del poder punitivo*”¹¹.

Por lo anterior, es que considero que la decisión del Tribunal Superior al declarar la nulidad de la sentencia para que se verifique si opera o no la prohibición del artículo 349 del C.P.P., tema totalmente ajeno al de apelación y que conlleva necesariamente la agravación de mi situación jurídica como único apelante, vulnera el debido proceso y actualiza el defecto procedural denunciado, y de allí **su relevancia constitucional**.

4.1.2 QUE SE HAYAN AGOTADO TODOS LOS MEDIOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL

En lo que tiene que ver con el requisito de Subsidiariedad, debo manifestarle su señoría, que la decisión violatoria de las garantías fundamentales; es decir, la emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, fue tomada en el trámite de segunda instancia de una sentencia condenatoria en contra mí, respecto de la cual mi defensa presentó el recurso de apelación, no obstante, se advierte una causal de nulidad que impide que se pronuncie la sala frente al recurso, en su lugar, declaran la nulidad atendiendo a una interpretación que va en detrimento de mis derechos.

En consecuencia de lo anterior, contra el interlocutorio de segunda instancia que decreta la nulidad y viola mis derechos no procede recurso alguno, y así lo expresó de manera literal el Tribunal en su parte resolutiva: “*ADVERTIR que contra la presente decisión no proceden recursos*”, lo cual permite concluir que se satisface el presupuesto de **subsidiariedad de la acción de tutela**, razón por la cual no se cuenta con mecanismos judiciales ordinarios posteriores, a través de los cuales se puedan discutir los errores en que incurrió la sala Penal del Tribunal de Bogotá, que por ende le restan validez, sobre todo en casos como el que se ventila, en el que se toma una decisión que viola los principios de limitación, *el non reformatio in pejus y otros*. Así las cosas, el único medio judicial para garantizar la protección de los derechos conculcados con la decisión de 2 de junio de 2022, por la cual se decretó la nulidad de lo actuado dentro del proceso plurimencionado es la jurisdicción constitucional, a través de este medio como mecanismo residual.

4.1.3 INMEDIATEZ

¹¹ Sentencia T- 291-2006 M.P. Jaime Araújo Rentería

Es evidente el cumplimiento de este requisito, toda vez que la decisión sobre la cual recae la pretensión de cesación de los efectos jurídicos fue dictada el día 2 de junio de 2022, y la presentación de este mecanismo de protección constitucional se realiza a escasos días después de emitida la decisión cuestionada. En este orden de ideas, desde el 2 de junio hasta la presentación del presente amparo constitucional han transcurrido cuatro (4) días, lo cual evidencia que se realiza dentro de un término razonable y que mis derechos se encuentran en inminente riesgo de materializarse una violación mayor.

4.1.4 IRREGULARIDAD PROCESAL

Al respecto, como se manifestó anteriormente, se configura la vulneración del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, toda vez que se decretó una nulidad dentro del trámite de segunda instancia de una sentencia condenatoria, desconociendo principios de rango constitucional en detrimento de los derechos que me asisten como procesado. Tal como se pasará a exponer en los acápite respectivos, la decisión cuestionada a través de esta acción presenta defectos que solo pueden ser subsanados a través de esta acción constitucional, pero es pertinente mencionar que las irregularidades se presentan en la determinación de la Sala de decidir que por las conductas que acepté responsabilidad se generó un incremento patrimonial, situación que nunca se me puso de presente, ni en la imputación, ni en la acusación. Por tanto, este escenario no fue estudiado por mí, ni por mi defensa técnica al momento del allanamiento a cargos, por lo que resulta irregular que ahora se decrete la nulidad sólo a partir de las diligencias posteriores a la aceptación de responsabilidad.

Lo anterior, a todas luces va en violación de mis derechos que me asisten, pues lo pretendido con la decisión de la Sala Penal es que se continúe con una aceptación de cargos con un escenario jurídico diferente al que existió cuando tome la determinación de aceptar responsabilidad. Más gravoso aún resulta el actuar de la Sala al tomar una decisión con desconocimiento pleno de principios de rango constitucional, a través de la cual se generó un perjuicio como apelante único.

Así las cosas, destaco, entonces, las siguientes irregularidades procesales determinantes que afectaron mis derechos fundamentales:

- (i) Como ya se dijo, el principio de limitación obligaba al Tribunal Superior a referirse únicamente a los temas de apelación, teniendo en cuenta además, que las otras partes o intervenientes estuvieron de acuerdo con la sentencia condenatoria emitida por el Juez de Conocimiento, es decir, el Colegiado no tenía competencia en un sistema de partes, para criticar la sanción penal impuesta, y que hace más gravosa mi situación.
- (ii) La prohibición de reforma peyorativa tiene rango Constitucional y prevalece sobre el principio de legalidad, en el sentido de que es una garantía absoluta para el apelante único de que de ninguna manera se puede hacer más gravosa su situación y puede recurrir con

total confianza y seguridad jurídica que así será. Aquí fue todo lo contrario, la situación del suscrito como único apelante trae consigo un previsible incremento punitivo, el cual de ninguna manera podría ser efectivo si hubiera guardado silencio y no hubiera apelado la sentencia de primer nivel. De otra manera dicho, si la defensa no apela, el fallo hubiera quedado en firme, y por hacerlo, fácilmente se deduce, se incrementará finalmente la pena de prisión y multa impuestas.

- (iii) El principio de confianza legítima opera perfectamente, pues, la defensa tenía plena confianza y seguridad de que el Tribunal respetaría esa prohibición de reforma peyorativa dado su rango superior, y no se hizo, pues lo que en la práctica sucedió es que bajo el ropaje de una nulidad para salvaguardar garantías fundamentales –*principio de legalidad del art. 349 C.P.P.*–, lo único que se hizo fue agravar la situación del suscrito **apelante único**.

4.1.5 IDENTIFICACIÓN RAZONABLE DE LOS HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se observa en acápite precedente, la presente acción se encuentra fundamentada en hechos ciertos, que fueron objeto de estudio por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la cual emitió decisión el 2 de junio de 2022, a través de la cual se ha incurrido en una vía de hecho vulneradora de los derechos fundamentales antes mencionados, especialmente el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, las garantías judiciales internacionalmente reconocidas y otros.

4.1.6 QUE NO SE TRATE DE SENTENCIAS DE TUTELA

Frente a este requisito, se ha sostenido a lo largo del presente escrito que la decisión atacada fue proferida por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en el trámite de la resolución del recurso de apelación en contra de una sentencia condenatoria, presentado por la defensa técnica del Suscrito. Por tanto, está plenamente establecido que no se trata de una Sentencia de Tutela.

4.2 REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD

4.2.1 CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

El principio de limitación es una garantía del derecho al debido proceso y es un elemento rector del trámite de segunda instancia. El artículo 31 de la Constitución de 1991 consagra que:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia T – 643 de 2016 ha entendido que esta norma es de crucial importancia para el ordenamiento jurídico¹², por cuanto establece el derecho fundamental de defensa y contradicción, componentes fundamentales del debido proceso y consagra el principio de la doble instancia junto con la necesidad de una estructura jerárquica para su materialización, de forma que las personas puedan impugnar y discutir, ante un nuevo juez con capacidad de revisar las actuaciones de otros, aquellas decisiones con las que no estén de acuerdo.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que el principio de la doble instancia permite hacer efectivo el **derecho fundamental a la administración de justicia**, en tanto que permite que los afectados por una decisión errónea o arbitraria tengan una oportunidad para que dicha resolución sea revisada y corregida.

La norma constitucional precitada también contiene el llamado ***principio de limitación de la segunda instancia***, que se traduce en la prohibición de no empeorar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único (*principio de no reformatio in pejus*). Este principio ha sido considerado un derecho fundamental de los acusados en materia penal, al punto que en ocasiones esta Corte ha revocado sentencias judiciales bajo el argumento de que vulneraron el mencionado principio¹³.

En el mismo sentido, se ha entendido que el principio de limitación no sólo incluye la prohibición de perjudicar al apelante único, sino que también circscribe el ámbito de competencia del juez de segunda instancia de forma que **sólo puede pronunciarse sobre aquello que fue objeto de impugnación por las partes**.

Al decir de la Sentencia C-047 de 2006, al pronunciarse sobre la segunda instancia en el proceso penal, indicó que ésta:

“No da lugar a un proceso autónomo en el que se repita de manera íntegra el juicio, sino que se trata de la oportunidad prevista por el legislador para que el superior jerárquico controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia. Ello significa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004 y de consolidada jurisprudencia sobre el particular, que el superior actúa sobre los aspectos impugnados, para lo cual tiene como base los registros que, por solicitud de los interesados, se hayan allegado al recurso y los argumentos presentados en audiencia por los distintos sujetos procesales”¹⁴.

Por lo mismo, en la decisión citada, la Corte fue clara en afirmar lo siguiente:

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2016.

¹³ Sentencia T-533 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-047 de 2006

"¹⁵Se trata no de un nuevo juicio en el que deba repetirse íntegramente la acusación y la defensa, sino de la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa, sin perjuicio de la amplitud con la que, en ejercicio de su potestad de configuración, el legislador decida establecer el recurso". De este modo, la apelación no abre la puerta para que la segunda instancia re examine de manera íntegra las actuaciones de primera instancia, sino que las partes recurrentes están en la obligación de precisar y sustentar las razones de su inconformidad con la decisión del a quo".

A propósito, la Sentencia C-396 de 2007, la Corte Constitucional estableció que los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico.

Descendiendo al caso concreto se tiene que, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, resolvió decretar la nulidad de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril de 2022, cuando **ME ALLANE A LOS CARGOS**, respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04 y, en mi caso, indicar que no tendrá rebaja alguna de pena, sin que así lo hubiese solicitado la parte apelante es decir mi defensa técnica, por lo que, se concluye que ese despacho extralimitó su competencia.

Recordemos que, la Fiscalía General de la Nación es quien tiene la facultad de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, por lo que, es a este a quien le corresponde señalar si hubo o no incremento patrimonial producto de los ilícitos y fue precisamente esta entidad la que determinó durante su investigación que, no hubo un incremento patrimonial producto del delito, ya que la decisión que profirió el juzgado fue en Derecho, por lo que, no tergiversó el ordenamiento jurídico para que obtuviera un incremento patrimonial, sino que la decisión fue ajustada en Derecho. Adicionalmente, cuando acepte cargos lo hice sobre la base de una imputación y acusación que no incluía ningún beneficio fruto del delito.

De este modo, que se genera un defecto procedural por la violación de este principio en la medida que se desconoció el principio de limitación, en tanto que, el Tribunal Superior de Distrito Judicial ignoró que la competencia del *ad quem* se restringe a los asuntos objeto de impugnación. Por ende, el Juez de segunda instancia actuó fuera de su competencia dado que ninguno de los apelantes impugnó la decisión respecto de un incremento patrimonial con fundamento en los delitos cometidos, debido a que dicho incremento no existió ya que la decisión fue en Derecho.

Por consiguiente, se lesionó de manera grave mi derecho fundamental al debido proceso al trastocar los cimientos de un sistema de partes, como lo es el sistema el acusatorio Colombiano, ya que dicha extralimitación del juez de segunda instancia inclinó la balanza de la justicia de manera injustificada hacia los intereses de una de las partes en desmedro del ejercicio legítimo

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia C-047 de 2006

de persecución penal a cargo de la Fiscalía General Nación y de los intereses de la sociedad, al impedir el adecuado ejercicio del derecho de contradicción para la Defensa del acusado, quien había recurrido a la apelación de la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, se configuró un defecto procedimental absoluto debido a que el juez de segunda instancia extralimitó las facultades que la Constitución y la Ley le otorgan para decidir el recurso de apelación elevado por la defensa del procesado, no solo haciendo más gravosa su situación, sino incoando una nulidad de oficio respecto de situaciones fácticas que no fueron objeto del recurso.

4.2.2 DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL, QUE ACONTECE CUANDO LA DECISIÓN TOMADA POR EL FUNCIONARIO DESCONOCE EL CONTENIDO DE AQUELLOS.

El precedente judicial ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional como “*aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia*”¹⁶.

La aplicabilidad del precedente por parte del juez es de carácter obligatorio, siempre que la *ratio decidendi* de la sentencia antecedente (i) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente.

La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de seguir el precedente radica en dos razones, a saber:

La primera, en la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de razonabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales:

“ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión;

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en las sentencias T-352 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-398 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

(...); iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquél que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos’¹⁷

La segunda, en el carácter vinculante de las decisiones judiciales en la medida en que “*el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, (...), sino una práctica argumentativa racional*”¹⁷. En este sentido, y dado que los fallos de las autoridades judiciales delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico¹⁸, se le otorga a la sentencia precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente (i) de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (ii) demuestra con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.¹⁹

En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.

Ahora bien, una vez tenido claro el alcance del desconocimiento del precedente, motivamos las razones por las cuales el Tribunal Superior de Bogotá al declarar la nulidad de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril de 2022, cuando el Suscrito se allanó a los cargos, con la única finalidad de advertir respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y, en su caso, indicar que no tendrá rebaja alguna de pena. Esta decisión no solo desconoce los precedentes, sino que también violenta gravemente el derecho de defensa del procesado.

¹⁷ Al respecto, la sentencia T-310 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) indicó: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”.

¹⁸ Sentencia C-025 de 2009.

¹⁹ Sentencia T-654 de 1998, posición reiterada en las sentencias: T-776 de 1998, T-957 de 2006, T-737 de 2007 y T-544 de 2015.

El principio de la *no reformatio in pejus*, que ha sido objeto de exposición por parte de los tribunales de cierre en distintas ocasiones “es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución.”²⁰

Es claro que la naturaleza de la no reforma en peor del apelante único constituye una garantía constitucional de primera generación, sujeta al amparo por vía de acción de tutela.

Teniendo en cuenta el planteamiento anteriormente mencionado, la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, hace más perjudicial las consecuencias de quien ejerció el recurso, este caso mi defensa técnica. El Tribunal Superior de Bogotá, estableció que el allanamiento ya se surtió y que fue aprobado. Y que lo que se debe corregir implica retomar la audiencia para informarme que, si no me avengo a lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906/04, no tendrá derecho a rebaja de pena alguna. Es decir, se me está condicionando y coaccionando mi confesión, violentando gravemente mi debido proceso, toda vez que, cuando me allané a cargos lo hice sobre la base de una imputación y acusación que no incluía ningún beneficio fruto del delito. Por ende, el Tribunal Superior de Bogotá pretende darle validez a un allanamiento a cargos que tendrá condiciones distintas a las hoy impuestas.

Ahora bien, cuando hablamos de la formulación de imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación, el artículo 288 y 289 expresan el contenido y las formalidades, expresando de esta manera:

“Artículo 285. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351. “

Dentro del concepto antecedente-consecuente o de comportamientos estancos que caracteriza el proceso penal, la acusación perfeccionada es requisito *sine qua non* para la iniciación de un juicio,

²⁰ Sentencia T-018 de 2017.

pues (1) si no se realiza o (2) su materialización comporta vicios ostensibles, entonces no se puede continuar con el trámite y el único remedio jurídico factible es la nulidad. Si la acusación no es clara, precisa y completa en los hechos jurídicamente relevantes (Cargos formulados) entonces se puede afectar el derecho de defensa y el debido proceso.

El Estado debe asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción procesal siga lógica y coherentemente a otra y que la sentencia sea el resultado de la rigurosa observación de pasos y formas tendientes a garantizar a los sujetos la demostración de sus derechos y pretensiones y a la jurisdicción la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos subjetivos y objetivos de la infracción, admitiendo en el curso de la actuación solamente los actos propios de ella y dentro de los lapsos establecidos por el ordenamiento; razón por la cual, la transgresión o vulneración de la estructura del debido proceso se verifica con la pretermisión de algún acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito antecedente para adelantar el subsiguiente, o llevarlo a cabo sin el cumplimiento de los requisitos sustanciales inherentes a su validez y eficacia²¹.

Podemos determinar, que con la decisión emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, la acción procesal no sigue lógica y coherentemente a otra, y que de hacer valer el allanamiento a cargos pero anulando las condiciones impuestas la sentencia no será el resultado de la rigurosa observación de pasos y formas tendientes a garantizar a los sujetos la demostración de sus derechos y pretensiones y a la jurisdicción la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos subjetivos y objetivos de la infracción.

Entonces en la lógica del tribunal lo adecuado y racional para la protección de mis derechos fundamentales, las garantías procesales como lo es el debido proceso, se debe anular entonces mi allanamiento a cargos realizado y retrotraer la actuación desde el momento de la imputación. Es decir, la nulidad debe ser desde la audiencia de imputación para que la Fiscalía General de la Nación incluya el supuesto beneficio y que se me informe de forma consciente, teniendo presente las condiciones impuestas, es decir si aceptar o no. Pero no, como lo pretende hacer el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, haciendo más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Como también, existe una medida cautelar cuya legalidad no se alegó por ninguna de las partes e intervenientes que conforman el proceso, si en la presente decisión se va a estipular que el supuesto beneficio provino de una medida cautelar “fraudulenta”, se debe anular el proceso. Es decir, se debe realizar una formulación de imputación o por lo menos reformar la acusación incluyendo este punto.

De igual forma, el Tribunal Superior de Bogotá, expone sus motivos en un supuesto beneficio de mi parte. Beneficio que jamás fue imputado u objeto de acusación. El mismo Tribunal Superior de Bogotá, expuso en el auto interlocutorio aquí referido, que existieron negligencias

²¹ Sentencia C-025 de 2009.

por parte de la fiscalía general de la Nación. Como también, a quien representa los intereses de la Rama Judicial, quienes se supone tener experticia en estas materias, conocer la jurisprudencia, etc.

Vemos nuevamente que, aunque existieron actos negligentes por parte de la fiscalía general de la Nación así como del apoderado de la víctima, y nada pasa. Pretende entonces el Tribunal Superior de Bogotá, enmendar dicha negligencia perjudicándome gravemente, y violentando el derecho de mi defensa, haciendo valer un allanamiento a cargos, pero cambiándole las condiciones, esto tornando mi confesión en coaccionada con los efectos que deban darse a nivel internacional.

5 LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, QUE SE CONCRETA EN LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL AFECTADO, POR NO DARSE APLICACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O POR DARSE APLICACIÓN A UNA NORMA LEGAL EN CONTRA DE LO DISPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN.

5.1 VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN, POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REFORMA PEYORATIVA

VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE REFORMATIO IN PEJUS, ESTO ES, LA PROHIBICIÓN DE REFORMAR EN PEOR LA PROVIDENCIA, POR CONFIGURARSE ACTOS INJUSTOS Y ARBITRARIOS, Articulo 8 numeral 1 “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...)” en conexidad con el Articulo 7 numeral 3 “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” y el Articulo 9 “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Enseña la Corte Constitucional en la sentencia SU 069 de 2018, en relación con la violación directa de la constitución la violación directa, que:

“... en sentencia T-949 de 2003, se empezó a entender como una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual se robusteció con la sentencia C-590 de 2005, donde la Corte incluyó, en ese contexto, definitivamente a la violación directa de un precepto constitucional en el conjunto de defectos autónomos que justifican la presentación de una tutela contra providencias judiciales. Al hacerlo no modificó, por supuesto, el sentido específico que la jurisprudencia anterior le había atribuido, aunque sí la inicial importancia que al comienzo le reconoció”. (Negritas fuera del texto)

“...El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis. Así, se ha sostenido que esta figura se estructura cuando el juez en la decisión desconoce la Carta. Ello puede ocurrir, primero, porque

no se aplica una norma fundamental al caso en estudio, lo cual se presenta porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución...”

Como conclusión de la cita jurisprudencial expuesta, tenemos que esta causal de procedencia se presenta entre otros eventos cuando los Jueces en las decisiones vulneran derechos fundamentales, lo que evidentemente ocurrió en el caso que nos ocupa, toda vez que en la decisión del 2 de junio de 2022, proferida por el Tribunal Superior De Bogotá - Sala Penal se vulnera el principio de prohibición de reforma peyorativa causando una grave afectación al derecho fundamental del debido proceso y acceso a la justicia.

Como ya se ha expuesto en acáptes anteriores este principio constituye una garantía fundamental en el ámbito del debido proceso que a su vez vela por garantizar el derecho a la defensa y la contradicción. Por lo tanto, el límite que se impone constitucionalmente a través de este principio es en aras de salvaguardar derechos fundamentales en ese sentido, al no atender a las limitaciones que plantea este principio como se evidencia en la decisión adoptada en el tribunal se vulneran gravemente mis derechos fundamentales.

Es claro que se da una violación directa a la Constitución, pues como ha sido ampliamente desarrollado a lo largo de la presente acción constitucional, el extralimitarse en la competencia para fallar el recurso de apelación vulnerando el principio fundamental de *No Reformatio In Pejus* configurándose el defecto de violación directa a la Constitución.

La naturaleza de la garantía de no reforma en detrimento del apelante único constituye una garantía judicial internacionalmente reconocida de primer orden y que esperaría se cumpliera en mi caso. Sin embargo en el presente caso mi defensa como apelante delimitó el problema jurídico en cuanto al quantum punitivo impuesto y el tribunal de alzada rehusó abordar la apelación y sorprendiendo a mi defensa y a mí como administrado, anula el fallo condenatorio bajo un nuevo supuesto que no fue tratado en mi imputación y acusación, y menos en el allanamiento de los cargos.

La prohibición de la *Reformatio In Pejus* se torna en un principio internacionalmente reconocido con carácter de derecho inalienable para el condenado. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trata de actuaciones penales en contra de un condenado que confeso sus injustos en virtud de una imputación y acusación clara e inequívoca.

Conforme a los hechos, se observa que transgredieron mis derechos y que en segunda instancia fui víctima por parte del juez de segunda instancia de tener que soportar que se anulara la sentencia, cuando la expectativa legítima era que se refiriera al problema jurídico que se le planteaba en la apelación; existiendo por lo tanto un incumplimiento del principio de no *reformatio in peius*. Con el agravante que conforme a la legislación interna no tengo recursos internos

disponibles para hacer frente a dicha decisión que agravo ostensiblemente mi situación jurídica, lo que permite alegar esta vulneración en sede de tutela.

En mi caso, el juez de tutela debe reconocer que se encuentra con una reforma peyorativa de mi sentencia o *reformatio in pejus*, violatoria del principio de legalidad y de denegación de justicia por cuanto no existen recursos disponibles para repudiar dicho ataque. Así mismo, la tensión entre la no *reformatio in pejus* y el principio de legalidad se pondera de tal manera que se da prelación al primero sobre el segundo.

Como condenado no se me puede hacer víctima de ataques sorpresivos a mi sentencia, más cuando confié en la administración de justicia aceptando los cargos y lo que me motivo apelar fue mi convicción de que se iba a mediar sobre el problema jurídico planteado.

Finalmente, permítaseme invocar como respaldo fundamental a mi sustentación, el contenido de la **Sentencia No. SU-327/95, con ponencia del ilustre magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ**, fallo que me permito reproducir in extensum, dado su invaluable valor pedagógico sobre la materia:

“El ejercicio del poder punitivo dentro de un Estado de Derecho debe estar sometido a los más estrictos controles, con el objeto de hacer efectivo el respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica. Esos controles se establecen a través del principio de legalidad, que traza límites al ejercicio del poder tanto al momento de configurar los hechos punibles, como al de determinar las consecuencias jurídicas de los mismos (penas y medidas de seguridad), con lo que se excluyen la arbitrariedad y el exceso en el cumplimiento de la tarea de la represión penal.”

“El principio de legalidad entonces constituye, de un lado, una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y, de otro, correlativamente, una autolimitación del poder punitivo que el Estado ejerce por medio de sus legisladores y jueces.”

“Entre las garantías procesales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano está el principio de la no “reformatio in pejus” que, como señaló esta misma Corporación, “es un principio general de derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P. art. 29)” (Sentencia T-474 de julio 29 de 1992. Ms. Ps. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero).

“De acuerdo con el principio de la no “reformatio in pejus”, cuando el recurso de apelación sea interpuesto exclusivamente por el procesado o su defensor, el juez de segunda instancia no podrá empeorar la situación del procesado, agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia.”

“Es una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “Tantum

devolutum quantum appellatum”. Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquella que padezca un perjuicio o invoque un agravio y perseverar en el recurso.

“En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.

“Por último, valga mencionar que el principio opera sólo en favor del imputado, y no de los demás sujetos procesales; por eso, aunque el condenado no recurra y la sentencia sólo sea apelada por la parte acusatoria, el Ministerio Público o la parte civil, el juez de segundo grado debe dictar sentencia absolutoria si encuentra que el hecho no constituye delito o no existe certeza sobre la existencia del mismo o sobre la responsabilidad del procesado.

“En nuestro ordenamiento la garantía de la no “reformatio in pejus” ha sido constitucionalizada, y su elevación a ese rango es congruente con la adopción del sistema penal acusatorio, cuya esencia radica en separar las funciones de acusación y juzgamiento, para colocar en cabeza del Ministerio Fiscal la titularidad de la primera (art. 250 de la Carta), y en esa medida convertir al juez en un tercero independiente, desligado de muchas de las funciones que oficiosamente debía cumplir en el sistema inquisitivo anterior; por ello se le entrega a la Fiscalía General de la Nación la “carga de la prueba” y la responsabilidad de representar durante la etapa del juicio el interés del Estado en que se castigue al delincuente. Por este camino resulta cierto que frente a un fallo de contenidos ilegales, cuando el mismo parece tocar los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, la impugnación del mismo corresponde, a través del recurso de apelación o de casación, al Fiscal y al Ministerio Público; pero toda esa estructura, se destruye cuando el fallador, de oficio, se da a la tarea de suplir las omisiones de aquéllos.

“La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.

“Si el procesado se abstiene de recurrir la decisión o desiste del recurso interpuesto, tal como se lo permite el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia de impugnación de los demás sujetos procesales, la sentencia de primera instancia, aún con todos los vicios de que se la pueda acusar, hace tránsito a cosa juzgada, sólo alterable o anulable con la interposición de la acción de revisión, que opera frente a causales muy específicas y sólo cuando se trata de sentencias condenatorias, con el objeto de favorecer al reo que ha sido ilegalmente sancionado.

“Ni siquiera cabe arguir, en el plano de la conveniencia, que la interpretación probijada por la Corte en el caso subjudice es propiciatoria de impunidad, pues resulta excepcional e insólito que si existe un vicio sustancial en la sentencia ni el Ministerio Público ni la Fiscalía interpongan contra ella el correspondiente recurso. Esa conducta omisiva comporta la aquiescencia del Estado, a través de los funcionarios investidos

de competencia precisamente para esos efectos, con la sentencia de primera instancia que, de ese modo, queda convalidada en cuanto a las consecuencias favorables que ella comporte con respecto al apelante único”.

5.2 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El tribunal, no se limitó a ratificar o modificar el quantum punitivo de la sentencia de primera instancia como se le requirió y delimitó en el correspondiente escrito de apelación realizado por mi defensa técnica, sino que por el contrario como manifiesta no analiza el problema jurídico planteado por mi defensa técnica, sino que decide abordar un asunto ajeno, el cual es pretender invalidar lo actuado bajo el postulación de irregularidad sustancial sin que esto allá sido objeto del petitorio de la decisión recurrida; modificando con esta decisión la base fáctica de la imputación, acusación y mi respectiva aceptación de cargos, pretendiendo invadir por completo el fallo de primera instancia, violentando el principio de **congruencia**²² que me asiste.

La decisión que conculca mis derechos debe ser analizada, bajo la perspectiva de humanidad y que confese mi culpabilidad, autoincriminación y renuncia a la presunción de inocencia, tiene por garantía mínima que al incriminarme, haya conocido de forma clara cuales son los hechos que se me imputaban y que es por estos hechos que asumí la responsabilidad, certeza de la delimitación de los hechos atribuidos y sus respectivas consecuencias, de esta forma mi respuesta pudo ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen, como es el caso presente donde el tribunal pretende que se me indague sobre una conjetura que desborda el delito indilgado y aceptado, y su correspondiente apelación.

Al no garantizarme el principio de congruencia²³, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se me informaron como inculpado y aquellos por los que asumí voluntariamente responsabilidad para ser sentenciado, se está violentando por parte del tribunal mí el derecho a la defensa y se me está ubicando en un estado de indefensión, sin capacidad de resistencia.

Mi estado de indefensión se evidencia al pretender se mantenga mi confesión de incriminación, pero que se analicen conductas que no se incorporaron dentro del allanamiento a cargos, generando con ello una seria afectación y violación de mis derechos internacionalmente reconocidos al constatarse que es una decisión arbitraria²⁴, que no se encuentra debidamente motivada por traspasar la delimitación del objeto cuestionado.

²² Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, Párrafo 75

²³ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo 47

²⁴ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153 y Caso Casa Nina Vs. Perú, supra, párr. 89

Pretender invalidar el fallo producto de mi confesión de culpabilidad va en contravía del principio de congruencia; conforme a que una interpretación razonable y teleológica llevaría a pensar que el fallo judicial busca otorgar a quienes intervienen en el proceso un cierto nivel de certidumbre sobre la decisión futura y por tanto el juez de segunda instancia se encuentra atado a ésta, puesto que mal haría en desdecir el fondo de la controversia, esto último en razón de los principios de *venire contra factum proprium non valet*, y confianza legítima.

5.3 VIOLACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA, CONFIANZA LEGITIMA Y BUENA FE GUARDADA:

Como ser humano, guardo la esperanza de ser objeto en sí mismo de protección y reconocimiento de mis derechos y libertades fundamentales, teniendo unas garantías mínimas establecidas para afrontar los procesos judiciales, tales garantías son un delimitante del poder exorbitante del Estado, siendo un contrapeso efectivo en el escenario judicial, por cuanto todos los individuos renuncian a ejercer sus derechos y libertades absolutas, confiando en que el Estado garantizará en su jurisdicción, que no se van a desarrollar actos de defraudación, arbitrariedad e ilegalidad y que sus decisiones se adoptaran con estricto cumplimiento a la ley y no serán decisiones constitutivas como caprichosas o tendenciosas.

En el presente caso, se evidencia con base en los hechos, que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, al no fallar sobre lo apelado por mi defensa, actúa de mala fe, esto es por cuanto se perpetua un comportamiento desleal y malintencionado contra mí, trasgrediendo el artículo 83 de la Constitución Política que establece “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

En este Caso de buena fe me allané a los cargos (incriminación), me comprometí en términos generales a declararme culpable de los cargos penales imputados por la fiscalía, sin ofrecer oposición o resistencia esto es no defenderme en uso de mis garantías judiciales internacionalmente reconocidas²⁵, entendiéndose entonces que renuncié a mis derechos a **“Derecho a la Libertad Personal - Artículo 7 de la CADH, Garantías Judiciales - Artículo 8 de la CADH, Protección de la Honra y de la Dignidad - Artículo 11 de la CADH e Igualdad ante la Ley - Artículo 25 de la CADH”**, y así mismo resarcí de mi patrimonio los daños ocasionados a la administración de justicia, esto es infligiendo un detimento a mi patrimonio **“Derecho a la Propiedad Artículo 21 de la CADH”**, a cambio de esta renuncia a mis derechos, recibiría que se acatara el fallo judicial legal por todas las partes; sin embargo una vez se profiere la decisión en primera instancia que comporta derechos y obligaciones para las partes, el tribunal en un acto desleal y de mala fe, lo incumple modificando los hechos de

²⁵ Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35, y Caso J., supra, párr. 349.

imputación y acusación pretendiendo invalidar lo actuado y constringiéndome a que se me indague por una situación no puesta a mi consideración.

El incumplimiento a los efectos del allanamiento, afectan directamente mis derechos humanos y libertades fundamentales, trascendiendo y vulnerando directamente mis derechos reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia sobre derechos humanos, menoscabando mi derecho individual legítimo de confianza y buena fe guardada en la administración de justicia impartida por la Justicia, violación y vulneración que por la naturaleza de la acción hará inane mis garantías judiciales, por cuanto el Tribunal superior de Bogotá sala penal ocasiona un perjuicio irremediable, perjuicio materializado con el incumplimiento de lo aceptado y decidido en primera instancia.

La seguridad jurídica en Colombia es un principio central, señalándose que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado el preámbulo de la Constitución y los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta Política. Este principio en términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios inesperados en la correcta administración. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a su consideración.

En otras palabras, como en el caso en concreto, que exista seguridad sobre que se resuelva sobre lo solicitado y yo como administrado no sea asaltado en mi buena fe como ocurre actualmente, al renunciar a mi presunción de inocencia. Uno de los principios formales de la seguridad jurídica, latente desde el pensamiento de Hooker, es el referente a la determinación legal para todos los actos de las autoridades, así como el de un margen de indeterminación con respecto a los particulares. Así las autoridades sólo pueden hacer aquello que esté permitido por la ley, de manera que no pueden crear formas jurídicas, al paso que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido legalmente. Mientras en el Estado de Derecho el particular es creativo, las autoridades sólo son aplicativas²⁶.

La buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad son principios éticos que han sido incorporados en los sistemas jurídicos y que componen el llamado **“principio de moralidad” del derecho procesal**, que constituye uno de los triunfos de la concepción publicista de esta rama del Derecho sobre las teorías meramente privatistas o utilitaristas. Lo que se pretende hacer al incorporar estos preceptos morales al Derecho positivo es darle carácter vinculante a la forma

²⁶ Corte constitucional, Sentencia C-227 de 1994.

de actuar de las partes, por considerar que ésta es jurídicamente relevante dentro del proceso judicial. Por lo tanto, y debido a que media el interés público en las actuaciones procesales, las limitaciones que impone el principio de moralidad a la actividad de las partes encuentran pleno asidero dentro de nuestro ordenamiento. El artículo 83 de nuestra Constitución presume la buena fe en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. Esta presunción, aplicada al proceso judicial, implica que unos y otras actúen de conformidad y cumplan con los principios procesales de moralidad: lealtad, buena fe, veracidad, probidad y seriedad.

Ahora en la presente acción de tutela, se presenta un abuso dentro del proceso imputable al juez de instancia que desconoce las implicaciones de su decisión; frente a la confesión realizada y la renuncia a mis derechos al allanarme a cargos, alterando mi expectativa que de las actuaciones se desenvuelvan por parte de quienes administran justicia sean en un marco de buena fe, probidad y veracidad. Sobre la plataforma de una "idea moral", el procedimiento debe tratar de erradicar el obrar abusivo en el proceso. La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales.

Por lo tanto, para encontrarle sentido al término "abuso" es necesario escudriñar el contexto en que se utiliza la expresión. En el campo específicamente jurídico, el abuso puede producirse en cualquier actividad jurídica; así, en el ejercicio de un derecho, de una función, como también en el cumplimiento de cargas, deberes, obligaciones, etc. Y en el ámbito procesal, el abuso puede presentarse en el ejercicio del "derecho" de acción por las partes, o en el ejercicio de la "función" jurisdiccional por el órgano encargado de la misma, o el cumplimiento de los "deberes" que les incumbe a los auxiliares en tal tarea.

En general, el abuso constituye una figura abierta, que integra la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados; de allí que para concluir en la existencia o no de abuso deben analizarse cuidadosamente las circunstancias particulares de cada caso.

Si un ordenamiento reconoce derechos y establece imperativos, es para que se haga un adecuado ejercicio o cumplimiento de los mismos; y no para hacerlo "mal"; nunca se establecen normas ni se prescriben conductas para que se cumplan o ejecuten mal. Es contradictorio con la esencia misma del Derecho y de la Justicia la posibilidad de desviación en el ejercicio de las facultades que consagra el ordenamiento jurídico o en el cumplimiento de los imperativos que establece, porque tal desviación no es lo que el Derecho manda, y por lo tanto tampoco es lo que realiza la Justicia, que sólo se alcanza con el cumplimiento adecuado de la ley. En el caso presente no atender el problema jurídico y generar un nuevo enfoque en el litigio de una persona que renunció a su presunción de inocencia y se allanó a los cargos a todas luces resulta arbitrario.

5.4 Invalidación de la Confesión – Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8 Numeral 3 La confesión del culpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos literal g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas. De lo contrario serán decisiones arbitrarias en el presente caso la apelación se circumscribe al quantum punitivo y el tribunal abstrayéndose de dicho problema, pretende que se dé una consecuencia distinta a la establecida por el ordenamiento conforme a que no se centra en determinar el quantum de la conducta punible, la aceptación de los cargos y el resarcimiento, sino que pretende indagar por un escenario ajeno a su competencia, conforme a que el delito acaecido es contra la administración de justicia y no sobre presunto enriquecimiento patrimonial; por ello la Corte Interamericana, en el caso Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam²⁷; ha establecido y enfatizado que bajo el principio de legalidad, le corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico o distintos a la razón de su competencia. La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables en otro proceso penal o con medidas no penales. Asimismo, la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible²⁸; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa²⁹.

Por lo anterior, el actuar arbitrario y desleal de la decisión del juez de alzada, deviene en que el allanamiento, confesión de cargos, se transforme en coacción sobreviniente, conforme a que el tribunal pretende que se mantenga la aceptación de los cargos, pero que deba resolver una nueva cuestión no dada a conocer en la imputación o en la acusación, pero si no es resuelta el nuevo escenario del tribunal de alzada entonces se dé una punición mayor sobre la conducta confesada, esto arremetiendo ilegalmente contra mis derechos de quien aceptara cargos. Esto a su vez, constituye una infracción a un juicio justo.

Debo advertir que la Corte Interamericana ha recalcado que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Así, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que “la confesión del culpable solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción.

²⁷ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párrafo 61.

²⁸ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 121, y Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

²⁹ Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63, y Caso Usón Ramírez, supra, párr. 55. Ver también. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, párr. 199, en donde refiriéndose al plazo que tenía una autoridad para decidir sobre la sanción a imponer, la Corte destacó que “en el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que la norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa, y iii) previsible”.

En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación podría ser considerada una modalidad sobreviniente de coacción³⁰.

5.5 VIOLACION A LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad³¹.

En el presente caso, que el tribunal no aborde el problema jurídico planteado y pretenda que se resuelva una suposición de incremento patrimonial no imputable al delitos por el cual fui imputado, acusado y por los cuales me allané a los cargos, se evidencia que el juez de la causa tenía un prejuicio sobre el caso que no es provisto por el expediente y que fue basado en creencias preconcebidas en lugar de hechos.

Esta garantía de imparcialidad está violentada, teniendo la posibilidad del juez de tutela de restablecer mi derecho a que se analice lo que mi defensa técnica postuló. Conforme a que el tribunal debe ocupar una posición de tercero imparcial, al estar facultado para resolver un problema jurídico propuesto, comprometiendo su posición de imparcialidad al ir más allá de la pretensión de la apelación.

5.6 VIOLACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL DE LIBERTAD PERSONAL

Establecido en el Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. En especial:

En el caso en particular se me está infringiendo una lesión grave a mi derecho a la libertad personal³², conforme a que acepté los cargos formulados contra mí, lo que significaba que iba a ser reducido a prisión por el quantum punitivo que determinara el juez, con la garantía judicial que, al apelar, el tribunal mediaría en cuanto al quantum punitivo. Sin embargo, fui sorprendido y veo como se anula la decisión y se busca se me indague por asuntos distintos que de no ser

³⁰ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 166.

³¹ Corte IDH, Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021, Párrafo 134

³² Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Caso Maritza Urrutia, supra nota 5, párr. 73; Caso Bulacio, supra nota 6, párr. 129; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 15, párr. 84; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 68, párr. 140; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 68, párr. 135; Caso Maritza Urrutia, supra nota 5, párr. 73; Eur. Court H.R., Case of Kurt vs Turkey, Judgment of 25 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, para. 124; Eur. Court H.R., Caso de Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI.

atendidos de forma favorable me expongo a que se mantenga mi confesión incriminatoria, pero se me agrave mi pena, con la repercusión grave y lesiva que el derecho a mi libertad se vea más restringida de mi expectativa razonable de allanamiento a cargos.

Resulta entonces evidentes que los perjuicios ocasionados luego de haber confiado en la administración de justicia aceptando cargos y así mismo recibiendo determinadas garantías, resultan del todo graves y se descubre que la decisión impuesta en segunda instancia se basó en una arbitrariedad y aprovechamiento de mi estado de indefensión, y que este accionar no cumple con los estándares constitucionales, sino que por el contrario solo fue un medio para causarme lesiones, sufrimientos y daños injustificados.

Es entonces que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “Implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones que propiciaron dicha pena, existiendo entonces un deterioro de la integridad física, psíquica, moral y confianza legítima en el Estado de Colombia por parte mía, recordando que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. En todo caso la autoridad judicial de segunda instancia no tomo en consideración estas circunstancias al momento de decidir, sino que por el contrario quiso ajusticiarme desbordando el problema jurídico planteado, sin tener en cuenta mi aceptación voluntaria de los cargos.

6 SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL URGENTES E INMINENTES.

De acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, el juez constitucional puede adoptar cualquier medida de conservación encaminada a la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado y, particularmente, tiene la facultad de suspender la aplicación del acto concreto que lo amenace o lo vulnere, en los casos en que lo considere necesario y urgente.

Estas medidas provisionales, según lo ha expresado la Corte Constitucional, buscan *“evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación del mismo o, habiéndose constatado la existencia de una violación, que ésta se torne más gravosa³³”*

En el presente caso, se encuentra suficientemente demostrada la trasgresión de mis derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia conforme a lo cual solicito a la **HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU CALIDAD**

³³ Corte Constitucional, Auto 166 de 2006.

DE JUEZ CONSTITUCIONAL, QUE EN EL MOMENTO DE ADMITIR LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA, adopte las medidas necesarias para proteger mis derechos fundamentales como tutelante y que, en consecuencia, **ORDENE** la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos de la providencia calendada el dos (2) de junio de 2022 proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL, en la cual se *DECLARA LA NULIDAD de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril de 2022, cuando CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO se allanó a los cargos, con la única finalidad de advertirlo respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04 y, en su caso, indicar que no tendrá rebaja alguna de pena.*

La adopción de la medida provisional solicitada resulta necesaria, pertinente y urgente en el caso concreto, como quiera que es inminente el perjuicio que se cierre, con base en una decisión abiertamente transgresora de mis derechos fundamentales³⁴.

i). Sólo esta acción de tutela puede evitar que la autoridad judicial demandada vulnere los derechos referidos, a través de una providencia que incurre en defectos procedimentales y sustantivos³⁵.

ii) Se requiere la medida con urgencia para evitar la consumación del perjuicio latente. Por esta razón, solicito respetuosamente que la respuesta de suspensión del fallo impugnado sea inmediata, con el fin de que se conjure el posible daño a los derechos fundamentales, de modo que dejar en espera la ejecución de la providencia atacada en tanto se resuelva la solicitud de tutela, es la única forma de evitar que se configure una lesión a bienes jurídicamente tutelados.

iii) El daño es grave en relación con el interés jurídicamente tutelado, los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, derecho de defensa e igualdad.

La gravedad de la lesión se basa en la importancia que el ordenamiento jurídico concede a los bienes referidos, pues la decisión que debe anularse deja en entredicho la responsabilidad, solvencia y protección que debe ostentar siempre la administración de justicia enraizada en nuestros jueces. La amenaza a uno de los bienes mencionados es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades Constitucionales³⁶.

iv) La amenaza de daño es de tal magnitud que indica que la acción de tutela es impostergable para evitar la consumación del perjuicio, dado que sólo el juez de tutela puede evitar la ejecución del proveído transgresor del Código de Convivencia.

Ahora bien, la ejecución de la decisión impugnada también implica perjuicio para la Nación-Rama Judicial y para los jueces que participaron en su emisión. Ello, en razón a que en el evento en que el juez de tutela encuentre que el proveído demandado vulneró mis derechos fundamentales, se hará evidente el error en que incurrió el funcionario.

³⁴ Sentencia T-717 de 2013. la Corte precisó que el perjuicio irremediable es "un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existirá forma de reparar el daño, salvo con indemnización".

³⁵ Sentencia SU-1070 de 2003, T-910 de 2010 y T-061 de 2013.

³⁶ Ibídem.

De ejecutarse las decisiones impugnadas, y se tutelen los derechos fundamentales, se aceptaría que el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL incurrió supuestamente en faltas inexcusables como intérpretes autorizados de la ley Penal. Por tanto, es imperioso que los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia concedan la medida cautelar, con el fin de evitar que el presente asunto llegue a desenlaces que afecten también a los integrantes de la comunidad jurídica, la Nación — Rama Judicial y las relaciones sociales que confían en el principio de la confianza legítima en los administradores de justicia.

7. DEL JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no ha sido interpuesta ninguna acción de tutela en contra de los hechos y autos en mención dentro del proceso que se adelante en mi contra.

En este sentido, solicito ahora el amparo de mis derechos fundamentales, vulnerados por las actuaciones realizadas por la Sala penal del tribunal. Dentro de esta compresión y de conformidad con lo expuesto a lo largo de este escrito, se han planteado la existencia de sendas causales de procedibilidad de la tutela.

8. DE LAS PRUEBAS

El material probatorio está soportado en prueba documental que contiene elementos centrales de la actuación judicial surtida, especialmente en lo relacionado con esta solicitud de amparo.

DOCUMENTAL:

Prueba 1: Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 9 de mayo de 2022

Prueba 2: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL, Magistrado Ponente ALBERTO POVEDA PERDOMO, AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA, jueves, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022). Aprobado Acta N° 083, Radicación: 1100160000020182398 06.

Solicitud Probatoria: Adicional a las pruebas enunciadas, respetuosamente se le solicita a los Honorables Magistrados realizar una inspección completa del expediente del proceso seguido en mi contra, donde reposan todos los documentos que soportan las alegaciones expuestas en la presente solicitud de amparo constitucional. Esto con el objetivo de que la honorable Corte pueda comprobar la violación a mis Derechos Fundamentales.

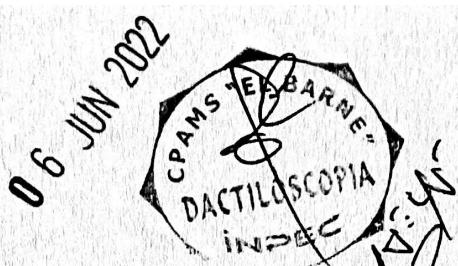
9. NOTIFICACIONES.

Al accionante, en la Cárcel y Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad “EL BARNE” (Penitenciaría de Combita, Boyacá), lugar donde me encuentro actualmente recluido. Así mismo, solicito respetuosamente se notifique a los siguientes correos electrónicos de mis abogados para fines informativos:

contacto@victormosqueramarin.com y omarjcsuarez@suareztrujilloabogadosasociados.com

A la entidad accionada Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal, ubicado en la Avenida La Esperanza Calle 24 No, 53-28, correos electrónicos:

secsptribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co ; pressptsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co



accion de
tutela

CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO,

Cédula de ciudadanía No. 8.280.439 de Medellín, actualmente interno en la penitenciaria
de Cóbita, Boyacá

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Bogotá D.C., 17 de mayo de 2022

Honorables Magistrados

SALA PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

E. S. D.

C. U. I.: 110016000000 **201802398**

Asunto: Sustentación de recurso de apelación

Respetados señores:

Jaime Bernal Cuellar, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como defensor del señor Carlos José Mattos Barrero, con fundamento en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004 me permite sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 9 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado 30 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, de acuerdo con el plazo de sustentación concedido en el auto de fecha 12 de mayo de 2022, que prorrogó el término hasta el día miércoles 18 de mayo a las 5 p.m.:

I. LA SENTENCIA APELADA

Se trata del fallo de primera instancia del 9 de mayo de 2022, emitido por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá, en la actuación seguida en contra de Carlos José Mattos Barrero, por los presuntos delitos de daño informático agravado y cohecho por dar u ofrecer, en concurso homogéneo.

El Juzgado -en el numeral 2º de la decisión- condenó al señor Mattos Barrero a las penas principales de nueve (9) años, cinco (5) meses y diez (10) días de prisión y multa equivalente a 701.61167 S.M.L.M.V. del año 2015, «en calidad de autor y determinador responsable del punible de cohecho por dar u ofrecer y determinador responsable del delito de daño informático

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

agravado, previstos en los artículos 407, 269 D y 269 H numerales 1.^º y 2.^º del Código Penal con circunstancias de mayor punibilidad prevista en el numeral noveno del artículo 58 ídem».

Lo anterior, con base en los siguientes hechos jurídicamente relevantes, que el Despacho estimó probados:

A. HECHOS RELATIVOS A LOS PRESUNTOS DELITOS DE COHECHO POR DAR U OFRECER EN CALIDAD DE AUTOR

El fallador de primera instancia valoró los siguientes elementos probatorios:

(i) Constancia del 28 de septiembre de 2017 de la DEAJ Bogotá-Cundinamarca relativa a Dagoberto Rodríguez Niño; (ii) Acta de posesión No. 459 del 15 de diciembre de 2011 de Reinaldo Huertas como Juez 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá; (iii) Entrevista rendida por Dagoberto Rodríguez Niño el 14 de agosto de 2018; (iv) Entrevista de Luis David Durán Acuña del 17 de julio de 2018; (v) Entrevista de Blanca Stella Castillo Ardilla del 26 de octubre de 2016; y (vi) Acta de inspección a lugares FPJ-9 del 11 de octubre de 2016, inspección judicial al radicado 201600211. Con base en su análisis, el Despacho definió los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1. Finalizando el año 2015, Carlos José Mattos Barrero se reunió directamente con **Dagoberto Rodríguez Niño**, y le solicitó que le consiguiera una reunión con el Juez 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, **Reinaldo Huertas**.
2. Huertas aceptó la reunión, la cual se celebró el domingo siguiente en un apartamento en la calle 92 en Bogotá, donde Carlos Mattos, de forma directa, le manifestó al funcionario judicial que le asignarían un proceso y que necesitaba que le decretara una medida cautelar que le prohibiera a Hyundai Motor Company vender vehículos en Colombia por medio de empresas distintas de Hyundai Colombia Automotriz, y que esta decisión se debía mantener durante un año.
3. A cambio de la gestión solicitada, Carlos Mattos les hizo al Juez 6^{to}. Civil del Circuito y a su oficial mayor oferta de setecientos millones de pesos.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

4. En otra reunión el juez Reinaldo Huertas planteó que la medida cautelar costaba mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), precio que Mattos no aceptó y se mantuvo en el ofrecimiento de setecientos millones de pesos (\$700'000.000), y adicionó una prima de éxito de mil millones de pesos en caso de que la medida cautelar se mantuviera por un año.
5. Estas reuniones también fueron presenciadas por Luis David Durán Acuña, quien acompañó a Carlos Mattos a un desayuno en el que se encontraba el Juez 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, donde Mattos le preguntó si era posible que le concediera una medida cautelar que impidiera la venta en Colombia de vehículos marca Hyundai por medio de empresas distintas a Hyundai Colombia Automotriz, acordándose por esta actividad el pago de doscientos millones de pesos (\$200'000.000) en el momento de dictar el auto, trescientos millones de pesos (\$300'000.000) adicionales si después de fallados los recursos contra la medida esta se mantenía, y doscientos millones de pesos (\$200'000.000) más, cuando se llegara a un acuerdo con el demandado.
6. Luis David Durán Acuña participó en otra reunión con Reinaldo Huertas y Dagoberto Rodríguez en la que Mattos les envió a los funcionarios, por medio del referido abogado, la suma de mil cien millones de pesos (\$1.100'000.000), repartidos en proporción de sesenta por ciento para el juez y cuarenta por ciento para el oficial mayor.

En lo relativo al tipo penal de cohecho, debe destacarse que el señor Juez de conocimiento, en respuesta a una petición que al parecer elevó la defensa en audiencia a efectos de aclarar si se trataba de dos o de tres delitos de cohecho, consideró que, en su concepto, aquí había tres conductas punibles claramente diferenciables, la primera frente al juez Huertas, la segunda frente al oficial mayor y la tercera frente a los funcionarios que se encargaban de la asignación del proceso.

No obstante lo anterior, como se demostrará por parte de la defensa más adelante, esta conclusión del despacho desconoce la imputación fáctica efectuada por la Fiscalía General de la Nación (tanto en sede de formulación de imputación como de acusación —en que imputaron una (1) única conducta de cohecho por dar u ofrecer que abarcaba tanto al

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

juez como al oficial mayor—); en consecuencia, el fallo de primera instancia modificó la imputación fáctica presentada por la Fiscalía al dividir artificialmente un solo hecho en dos tipos penales y condenar al señor Mattos Barrero por concurso homogéneo efectivo de dos (2) cohechos por dar u ofrecer en calidad de autor, bajo el argumento de que «evidentemente entregar dinero a dos servidores públicos para proyectar una decisión — oficial mayor— y para suscribirla —juez—, son actos que estructuran dos acciones perfectamente diferenciables» (p. 32); posición que, claramente, viola tanto la congruencia fáctica como el principio del non bis in ídem, garantía que forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

Con fundamento en lo anterior, el Juzgado concluye que se acredita en el grado procesal «exigido» que el procesado incurrió «como autor en la conducta punible de cohecho por dar u ofrecer, en concurso homogéneo».

En cuanto a la antijuridicidad de esta conducta, sostiene que Carlos Mattos Barrero logró «corromper a varios servidores públicos para que dejaran de lado sus deberes funcionales y la transparencia con la que debían comportarse» (p. 42 y ss.).

B. HECHOS RELATIVOS AL PRESUNTO DELITO DE COHECHO POR DAR U OFRECER EN CALIDAD DE DETERMINADOR

Según el Juzgado, la Fiscalía atribuyó al señor Carlos Mattos un segundo cargo de cohecho por dar u ofrecer mediante la acción de «determinar a empleados de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para efectos de que se manipulara el sistema de reparto de la Rama Judicial y se asignara la demanda de su interés al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá».

Debe llamarse la atención en cuanto a que **la hipótesis trazada en la sentencia por el fallador (siguiendo en parte lo planteado por la Fiscalía)**, cuando pretendió acreditar los hechos constitutivos del delito de cohecho, no se adecua al tipo penal de cohecho por dar u ofrecer, sino al delito de daño informático en calidad de determinador por promesa remuneratoria. En otras palabras, lo que evidencia el señor juez con la argumentación expuesta en la sentencia —que se resumirá a continuación—, es que Carlos Mattos Barrero, al haber pagado por el

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

direcccionamiento de la demanda al Juez 6^{to}. Civil del Circuito, realizó una determinación a un autor (Edwin Macías) para que cometiera el tipo penal de daño informático a través de promesa remuneratoria y no una determinación para que el autor realizara el delito de cohecho. Adicionalmente, debe destacarse que, como se demostrará luego, Edwin Fabián Macias Castañeda, persona a quien presuntamente determinó Mattos Barrero para cometer delito de cohecho, no era empleado de la DEAJ para el momento de los hechos (febrero de 2016).

La argumentación del señor Juez de Conocimiento frente a este delito fue la siguiente:

1. Carlos José Mattos Barrero se reunió con Edwin Fabián Macías Castañeda con el propósito de que este, quien conocía a las personas necesarias para manipular el sistema de reparto de la Rama Judicial, efectuara una alteración de ese tipo y consiguiere que se asignara la demanda al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, a cambio de recibir una suma de dinero por esta actividad.
2. Edwin Fabián Macías Castañeda comenzó la labor encomendada por Carlos Mattos, y ofreció dinero a Ramón Orlando Ramírez, Edwin Angulo, Wilmer Andrey Patiño, Wilmer Andrey Casas y a Carlos Arturo López Lara para conseguir el objetivo.
3. Existió una promesa remuneratoria para que Edwin Fabián Macías Castañeda ejecutara las actividades que fueran necesarias a efectos de que se manipulara la asignación de una demanda y fuera repartida a un juzgado determinado.
4. Edwin Fabian Macías Castañeda se acercó a los ingenieros que trabajaban en el área de sistema de la DEAJ para ofrecer dinero a cambio de que cierta demanda se asignara al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá. En ese propósito lo apoyaron Ramón Orlando Ramírez, Edwin Angulo, Wilmer Andrey Patiño, Wilmer Andrey Casas y Carlos Arturo López Lara.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Los anteriores hechos jurídicamente relevantes fueron fijados por el Juzgado con base en el análisis de los siguientes elementos probatorios: **(i)** Entrevista rendida por Edwin Fabián Macías Castañeda; **(ii)** Entrevista de Ramón Orlando Ramírez Fuentes del 10 de diciembre de 2018; **(iii)** Entrevista de Wilmer Andrey Patiño Rodríguez del 10 de diciembre de 2016; **(iv)** Interrogatorio del indiciado Carlos Arturo López Lara del 11 de diciembre de 2018; **(v)** Informe de auditoría UA 16032, realizado por Luz Stella Morales Pérez en octubre de 2016; **(vi)** Certificaciones del Coordinador de Talento Humano de la DEAJ Bogotá-Cundinamarca referidos a las calidades de servidores públicos de Wilmar Andrey Casas Mendoza, Carlos Arturo López Lara, Edwin Fabián Macías Castañeda.

A partir de allí, concluye el juzgado que Carlos José Mattos Barrero determinó a Edwin Fabián Macías Castañeda a cometer el delito de cohecho por dar u ofrecer, «a través del cual se consiguió que empleados de la DEAJ adulteraran el sistema de reparto» (p. 40).

C. HECHOS RELATIVOS AL PRESUNTO DELITO DE DAÑO INFORMÁTICO AGRAVADO

Para fijar los hechos relevantes del presunto daño informático, el juez valoró los siguientes elementos probatorios: **(i)** Declaración jurada de Edwin Enrique Angulo Martínez; **(ii)** Declaración de Wilmer Andrey Patiño; **(iii)** Informe de investigador de laboratorio FPJ13 del 5 de octubre de 2017. En ese sentido, encontró suficientemente demostrado que:

1. Wilmer Andrey Patiño es determinado «por el hoy procesado (Carlos José Mattos Barrero), sin tener autorización, utilizando de forma fraudulenta el usuario y la clave de wcasasm, el 29 de febrero de 2016 procedió a ingresar al sistema de reparto de la Rama Judicial y a alterarlo, con un propósito específico, borrando las intromisiones irregulares que realizó de la tabla bitácora» (p. 42).
2. Las dádivas que proporcionó Carlos Mattos a Edwin Fabián Macías Castañeda, fueron las que motivaron que sin autorización Wilmer Andrey Patiño ingresara al sistema de reparto, creara una serie de registros en la base de datos bitácora entre las 8:00 y las 9:00 a.m. y, luego de recibir

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

instrucciones técnicas de Carlos López, siendo las 3:30 de ese mismo día borrara estos datos informáticos con el propósito de que en una posterior auditoría su proceder no fuese detectado.

En criterio del juzgado, estas acciones, que según el fallo fueron inducidas por Carlos Mattos con sus ofrecimientos de dinero (se pregunta la defensa ¿cohecho por dar u ofrecer o remuneración como elemento de la determinación?), estructura el punible de daño informático en el nivel de convencimiento requerido para condenar, «pues Wilmer Andrey Casas, impulsado por un ofrecimiento económico, borró datos informáticos con el objetivo de que su actividad irregular no quedara signada en la base de datos» (p. 42).

Según el fallo, también se estructuraría el dolo requerido en el tipo de daño informático, «dado que, de un lado, aquel conocía que entregaba dineros a diferentes servidores públicos, y de otro, que aquellos actuarían en contravía de sus deberes funcionales». Y debido a que el acusado «se representó que, al ofrecer dinero a los empleados de la DEAJ, aquellos alterarían el sistema de reparto de la Rama Judicial y conseguirían la asignación de una demanda al Despacho de su interés, lo que implicaría ingresar a un sistema oficial, alterar su configuración y borrar los registros existentes en la base de datos» (ibid.).

Sobre las agravantes del artículo 269H, aseveró el señor Juez que también se encontraban demostradas porque «el sistema informático sobre el que se borraron los datos tiene un carácter oficial al pertenecer a la Rama Judicial...como también que se efectúo por servidores públicos cochechados en el ejercicio de sus funciones» (ibid.).

Para el despacho se encuentra demostrado que la conducta es antijurídica porque vulneró la seguridad de la información pública, «entendida como el derecho a no sufrir injerencias externas en los datos o los sistemas de tratamiento de información o sus componentes lógicos», en la medida en que logró ingresar al sistema de reparto de la Rama Judicial, para luego borrar los registros de la intromisión (p. 42).

D. HECHOS RELATIVOS A LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD POR LA POSICIÓN DISTINGUIDA DEL SENTENCIADO EN LA SOCIEDAD

En las consideraciones referidas a la individualización de las penas por los delitos que el fallo encontró configurados, el Despacho valoró «los elementos materiales probatorios, así como la demanda impetrada en contra de Hyundai Motor Company» y, tan solo a partir de allí, fijó el siguiente hecho relevante: Carlos José Mattos Barrero, en el momento de incurrir en los comportamientos que se le atribuyen, «era propietario de una riqueza significativa, que superaba, por mucho, el capital promedio de la ciudadanía, al punto que pagó mil cien millones de pesos al Juez 6^{to}. Civil del Circuito y a su oficial mayor» (p. 47).

Con base en esta única consideración el Despacho encuentra estructurada la circunstancia de mayor punibilidad por la posición distinguida del sentenciado en la sociedad (C. Pen., art. 58, num. 9).

En consecuencia, **en aplicación de esta circunstancia de mayor punibilidad, la determinación de la pena se fijó para todos los delitos, tres (3) delitos de cohecho por dar u ofrecer y para el único delito de daño informático por el que se condenó, en los cuartos intermedios, a pesar de que en la imputación fáctica de la Fiscalía (tanto en audiencia de formulación de imputación como en la de acusación) solo atribuyera dicha circunstancia de mayor punibilidad respecto del tipo de cohecho por dar u ofrecer.**

II. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La defensa centrará la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria en los siguientes ejes transversales, a saber:

- i) Ausencia de control del señor juez de primera instancia sobre el cumplimiento de garantías y principios fundamentales que protegen al procesado, especialmente, el debido proceso, el principio de legalidad y el non bis in ídem, por razón de la supuesta existencia de múltiples

concursos aparentes que no se resolvieron y que desembocaron en una condena por varios tipos penales inexistentes. Lo anterior, en absoluta conexión con el incumplimiento de la verificación de los requisitos que debe tener en cuenta el fallador en los casos de aceptación de cargos.

- ii) Vulneración del principio de congruencia por parte del juzgado en la sentencia condenatoria, debido a que condenó al señor Mattos Barrero por hechos y por delitos no atribuidos por la Fiscalía en la imputación, ni en la acusación respectiva y, en consecuencia, por conductas que no se incorporan dentro del allanamiento a cargos. Así mismo, por la incorporación de causales genéricas de agravación en la determinación de la pena, las cuales no se habían atribuido por la Fiscalía para todos los delitos.

A continuación presentaremos el desarrollo de los argumentos que justifican la apelación de la decisión.

A. EL ALLANAMIENTO A CARGOS Y LOS REQUISITOS LEGALES PARA EMITIR SENTENCIA CONDENATORIA

1. Requisitos legales para avalar el allanamiento a cargos por parte del Juez de Conocimiento

Con fundamento en el art. 353 de la L. 906/04, el acusado puede aceptar los cargos, en cuyo caso procede, dependiendo de la etapa procesal, otorgar beneficios de punibilidad respecto de lo aceptado, lo cual presupone que, en el fallo, se encuentre responsable al acusado y se emita condena.

Sin embargo, el derecho a allanarse a cargos no implica automáticamente la emisión de una condena, sino que, como lo tiene establecido de forma reiterada la Corte Suprema de Justicia¹, «le corresponde al juez verificar si están dados todos los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria», es decir, (i) acreditar la existencia de una hipótesis que corrobore la tipicidad de la conducta y (ii) sustentar el fallo con base en elementos materiales

¹ Cf. Rad. CSJ-SCP, rad. 48015.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el inc. 3 del art. 327 de la Ley 906 de 2004².

Dicho de otro modo, con independencia de que se trate de un allanamiento a cargos, para imponer una pena el juez debe acreditar la existencia de una conducta punible en los términos del Código Penal³, para lo cual debe realizar los juicios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad respecto de los hechos jurídicamente relevantes con base en «un mínimo de prueba» que, si bien implica un estándar de conocimiento menor que el requerido para ser vencido en juicio, no deja de exigir la acreditación de la totalidad de elementos que configuran el delito, entre los cuales, por supuesto, se halla la verificación basada en el juicio de tipicidad estricta.

En otros términos, el juez está en la obligación de realizar un control formal y material sobre la aceptación de los cargos por parte del acusado, lo cual no solo implica una verificación sobre el consentimiento libre y voluntario del procesado sobre el allanamiento, sino una verificación de que la aceptación de cargos y la emisión de posterior sentencia condenatoria no vulnere derechos y garantías fundamentales del procesado, tal como se exige de manera expresa en el artículo 368 del C.P.P., así:

“De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.

De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad”.

² L. 906/04, art. 327, inc. 3: «La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.»

³ L. 599/00, art. 9, inc. 1: «Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.»

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Lo anterior implica, por ejemplo, que en la verificación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta el juez analice, entre otras cosas, que el acusado esté aceptando cargos por hechos que sean realmente delictivos, que haya correspondencia entre los hechos **probados** y los delitos en los que se tipifica la conducta, que se reúnan los requisitos para atribuir la autoría o participación, que no exista concurso aparente de tipos penales, que no se configuren causales de ausencia de responsabilidad en el caso concreto, que la conducta vulnere o ponga en peligro algún bien jurídico, que quien acepta los cargos sea imputable, su comportamiento reprochable y contara con el conocimiento de la ilicitud, etc. Lo anterior, porque carecería de sentido y sería violatorio del debido proceso, además de la justicia material como fin último del proceso penal, que el Estado avale una aceptación de cargos por hechos por los cuales no es posible establecer responsabilidad penal, porque en este evento el allanamiento a cargos se convertiría en una figura incompatible con nuestra Carta Política.

2. Desconocimiento de los principios de tipicidad y non bis in ídem —concurso aparente de conductas punibles— por ausencia de requisitos para avalar el allanamiento a cargos

En este caso concreto, como se explica a continuación, el fallo de primera instancia no logra acreditar con un mínimo de prueba, la configuración de los elementos típicos del presunto concurso homogéneo de cohechos por dar u ofrecer, ni del presunto daño informático, como tampoco de la circunstancia de mayor punibilidad con que individualiza las penas.

La defensa demostrará que, conforme el planteamiento de los hechos presentado por la Fiscalía, tanto en la imputación como en la acusación, el fallador, frente a Carlos Mattos Barrero, solo podía encontrar acreditados los elementos de un **único delito de cohecho por dar u ofrecer** dirigido a vulnerar a la Administración Pública en cabeza de la Rama Judicial (titular del bien jurídico afectado), para que distintos funcionarios actuaran de modo contrario a sus deberes y se profiriera la decisión que requería el acusado (medida cautelar). No le asiste razón a la Fiscalía ni al Despacho al declarar la configuración de un concurso homogéneo de dos (2) —tesis de la Fiscalía— o tres (3) —tesis del Juez— delitos de cohecho por dar u ofrecer, debido a que esta interpretación se basa en una equivocada tipificación de

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

los hechos e implica el desconocimiento de los criterios de solución de los concursos de conductas punibles, violando de esta forma del principio de tipicidad objetiva y de non bis in ídem. En efecto, al desconocerse las normas que sustentan estas figuras de derecho sustancial, los funcionarios judiciales —acusador y juzgador— efectuaron una artifiosa duplicación y/o triplicación de las adecuaciones típicas posibles.

En cuanto al presunto **delito de daño informático**, debe señalarse que la sentencia resolvió condenar, a pesar de que no se encuentra acreditado de ninguna manera que Carlos José Mattos hubiera sido determinador de la persona que ingresó al sistema informático de la Rama Judicial para direccionar el reparto de la demanda de interés del acusado; solo se encuentra demostrado que Mattos Barrero pagó -a un tercero- para que se direccionara el reparto de una demanda a un específico juzgado, esto, bajo el mismo y único designio con que pagó a los funcionarios de un juzgado para que emitieran la decisión que era de su interés (medida cautelar).

Lo anterior significa que el Juez en el fallo —al igual que la Fiscalía en la acusación— utilizó los mismos argumentos de cargo referidos al cohecho por dar u ofrecer para entender acreditada la configuración del delito de daño informático en calidad de determinador, aunque no exista prueba mínima de que el condenado hubiera determinado al autor de dicha conducta.

Es importante aquí hacer énfasis en que los elementos de prueba que se anexaron por la Fiscalía para soportar el allanamiento a cargos, tan solo permiten evidenciar que el acusado Mattos Barrero tenía un único designio criminal, esto es, que la demanda que iba a presentar la empresa Hyundai Colombia Automotriz fuera repartida al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá y que en dicho despacho se emitiera una decisión de medidas cautelares con un contenido específico. Lo anterior, lo logró a través de un equipo de personas que fue conformado y pagado por intermedio del abogado Luis David Duran y de Dagoberto Rodríguez, Oficial Mayor del Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, quienes reunieron un grupo de personas -algunos servidores públicos y otros particulares- para concretar la petición de Mattos Barrero.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Sobre la estructuración del delito realizado bajo unidad de acción se efectuará una amplia explicación más adelante; por ahora, solo se deja enunciado el defecto desde el punto de vista de incumplimiento del juzgado sobre el control material del allanamiento y la consecuente emisión de un fallo condenatorio por un concurso aparente de tipos penales.

3. Desconocimiento de los principios de legalidad, tipicidad y congruencia por ausencia de requisitos para aprobar el allanamiento, en relación con la circunstancia de mayor punibilidad

También incurrió en error el fallador al declarar la circunstancia de mayor punibilidad por razón de la posición distinguida del sentenciado en la sociedad (Art. 58, No. 9 de la ley 599 de 2000), debido a que: i) no existe prueba mínima en la actuación de que Carlos Mattos hubiera tenido para la fecha de los hechos una posición distinguida en la sociedad; ii) no se demostró que esa supuesta posición tuviera alguna relación con la comisión de los delitos por los que se condena y iii) porque, a pesar de que la Fiscalía solo atribuyó esta circunstancia de mayor punibilidad para el delito de cohecho, el Juez la extendió en la dosificación punitiva también para el delito de daño informático.

En ese sentido, el fallo de primera instancia violó el art. 7 del C.P.P.⁴ porque, de una parte, supuso que Carlos Mattos es una persona rica, puesto que no obra en el expediente ninguna evidencia de la composición de su patrimonio para la fecha de los hechos; y ninguno de los dos argumentos que plantea el fallo logra demostrar que en Carlos Mattos concurriera la circunstancia mencionada, porque se refieren (i) a la demanda civil presentada por una persona jurídica (Hyundai Colombia Automotriz) cuyo patrimonio es distinto al del acusado, y (ii) supuestamente (como si ello fuera razón suficiente) porque pagó altas sumas de dinero, sin concluirse necesariamente por ello que el dinero fuera suyo, ni que el hecho de tener capacidad de pago le diera una posición «distinguida» en la sociedad.

⁴ L. 906/04, art. 7, inc. 2: «En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.»

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

De otra parte, ni acusador ni juzgador establecieron la influencia que tendría esta supuesta posición distinguida del señor Mattos en la sociedad frente a las conductas punibles que se le atribuyen, es decir, no se estableció la relación que puede existir entre los tipos penales atribuidos -cohecho y daño informático- y la circunstancia genérica de mayor punibilidad correspondiente a la posición distinguida, lo cual impide, desde cualquier punto de vista, atribuir una circunstancia de agravación por inexistencia de relación con el acto delictivo.

B. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA FÁCTICA Y SU DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL JUGADO

De conformidad con el art. 448 del C.P.P.⁵, el fallo debe guardar congruencia fáctica, personal y jurídica con las imputaciones efectuadas por la Fiscalía General de la Nación en las audiencias de formulación de imputación y de acusación⁶.

Así mismo, se tiene establecido por la jurisprudencia penal y constitucional que la congruencia de la imputación fáctica debe mantenerse incólume tanto en la imputación como en la acusación, y esa misma imputación fáctica limita la competencia del fallador en sede de juzgamiento, quedándole prohibido condenar «por hechos que no consten en la acusación».

1. Vulneración del principio de congruencia frente al delito de cohecho por dar u ofrecer

En el presente caso el juzgado de primera instancia excedió el marco fáctico de la imputación y de la acusación en cuanto a la extensión de los hechos jurídicamente relevantes de cohecho por dar u ofrecer en calidad de autor, de una (1) conducta ejercida sobre el juez y el oficial mayor, a dos (2) conductas separadas sobre cada funcionario, a pesar de que la imputación y la acusación son claras en reprochar un solo hecho conjunto en que participaron el acusado y los funcionarios judiciales, el cual es constitutivo de un único delito de cohecho por dar u ofrecer. Y lo anterior, máxime cuando, conforme

⁵ Ibídem, art. 448: «El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.»

⁶ Cf. cf. CSJ-SCP, Sentencia del 25 de septiembre de 2013, rad. 41290, M.P. Malo Fernández.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

a la propia narración fáctica efectuada por el juzgador a-quo, se trató de un único acto, que se produjo en único escenario espaciotemporal.

En efecto, si se revisa la audiencia de formulación de imputación realizada el 3 de octubre de 2018, el Fiscal textualmente se refirió, como primera conducta de cohecho, a los pagos dirigidos a los funcionarios de la DEAJ, y como segunda conducta de cohecho, a los pagos dirigidos a los funcionarios del Juzgado Sexto Civil del Circuito:

*Entonces, el señor Luis David Durán Acuña nos explica cómo se crea o se consolida a través de las **instrucciones que daba el señor Mattos**, toda esta estructura para la comisión de este hecho. Uno, que la demanda le correspondiera al juzgado sexto civil del circuito, y **dos** de cómo, antes de eso tenían cuadrado, pagado, cohechado al señor juez sexto civil del circuito de Bogotá, Reinaldo Huertas, y al oficial mayor Dagoberto Rodríguez Niño, para que les dictara una medida cautelar que favoreciera a sus intereses*

(...)

*...el señor **Mattos les ofreció un dinero, tanto a él como al señor juez**, inicialmente cifra de 700 millones de pesos, qué se dividirían en la proporción que ellos después pactaron que era 60-40, la toma de una decisión que favoreciera sus intereses, y ¿Cuál era esta decisión? que decretar una medida cautelar en contra de la compañía coreana, de una demanda que todavía no había presentado, pero que iba a presentar, y esta **medida cautelar consistía básicamente en impedirle a la compañía coreana que vendiera vehículos o realizar actividades de Comercio en Colombia, que no fueran a través de Carlos Mattos, lo que implicaba que no se podía en Colombia comercializar, vehículos marca Hyundai ni sus repuestos porque eran importados también por esta compañía**. En este orden, señora defensora, y una vez se da este ofrecimiento por Carlos Mattos, insisto, en una reunión realizada en el apartamento del señor Mattos, en el mes de octubre, principios de noviembre del año 2015, se dan una serie de negociaciones ilícitas el monto ofrecido y el monto pedido, pero finalmente llegan a un acuerdo, este acuerdo insisto, inicial, era de 700 millones, pero además se dice con posterioridad que existía una prima de éxito, ¿en qué consistió la prima de éxito? en que no solamente se tomaba la medida cautelar, sino que además se sostenía por un año, a cada uno,*

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

tanto al juez Reinaldo huertas, como al oficial mayor Dagoberto Rodríguez Niño, les iban a dar 1000 millones de pesos a cada uno... (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Lo antes expuesto fue ratificado por la Fiscalía en la formulación de acusación realizada el día 12 de abril de 2019, en la cual frente al delito de cohecho por dar u ofrecer, aseveró que:

Al señor Carlos Mattos se le atribuye la realización de este ilícito en concurso homogéneo, porque, por un lado, ofreció y entregó dineros a los servidores públicos involucrados en la manipulación del sistema de reparto, por intermedio del señor Macías Castañeda, de ahí que en este evento sea determinador, porque él no entregó de su propia mano dichos dineros, sino que lo ordenó a Macías Castañeda. Por el otro, ofreció y entregó coimas, directamente a los señores Huertas y Rodríguez, servidores del juzgado sexto civil del circuito de la ciudad de Bogotá, para que se adoptara la medida cautelar mencionada y se sostuviera el tiempo.

De esta argumentación resulta evidente que, para la Fiscalía, el ofrecimiento y pago de dinero por parte del señor Mattos para que se profiriera la medida cautelar de su interés constituía una sola conducta punible, un solo ofrecimiento que tenía una única finalidad: expedición de la medida cautelar; la distribución del pago en proporción de 60% para el Juez y 40% para el Oficial Mayor es producto de un acuerdo celebrado de manera exclusiva entre ellos dos, es decir, entre el juez y su subordinado, en el que nada influyó el señor Mattos.

Si comparamos esta imputación fáctica con la presentada por el señor Juez en la sentencia, en la cual aseveró que «evidentemente entregar dinero a dos servidores públicos para proyectar una decisión —oficial mayor— y para suscribirla —juez—, son actos que estructuran dos acciones perfectamente diferenciables», encontramos que resulta evidente la vulneración del principio de congruencia fáctica porque ni en la imputación ni en la acusación la Fiscalía, como se vio, entendió que la división de funciones del despacho judicial y el reparto del dinero entre el oficial mayor y el juez pudieran dar lugar a dos delitos de cohecho; por el contrario, el relato de los hechos por parte del Fiscal siempre estuvo orientado a evidenciar un único ofrecimiento y un

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

único pago por parte del acusado para que se profiriera una decisión de medidas cautelares, sin siquiera mencionar o distinguir el rol que le correspondería al Juez y al Oficial Mayor en tal evento.

En adición a lo expuesto, debe tenerse en cuenta que los mismos elementos materiales probatorios, entregados por la Fiscalía y citados por el señor Juez en la sentencia, hacen insostenible la tesis de dos cohechos presentada en el fallo porque Dagoberto Rodriguez -en sus interrogatorios- fue insistente en sostener que su actuación como oficial mayor se limitó a proyectar el auto admisorio y al decreto de la caución, porque el auto de medidas cautelares fue redactado por el juez, a pesar de que incluyó las iniciales del oficial mayor. Sostuvo textualmente Dagoberto Rodriguez en interrogatorio del 14 de agosto de 2018: “*...el doctor vio que yo proyecté la admisión de la demanda y el auto que ordenó prestar caución para garantizar perjuicios, él los firmó. Entonces prestó la caución y el auto que decreta la medida cautelar no es mío a pesar de que tiene mis iniciales, no es mío porque el tipo y tamaño de letra no coincide con el que yo uso. Yo proyecté un auto decretando una medida cautelar pero fue cambiado por Reinaldo*” (p. 5 del interrogatorio).

Es más, en esa misma diligencia judicial el Oficial Mayor manifestó que quien tuvo la idea de compartir el dinero ofrecido por Mattos fue el Juez Reinaldo, así lo expresó cuando narró a la Fiscalía cómo fue la negociación entre el Juez Reinaldo y Carlos Mattos, luego de la cual se termina la reunión y asevera: “*...cuando salimos Reinaldo me ofreció el 40% de todo, o sea, sumado los \$700.000.000 mas la prima de éxito de los 1000 millones*” (p. 4).

Lo anterior queda reafirmado en la ampliación de interrogatorio de Dagoberto Rodriguez del 16 de octubre de 2018, en el que aseveró que: “*...mi tarea fue la de ser mensajero entre los señores Reinaldo Huertas y Luis David Durán Acuña, y que también llevé o comuniqué los reclamos hechos por los señores Jairo Gamba, Edwin Macías, Carlos Arturo Fernández, Reinaldo Huertas y Ligia Fernandez...*” (p. 2).

Corolario de lo anterior, quedan ampliamente expuestos los argumentos y los elementos materiales probatorios que permiten afirmar que el juzgado vulneró el principio de congruencia del artículo 448 de CPP, al haber

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

condenado al señor Carlos José Mattos por un delito de cohecho que no le fue atribuido al acusado por parte de la Fiscalía.

2. Vulneración del principio de congruencia frente a la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9 del artículo 58 de la ley 599 de 2000

De igual manera, se varió la imputación fáctica efectuada en la imputación y en la acusación respecto de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9 del artículo 58 del Código Penal, debido a que la Fiscalía fue clara en la audiencia de formulación de imputación del 3 de octubre de 2018, y así también lo repitió en la de acusación del 12 de abril de 2019, respecto de que la circunstancia de mayor punibilidad se atribuía exclusivamente frente al delito de cohecho por dar u ofrecer, por cuanto el señor Mattos «es un reconocido empresario colombiano», y esa condición lo obligaba «a comportarse de una manera diferente, y no dar u ofrecer dineros a funcionarios públicos para alterar el sistema de reparto y para que tomaran decisiones frente a la imparcialidad de la justicia». Es decir que no se imputó esta circunstancia referida al presunto delito contra la seguridad e integridad de los datos, sino solo referida a la afectación a la administración pública.

Esta aseveración es reafirmada por el Fiscal a la entonces defensora del acusado, quien presentó algunas solicitudes de aclaración sobre la imputación y, en una de las respuestas, afirmó el funcionario de la Fiscalía:

El cohecho por dar a ofrecer del artículo 407, tiene una pena privativa de la libertad que parte de 48 a 108 meses, y en virtud de que la Fiscalía ha cargado una circunstancia de mayor punibilidad, el numeral 9 del artículo 58, pues el señor juez, en el evento de ser vencido en juicio el señor Mattos y de dictarse una sentencia, no podrá partir del cuarto mínimo sino que deberá moverse por tener una circunstancia de menor punibilidad del artículo 51, ya que el señor Mattos no tiene antecedentes penales, de manera que debería moverse en los cuartos intermedios de la pena más alta....

En el mismo sentido, en la formulación de acusación, aseveró la Fiscalía cuando realizó la imputación frente al delito de cohecho por dar u ofrecer que:

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Al señor Carlos Mattos se le atribuye la realización de este ilícito en concurso homogéneo, porque, por un lado, ofreció y entregó dineros a los servidores públicos involucrados en la manipulación del sistema de reparto, por intermedio del señor Macías Castañeda, de ahí que en este evento se ha determinado, porque él no entregó de su propia mano dichos dineros, sino que lo ordenó a Macías Castañeda.

Por el otro, ofreció y entregó coimas, directamente a los señores Huertas y Rodríguez, servidores del juzgado sexto civil del circuito de la ciudad de Bogotá, para que se adoptará la medida cautelar mencionada y se sostuvieron el tiempo. De la circunstancia de mayor punibilidad, se le atribuye la circunstancia de mayor punibilidad del numeral nueve del artículo 58, De la ley 599 al 2000. Referente a la posición distingüía que el sujeto ocupa en la sociedad, por su posición económica, y es claro que el señor Mattos es un reconocido empresario colombiano, con amplios recursos económicos, y que ha frecuentado los círculos sociales más reconocidos, y esa particularidad obliga a comportarse de una manera distinta a la que se comporta en el caso en concreto.

Ni en la formulación de imputación ni en la audiencia de acusación se refirió la Fiscalía -de alguna manera- a la agravante genérica cuando hizo alusión a los otros delitos, esto es, los relacionados con sistemas informáticos. De manera exclusiva se refirió a la agravante sólo cuando analizó lo relativo al delito de cohecho.

A pesar de lo anterior, en el fallo de primera instancia, en la determinación de la pena, se extendió la circunstancia de mayor punibilidad a la totalidad de delitos, incluido el daño informático, generando así una graduación de la pena mucho mas gravosa para el condenado, en la medida que no partió del primer cuarto (por no tener agravantes genéricas), sino del segundo cuarto, incrementando así de manera significativa e injustificada la sanción penal.

C. CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES: SOBRE LA ESTRUCTURACIÓN DE UN ÚNICO DELITO CONTINUADO DE COHECHO POR DAR U OFRECER

Tal como se mencionó con anterioridad, a pesar de que en la formulación de imputación y en la acusación la Fiscalía imputó dos delitos de cohecho por

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

dar u ofrecer, uno en calidad de autor (cohecho por razón de la medida cautelar) y el otro en calidad de determinador (cohecho por razón del reparto del proceso al Juzgado 6^{to}.), el marco fáctico de la presente actuación solo permite acreditar la existencia de hechos jurídicamente relevantes para la configuración de un único delito de cohecho por dar u ofrecer en modalidad continuada, y no dos (2) delitos de cohecho, como fue dividido por la Fiscalía, ni mucho menos tres (3) delitos de cohecho, como artificialmente lo estableció el juzgado de primera instancia.

En efecto, en la sentencia el juzgador incurrió en el error de dividir los hechos jurídicamente relevantes para adecuarlos a 3 delitos de cohecho diversos, diferenciados del siguiente modo:

1. Una primera conducta de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de autor, dirigida al Juez 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, Reinaldo Huertas, para que este emitiera una medida cautelar favorable al acusado, a cambio de dinero.
2. Una segunda conducta de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de autor, dirigida al oficial mayor del Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito de Bogotá, Dagoberto Rodríguez, para que proyectara la medida cautelar, a cambio de dinero.
3. Una tercera conducta de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de determinador, dirigida a que Edwin Fabián Macías pagara a los ingenieros de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el direccionamiento de una demanda al Juzgado 6^{to}.

El fallo es contradictorio con su propia interpretación porque, si se considera de manera aislada el aporte que cada persona señalada por la Fiscalía realizó frente al reparto de la demanda al Juzgado 6^{to}. y los acuerdos ilícitos que realizó el señor Macías con diferentes personas para lograr esta finalidad, el Juez tendría que sostener la existencia de un concurso homogéneo de cohechos por dar u ofrecer en calidad de determinador, habida cuenta del aporte que cada uno efectuó y del dinero que recibieron por dicho aporte.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Sin embargo, el fallador de primera instancia entiende que la conducta dirigida a los funcionarios de la DEAJ constituye un único delito de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de determinador, a diferencia de la conducta dirigida a los funcionarios del Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, la cual fraccionó (anclado en un criterio puramente naturalista, además de artificial) en dos comportamientos típicos distintos, bajo el argumento de las supuestas funciones que realizó cada uno en referencia con la emisión del auto de medidas cautelares, lo cual, en opinión del juzgado, no constituiría una violación a la congruencia fáctica.

No obstante lo anterior, el tratamiento de los distintos hechos relacionados con el pago que hizo Carlos Mattos para lograr que en la demanda interpuesta por Hyundai Colombia Automotriz se decretara una medida cautelar con una finalidad específica, como hechos jurídicamente relevantes que se tipificarían en tres (3) delitos distintos de cohecho, vulnera el artículo 31 del Código Penal⁷ en la medida en que desconoce que se trata de un delito continuado de cohecho, al que se le debe imponer el aumento punitivo del delito continuado y no considerarlo como un concurso homogéneo de conductas.

Sobre el delito continuado de cohecho, **la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la posibilidad de que se configuren delitos continuados tratándose de tipos penales que protegen el bien jurídico de la administración pública**; en particular, en relación con el cohecho⁸. En la sentencia del 20 de febrero de 2008 (rad. 28880) la Corte precisó los requisitos que deben acreditarse en este caso concreto:

«De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad

⁷ L. 599/00, art. 31, par.: « En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.»

⁸ Cf. Rads. 55368 del 19 de febrero de 2020, 46934 del 25 de noviembre de 2015, 43803 del 28 de mayo de 2014.

entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige **la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.**» (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En consecuencia, para la configuración del delito continuado se requiere, no solo la pluralidad de acciones u omisiones diferenciadas ontológicamente (o sea, naturalísticamente), pero que vulneren el mismo precepto penal; sino también es imprescindible el dolo unitario, es decir la unidad de designio criminal que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, «permite reconducir la pluralidad a la unidad»⁹.

La doctrina ha fijado los requisitos externos e internos del delito continuado. Los primeros abarcan: (i) unidad de sujeto activo, (ii) unidad de acción; (iii) unidad normativa relativa; (iv) unidad o pluralidad de sujeto pasivo; iv) el empleo de medios o procedimientos semejantes; v) el aprovechamiento de ocasiones idénticas y; vi) la conexión espacio temporal. El elemento interno, por su parte, consiste en la unidad de designio o unidad de propósito¹⁰.

En el presente caso, conforme la narración de los hechos efectuada por la Fiscalía en la formulación de imputación y en la acusación, se estructuran los elementos del **delito continuado de cohecho por dar u ofrecer**, por las siguientes razones:

1. En cuanto a la **unidad de sujeto activo**, todas las conductas atribuidas comparten el mismo sujeto activo: Carlos José Mattos Barrero, debido a que fue la persona que ofreció y entregó dinero de manera directa e indirecta a distintos funcionarios de la Rama Judicial para que realizaran actos contrarios a sus deberes, pero dirigidos exclusivamente a una única finalidad, como se precisa en el siguiente numeral.

⁹ Cf. Rad. 28880, cit.

¹⁰ Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal: Parte General*. Comlibros. Bogotá, 2009, pp. 994-1000.

2. En cuanto a la **unidad de acción final**, debe tenerse en cuenta que cada uno de los pagos que Carlos Mattos realizó estaban dirigidos de manera inequívoca a obtener una única finalidad, a saber: que se profiriera una medida cautelar en favor de Hyundai Colombia Automotriz, consistente en prohibir que cualquier empresa diferente a la demandante, por un tiempo determinado, comercializará en Colombia vehículos y partes de la marca Hyundai.

De admitirse la tesis planteada por el fallador de primera instancia se llegaría a la errónea conclusión (puramente naturalista y basada en parámetros teóricos abandonados por la dogmática penal hace ya más de un siglo y por la legislación penal interna en las últimas codificaciones) que cada uno de los pagos fraccionados que hizo el señor Mattos también constituirían delito autónomo, por hallarse naturalísticamente separados en el tiempo y haber sido pactados -y cumplidos parcialmente- conforme al cumplimiento de determinados hitos (emisión del auto de medida cautelar, mantenimiento de la medida después de tramitarse los recursos y celebración de acuerdo con la contraparte).

3. Se estructura la **unidad normativa** en la medida en que los distintos comportamientos que se reprochan a Carlos Mattos coinciden en el bien jurídico afectado y en el tipo penal, tratándose en todos los casos de ataques contra la administración pública a través del cohecho por dar u ofrecer (plena identidad normativa).
4. **No se trata de bienes jurídicos altamente personales**, como es el caso de los delitos sexuales; sino que la administración pública es un bien jurídico de orden colectivo, razón por la cual la jurisprudencia penal ha admitido la modalidad continuada para este tipo de delitos.
5. Respecto de la **unidad o pluralidad de sujetos pasivos**, el requisito normativo apunta a que exista un mismo titular del bien jurídico, lo cual se configura en el presente caso porque en los distintos comportamientos atribuidos a Carlos Mattos el titular del bien jurídico de la administración pública es el mismo, a saber, el Estado colombiano y, en particular, la Rama Judicial del Poder Público, a la cual pertenecen todos los funcionarios sobre los cuales recayeron las conductas ontológicas de

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

cohecho por dar u ofrecer. Estos funcionarios, por lo tanto, constituyen el objeto material (que en este caso es de carácter personal) sobre el que recayó la conducta – ofrecimiento y entrega de dinero-, pero el sujeto pasivo, esto es, el titular del bien jurídico, en todos los casos es el Estado.

6. En cuanto al **empleo de medios o procedimientos semejantes y el aprovechamiento de ocasiones idénticas**, debe tenerse en cuenta que existe un contexto común para todos los pagos que realizó Carlos Mattos, consistente en la operación que este había diseñado para obtener de la Rama Judicial una medida cautelar favorable para la compañía Hyundai Colombia Automotriz.

En ese sentido, los procedimientos fueron idénticos, en la medida que, a través de dos personas, esto es, el abogado Luis David Duran, y el oficial mayor del Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, Dagoberto Rodríguez, logró que se conformara un grupo de personas que, por razón del pago de dinero, accedieron a participar en la realización de la única finalidad que se fijó el señor Mattos Barrero, es decir, lograr la tantas veces mencionada medida cautelar. Al respecto, téngase en cuenta que toda la operación contó con la articulación del abogado Luis David Duran, para servir como enlace con Dagoberto Rodríguez, oficial mayor del Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, quien fungió como eje para conformar el grupo de funcionarios que habría de participar en la conducta punible. Así mismo, téngase en consideración que todos los actos guardaron una conexión espacial y temporal, puesto que cada evento de cohecho está conectado temporal y lógicamente con los demás, en una estructura tendiente a ejecutar el plan global, y ocurrieron en espacios que frecuentaban los funcionarios de la Rama Judicial, especialmente en Bogotá.

7. Finalmente, Carlos Mattos actuó con **unidad de designio o unidad de propósito criminal**, puesto que concurría en él un dolo unitario, global o conjunto tendiente a ejecutar un plan cuya única finalidad era obtener una decisión judicial favorable a la empresa Hyundai Colombia Automotriz.

En síntesis, el fallo de primera instancia viola el artículo 31 del Código Penal porque condena por un concurso homogéneo de cohechos por dar u ofrecer, a pesar de que los elementos probatorios y la evidencia física obrantes

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

señalan claramente una única operación, fraccionada en diferentes actos, tendiente a afectar la administración pública en cabeza de la Rama Judicial, a través del ofrecimiento de dinero.

El juez de primera instancia estaba facultado para aplicar las normas relativas al delito continuado, sin que su reconocimiento implicara una variación sustancial del principio de congruencia, en la medida en que habría de reconocer el delito continuado con base en los mismos hechos jurídicamente relevantes imputados por la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, la sentencia de primera instancia amplificó la imputación de tipos penales por medio de la estructuración de un aparente concurso de cohechos, unos en calidad de autor y otro en calidad de determinador.

No obstante, es evidente que el Despacho no valoró correctamente la evidencia aportada por la Fiscalía para solicitar la condena, porque no consideró que el dinero con el cual se efectuó el pago a los funcionarios públicos, constitutivo del delito cohecho por dar u ofrecer, fue entregado únicamente por Carlos José Mattos Barrero; y lo que hacían sus emisarios (Macías o Durán) era ofrecerlo y repartirlo.

Conforme lo expuesto, queda demostrado que el fallo de primera instancia violó el artículo 30 del Código Penal porque condenó por un concurso aparente de tipos penales, cuando en realidad lo que se presentó fue un solo delito de cohecho por dar u ofrecer en la modalidad de delito continuado, con lo cual, se vulnera el principio del non bis in ídem (Art. 8 C.P.), sancionando varias veces a una persona por un mismo hecho; y, por consiguiente, se afectó la garantía del debido proceso de Carlos Mattos. Tal como se expuso, es una obligación del funcionario judicial al momento de aprobar el allanamiento a cargos y de emitir la sentencia condenatoria, verificar que en este procedimiento de terminación anticipada del proceso no se vulneren derechos y garantías establecidas por el derecho penal, entre ellas, de forma indiscutible, los principios de legalidad y non bis in ídem.

D. REMEDIO PROCESAL APPLICABLE FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, TIPICIDAD, DEBIDO PROCESO, CONGRUENCIA Y NON BIS IN ÍDEM EN RELACIÓN CON LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE COHECHO POR DAR U OFRECER

Consecuencia de lo anterior, podría aseverarse que la ley y la jurisprudencia ofrecerían dos soluciones en este caso concreto: la primera, la modificación de la sentencia excluyendo las conductas no atribuidas por la Fiscalía en imputación ni en acusación, con la correspondiente redosificación de la sanción penal; y, la segunda, la declaratoria de nulidad.

En el caso concreto, se considera que la solución aplicable es la primera, esto es, modificación de la sentencia; se descarta por ahora la procedencia de la nulidad porque en este momento el acto irregular es susceptible de corrección y no se encuentra ejecutoriado, de modo que por el momento no se cumpliría con el carácter residual de la nulidad como solución extrema.

En consecuencia, lo correcto es que los señores Magistrados del Tribunal reconozcan la vulneración de los principios antes mencionados, esto es, legalidad, tipicidad, debido proceso, congruencia y non bis in ídem y, por tanto, la extralimitación del juzgador en la sentencia para, en su lugar, proceder a modificar la decisión condenatoria y la sanción penal de modo que se adecúen a los hechos imputados al acusado y demostrados con base en la investigación.

La defensa tiene claro que en la argumentación realizada presenta dos posibilidades que serían excluyentes, razón por la cual realizará las peticiones frente al cohecho por dar u ofrecer en el orden de principales y subsidiarias, así:

- i) De manera principal, que se reconozca la existencia de un único delito continuado de cohecho por dar u ofrecer y, por tanto, se modifique la sentencia, condenando al señor Mattos Barrero por este único tipo penal, con base en las reglas de dosificación punitiva del artículo 31 del C.P. Lo anterior, por supuesto, sin aplicar la agravante genérica del artículo 58 No. 9 del C. Pen., en la medida que la misma no sólo no se probó, sino que no guarda relación de

ninguna naturaleza con el delito de cohecho que se le atribuyó al procesado.

- ii) De manera **subsidiaria**, si los señores Magistrados consideraran que no resulta aplicable la figura del delito continuado, que se reconozca la existencia exclusivamente de dos delitos de cohecho por dar u ofrecer: uno en calidad de autor y otro en calidad de determinador, de acuerdo a lo atribuido por la Fiscalía en la imputación y en la acusación. Lo anterior, por supuesto, implicaría una redosificación de la pena, conforme a las reglas del concurso de tipos penales, pero solo sobre dos cohechos por dar u ofrecer y sin aplicar la agravante genérica del artículo 58 No. 9 del CP, en la medida que la misma no sólo no se probó, sino que no guarda relación de ninguna naturaleza con el delito de cohecho que se le atribuyó al procesado.

E. DELITO DE DAÑO INFORMÁTICO

1. Ausencia de demostración de la atribución a título de determinador

Revisado el expediente en contra del señor Mattos Barrero, la defensa advierte dos situaciones en relación con el delito de daño informático: la primera, que desde el punto de vista fáctico no obran hechos ni elementos materiales probatorios que permitan soportar la afirmación de que el condenado es determinador de este delito y, la segunda, que no se efectúo argumentación de ninguna naturaleza, ni por parte de la Fiscalía, ni por parte del Juzgado, dirigida a demostrar que en el caso concreto se presentan los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para ser determinador de un delito.

En efecto, no existe prueba mínima de que Carlos Mattos hubiera determinado a funcionarios de la Rama Judicial a cometer un delito de daño informático sino, como se mencionó antes, tan solo se demostró que aquel ofreció dinero y realizó pagos a funcionarios de la Rama Judicial para que colaboraran en su plan tendiente a obtener una medida cautelar favorable a Hyundai Colombia Automotriz.

En ese sentido, es evidente que tanto la Fiscalía en los actos de imputación y de acusación, como el Juzgado en el fallo de primera instancia, repitieron los mismos fundamentos de hecho y aludieron a los mismos elementos probatorios para estructurar el delito de cohecho por dar u ofrecer y la supuesta determinación en el delito de daño informático. En ningún aparte de la decisión se estableció con mínima claridad que Carlos Mattos hubiera determinado a los funcionarios de la Rama Judicial para que cometieran un delito informático: la argumentación de la justicia en este caso siempre ha estado orientada a que el señor Mattos Barrero pagó -por interpuesta persona- unas sumas de dinero para que se efectuara el reparto de la demanda de su interés al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, sin establecer ni conocer el quién, el cómo, el cuándo y el dónde se realizaría dicha conducta punible. Los elementos materiales probatorios, por su parte, apuntan a respaldar ese exclusivo hecho, se reitera, el pago por direccionar el reparto, nada más.

Y de particular interés resulta resaltar que, menos aún, se ofreció argumento o prueba alguna que acredite que Carlos Mattos tenía dolo de cometer este punible, a saber: no está acreditado, por ningún medio de prueba, que el procesado sabía que (para el cumplimiento de su único propósito, cual era obtener la medida cautelar favorable) los funcionarios cochechados accederían a un sistema informático o lo manipularían. En palabras simples: faltan los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo y, por ende, no se estructura la tipicidad subjetiva, también con apoyo en esta situación, que se suma a la carencia de elementos de prueba sobre la configuración de la determinación como modalidad de intervención delictiva.

Es así como, en la concreción de los hechos jurídicamente relevantes del presunto daño informático, el fallador de primera instancia incurrió en un grave error al intentar establecer el hecho de la determinación en los siguientes términos:

«Conforme con los anteriores elementos materiales probatorios, es claro que Wilmer Andrey Patiño [fue] determinado por el hoy procesado [Carlos Mattos], sin tener autorización, utilizando de forma fraudulenta el usuario y la clave de wcasasm, el 29 de febrero de 2016 procedió a

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

ingresar al sistema de reparto de la Rama Judicial y a alterarlo, con un propósito específico, borrando las intromisiones irregulares que realizó en la tabla bitácora».

Se afirma que se trata de un error grave del Despacho, porque la Fiscalía General de la Nación atribuyó un hecho distinto, consistente en que la articulación de los ingenieros para que realizaran la intervención en el sistema de reparto de la Rama Judicial estuvo a cargo de Edwin Fabián Macías Castañeda, como da cuenta la declaración de Edwin Enrique Angulo Martínez, quien en un proceso de colaboración le ha manifestado al ente acusador que Macías Castañeda estaba a cargo de la realización del hecho sobre el sistema de reparto.

En consecuencia, el fallo de primera instancia no solo desconoció el marco fáctico planteado por la Fiscalía, sino que ubicó directamente al señor Mattos Barrero como determinador de los funcionarios de la DEAJ, apartándose de la atribución fáctica de la Fiscalía, según la cual Carlos Mattos determinó a Edwin Macias. En otros términos, cambió la persona sobre la que Mattos supuestamente ejerció la determinación sosteniendo que lo hizo sobre Wilmer Patiño y no sobre Edwin Macias. Esta aseveración del Despacho, además de comportar un desvió sobre los hechos imputados por la Fiscalía, carece de respaldo en los elementos materiales probatorios que aportó la Fiscalía y, especialmente, es contrario a lo aseverado por el mismo Wilmer Patiño, que en interrogatorio del 10 de diciembre de 2018, sostuvo que no sabía que el reparto que manipulaba estaba relacionado con Carlos Mattos y que tampoco tuvo relación directa con él.

También se equivoca el juez de primera instancia en establecer un presunto propósito específico en la comisión del daño informático, tendiente a borrar las intromisiones irregulares que Wilmer Andrey Patiño realizó sobre el sistema informático de la Rama Judicial. Lo cierto es que tanto la acusación como los elementos probatorios son consistentes en afirmar que a Carlos Mattos no le interesaba nada distinto al decreto de la medida cautelar en favor de Hyundai Colombia Automotriz, y no tenía ningún interés especial ni en el resultado definitivo del proceso civil, ni en los pormenores o consecuencias derivadas del actuar de los funcionarios de la DEAJ. Por lo tanto, si estos últimos decidieron borrar los datos del sistema informático, esa supuesta

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

acción corrió por su cuenta e iniciativa, porque, se insiste, no obra evidencia alguna de que Mattos Barrero les hubiera solicitado la comisión de un delito de daño informático por medio de la modalidad de borrado de datos.

A ese respecto, es importante destacar que en la presente actuación se adoptó decisión de preclusión por la presunta conducta de acceso abusivo a un sistema informático (art. 269 A), y se concretó la acusación por el delito de daño informático (art. 269 D), por cuanto los ingenieros de la DEAJ habrían borrado los rastros de su intromisión, consistentes en modificar, luego de conseguido el reparto de la demanda en el Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, nuevamente las «puertas» de «1» a «4», que era el número que debía corresponder a la realidad de procesos repartidos a ese despacho, incluyendo la demanda de Hyundai Colombia Automotriz.

Por estos motivos los hechos jurídicamente relevantes del presunto delito de daño informático ocurrieron luego de que Mattos Barrero hubiera conseguido el reparto de la demanda al juzgado de su interés, es decir, que el daño informático por el que se condena no corresponde a la etapa del plan global de Mattos para obtener la medida cautelar (y para ello, a su vez, requería de la manipulación del sistema de reparto), sino que constituye una conducta posterior, independiente del plan de Mattos, y adoptada por cuenta y riesgo de los ingenieros que habían realizado la intromisión inicialmente, a quienes les interesaba no resultar descubiertos por las conductas que personalmente habían realizado.

En conclusión, a pesar de que no se esté discutiendo un posible daño a los sistemas informáticos de la Rama Judicial, consistente en la eliminación o borrado de los rastros de la intromisión en éste, lo cierto es que esta conducta no guarda relación con el plan de Carlos Mattos, quien solamente cohechó funcionarios para lograr el direccionamiento del reparto de la demanda de Hyundai al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, mas no para que borraran datos en un sistema, y esta última conducta es la que es objeto de acusación. En todo caso, también es indispensable destacar que no existe prueba mínima de la supuesta determinación que hiciera Mattos respecto de los funcionarios que accedieron al sistema, a quienes, se reitera, nunca conoció ni tuvo ocasión de dar alguna orden o instrucción, pues ellos mantuvieron comunicación directa sólo con Edwin Fabián Macías Castañeda.

Así las cosas, no se encuentra demostrado ninguno de los elementos estructurantes de la figura de la determinación como modalidad de intervención delictiva y, por ende, el juez de primera instancia no ha debido emitir decisión de condena por este delito.

Por último, debe tenerse en cuenta que el fallo de primera instancia violó el artículo 30 del Código Penal referido a las reglas de la participación delictiva. A ese respecto, el fallo desconoció el principio de accesoriedad limitada del partícipe, entre quienes se cuenta el determinador, en el sentido de que la configuración de la participación depende de la existencia de un autor que, por lo menos, incurra en injusto. Sin embargo, el comportamiento reprochado a Mattos Barrero no se vincula a ningún autor, debido a que nunca tuvo contacto con los presuntos autores del delito informático, sino solo con Edwin Fabian Macías Castañeda, quien no es autor de la conducta de daño informático.

Por estos motivos no se encuentra demostrado el elemento típico de la intervención en el daño informático en calidad de determinador; y, en la medida en que tampoco obra ninguna evidencia que vincule a Carlos Mattos en algún grado de intervención delictiva (autoría o participación) distinta al pago para el direccionamiento de la demanda al Juzgado 6^{to}. Civil del Circuito, el señor juez de primera instancia no contaba con los presupuestos mínimos para condenar por este delito.

En consecuencia, frente a este tipo penal, se solicita a los señores Magistrados del Tribunal que se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a Carlos Mattos por el delito de daño informático en calidad de determinador.

2. Sobre la agravante específica del art. 269 H, num. 2

Sin perjuicio de lo anterior y de que por sustracción de materia al no configurarse el tipo básico no es posible pronunciarse sobre la agravante, para la defensa es importante hacer una reflexión sobre el particular, solo a efectos de que, en caso de que se mantenga la condena por del delito de daño informático, la misma se haga con exclusión de la agravante del numeral

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

2 del Art. 269 H, consistente en que la conducta se cometiere por servidor público en ejercicio de sus funciones, por las siguientes razones.

El fallo de primera instancia declaró esta agravante con fundamento en que los funcionarios de la DEAJ que manipularon el sistema de reparto eran servidores públicos. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por el señor Fiscal y por el juez, esta circunstancia no se puede comunicar o transmitir a Carlos Mattos por tres motivos:

1. No está probado que Wilmer Andrey Patiño fuera servidor público para la fecha de los hechos, como tampoco que lo fuera Edwin Fabián Macías. En el informe de policía judicial de fecha 28 de septiembre de 2017, en el cual se aportaron certificaciones laborales expedidas por la dependencia de talento humano de la Rama Judicial, **no obra ningún elemento de prueba relativo al señor Patiño y a su vinculación con la Rama Judicial**. En lo referente al señor Macias, la certificación emitida por dicha oficina evidencia que **entre el 1º de enero de 2016 y el 17 de marzo de 2016 el señor Macias no tuvo ningún vínculo con la Rama Judicial**, es decir que, para la fecha de la alteración del sistema de reparto, establecida por la Fiscalía como el 29 de febrero de 2016, el señor Macias era un particular.
2. Suponiendo que fueran servidores públicos, esta es una circunstancia agravante de carácter personal (puesto que se refiere a una calidad del autor), bajo el entendimiento que le dio el Fiscal en la formulación de imputación, que según el art. 62 del Código Penal no se comunica al partícipe, «y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido».
3. Por último, no obra evidencia de que Carlos Mattos hubiera conocido esta circunstancia personal de los ingenieros de la DEAJ, a quienes no conoció personalmente y de quienes no se puede deducir obviamente que fueran servidores públicos, en la medida en que está acreditado dentro de esta misma actuación que, por lo menos, dos (2) de los intervenientes (Edwin Fabián Macías y Wilmer Andrey Patiño) no tenían esa condición.

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

Por último, es importante resaltar que esta circunstancia de agravación específica, de la cual se reprocha que no está demostrada con las evidencias obrantes en la actuación, es distinta de la circunstancia de mayor punibilidad por la posición distinguida del sentenciado en la sociedad, pero esta última también fue incluida en la individualización de la pena por este delito, a pesar de que no fuera imputada sino solo referida al cohecho por dar u ofrecer, tal como se explicó al principio de este documento.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se solicita entonces la revocatoria del fallo de primera instancia para que, en su lugar, se absuelva por el delito de daño informático; o, de manera subsidiaria, en caso de encontrar que sí está probada la calidad de determinador del señor Mattos frente a dicha conducta punible, que se excluya el agravante específico del numeral 2 del artículo 269 H, al igual que el agravante genérico del art. 58, num. 9.

F. IMPOSIBILIDAD DE ATRIBUIR A CARLOS MATTOS LA CAUSAL DE MAYOR PUNIBILIDAD CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 58, NUM. 9 DEL C. PEN.

Debe reiterarse que la imputación fáctica efectuada por la Fiscalía General de la Nación solo reprochó la circunstancia de mayor punibilidad por la posición distinguida del sentenciado en la sociedad para los hechos constitutivos de cohecho por dar u ofrecer; sin embargo, como se ha reseñado, el fallo de primera instancia extendió esta circunstancia a la individualización de la pena por el delito de daño informático.

Sin embargo, esta circunstancia de mayor punibilidad no se encuentra demostrada, ni siquiera con prueba mínima, en lo que respecta al delito de cohecho por dar u ofrecer. En efecto, el juzgado solo sustentó esta circunstancia en el hecho de que Carlos Mattos «era propietario de una riqueza significativa, que superaba, por mucho, el capital promedio de la ciudadanía, al punto que pagó mil cien millones de pesos al Juez 6^{to}. Civil del Circuito y a su oficial mayor». Para afirmar esto, se fundamenta, por un lado, en la demanda civil presentada por Hyundai Colombia Automotriz, y por otro, en las declaraciones que demostrarían los pagos a título de cohecho.

No obstante, ninguno de los argumentos empleados por el juez es suficiente para estructurar esta agravante genérica, por cuatro razones principales:

1. No existe prueba mínima de que Carlos Mattos tuviera una posición distinguida en la sociedad, sino solo de que pagó dinero a funcionarios públicos. El monto de dinero pagado es indiferente para configurar dicha posición de especial preeminencia en la sociedad.
2. No está acreditado que la supuesta posición distinguida tuviera alguna relación o incidencia con la comisión de los delitos reprochados, en la medida en que la evidencia indica que Mattos Barrero logró su cometido porque pagó a los funcionarios, y no porque estos reconocieran en él una posición distinguida en la sociedad. Es más, como se ha demostrado, algunos ni siquiera sabían quiénes eran las partes de la demanda que direccionaban, en la que, vale la pena resaltarlo, el señor Mattos Barrero no era parte, sino Hyundai Colombia Automotriz S.A.
3. No se puede confundir el patrimonio de Carlos Mattos con el de Hyundai Colombia Automotriz, puesto que son personas y patrimonios distintos, motivo por el cual no es razonable afirmar que, en la medida en que esa compañía interpuso una acción civil de mayor cuantía, necesariamente Carlos Mattos sería el titular de esos derechos (litigiosos), porque esto supondría desconocer la diferencia elemental entre la persona natural y la jurídica.
4. En todo caso, suponiendo que la posición distinguida se buscara acreditar por la capacidad económica, no existe evidencia en la actuación respecto de la composición del patrimonio del señor Mattos para la fecha de los hechos y menos aún para que el señor Juez afirme que se debe aplicar esta circunstancia de agravación porque Mattos Barrero tiene una riqueza que supera el capital promedio de un colombiano, lo cual constituye una aseveración sin soporte de ninguna naturaleza dentro de los elementos materiales probatorios que descubrió la Fiscalía.

Por lo tanto, la aplicación que hace el juzgado de esta circunstancia genérica viola el principio de legalidad, el debido proceso y las reglas de la prueba, entre otras, aquella según la cual la carga de la prueba en materia penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación, puesto que el ente acusador omitió demostrar los hechos relevantes de esta circunstancia genérica y en

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

su lugar el fallador presumió la configuración de esta circunstancia, omitiendo por completo la obligación de que debía tratarse de un hecho que estuviera respaldado en elementos materiales probatorios y no en suposiciones del juzgador.

III. PETICIÓN

Señores Magistrados, con fundamento en los argumentos expuestos, me permito efectuar las siguiente petición principal, y las subsidiarias, que surgen como alternativa conforme los razonamientos expuestos en precedencia; en estricto orden de presentación:

1. Como petición **principal**, que se revoque la sentencia del 9 de mayo de 2022, y en su lugar: se declare a Carlos José Mattos Barrero autor responsable de un único delito continuado de cohecho por dar u ofrecer, sin circunstancias de mayor punibilidad; se absuelva por los demás cargos; y se proceda de conformidad a individualizar nuevamente la pena y conceder los subrogados penales que resulten pertinentes conforme la nueva tasación punitiva.

Esta petición consideramos que debería prosperar en acatamiento estricto del principio de legalidad y en respeto a las garantías del procesado. Sin embargo, en caso de no acogerse esta pretensión, se plantean las siguientes peticiones subsidiarias:

2. Como **primera petición subsidiaria**, que se revoque la sentencia condenatoria y, en su lugar, se condene —conforme la acusación— por un delito de cohecho por dar u ofrecer, en calidad de autor, en concurso homogéneo con cohecho por dar u ofrecer, en calidad de determinador, sin circunstancias de mayor punibilidad; se absuelva por los demás cargos y se proceda de conformidad a individualizar nuevamente la pena y a conceder los subrogados penales que resulten pertinentes conforme la nueva tasación punitiva.
3. Como **segunda petición subsidiaria**, que, en caso de mantenerse el fallo condenatorio de primera instancia por los tres delitos de cohecho por dar u ofrecer identificados por el juzgador, se excluya la circunstancia de

Jaime Bernal Cuellar

Abogado

mayor punibilidad para todos ellos; se absuelva por los demás cargos y se proceda de conformidad a individualizar nuevamente la pena y a conceder los subrogados penales que resulten pertinentes conforme la nueva tasación punitiva.

4. Como **tercera petición subsidiaria**, que, en caso de mantenerse el fallo condenatorio de primera instancia por los tres delitos de cohecho por dar u ofrecer identificados por el juzgador y por el delito de daño informático, se excluya la circunstancia de mayor punibilidad para todos ellos y la agravante del numeral 2 del artículo 269 H; se proceda de conformidad a individualizar nuevamente la pena y a conceder los subrogados penales que resulten pertinentes conforme la nueva tasación punitiva.

Cordialmente,



JAIME BERNAL CUELLAR

C.C 17'002.219 de Bogotá

T.P. 6947-D1 del C. S. de la J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente
ALBERTO POVEDA PERDOMO
Aprobado Acta N° 083

INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá, D. C., jueves, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022).

Radicación	11001600000020182398 06
Procedente	Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento
Procesado	CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO
Situación Jurídica	Privado de la libertad
Delito	Daño informático agravado y cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo
Asunto	Auto niega reconocimiento de víctimas
Decisión	Confirmación

I. ASUNTO

1. Sería el caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO contra la sentencia emitida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá, por cuyo medio lo condenó como autor y determinador del delito de cohecho por dar u ofrecer y autor del punible de daño informático agravado en virtud de la aceptación de cargos, de no ser porque se presenta una causal de nulidad que invalida lo actuado.

II. IMPUTACIÓN FÁCTICA

2. Se supo que en el año 2015 la empresa coreana Hyundai Motor Company retiró el derecho de distribución exclusivo de sus vehículos a Hyundai Colombia Automotriz, empresa cuyo mayor accionista era CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO, por lo que la empresa nacional el día 29 de febrero de 2016 interpuso demanda civil contra la matriz automovilística.

3. Se estableció que el día mencionado se produjo una intromisión indebida en el sistema de reparto de la Rama Judicial y se modificaron las puertas del “grupo 01” del Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, para lo que se utilizó un dispositivo distinto a los sistemas de la Rama Judicial, creándose un acceso al que se denominó “ventanilla 09”.

4. Dichas acciones ocurridas a las 9:23 a.m. del 29 de febrero de 2016 permitieron la manipulación de la base de datos “SARJ”, en la que se ingresan datos y se efectúa el reparto de los juzgados, consigiéndose así un fraude para que el proceso, a conveniencia de los infractores, correspondiera al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá.

5. Con el propósito de ocultar la maniobra, a las 10:50 am se presentó otro ingreso por el equipo “ventanilla 09” para borrar las actuaciones realizadas en la base de datos “BITÁCORA” y así ese despacho quedó nuevamente con el número de puertas correspondientes, como si no hubiese existido la intromisión delictiva.

6. Se indicó que CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO quería manipular el sistema de reparto para que la demanda fuese conocida específicamente por el Juez 6º Civil del Circuito Bogotá, porque previamente había acordado con REINALDO HUERTAS, titular de ese despacho, y DAGOBERTO RODRÍGUEZ NIÑO, Oficial Mayor, el pago de coimas para que se decretara una medida cautelar favorable a los intereses económicos del procesado.

7. La remuneración pactada fue de setecientos millones de pesos (\$700'000.000,00) que se dividía en un 60% para el Juez y el otro 40% para el Oficial Mayor; además, se negoció una “prima de éxito” como adicional de mil millones de pesos (\$1.000'000.000,00) para cada uno, si la medida cautelar se mantenía durante el curso del proceso.

8. Finalmente, la medida cautelar se decretó el 6 de abril de 2016 y consistió en la prohibición a Hyundai Motor Company de distribuir sus vehículos con personas naturales o jurídicas distintas a Hyundai Colombia Automotriz, lo que benefició al procesado frente a su contraparte, ya que fortaleció su capacidad negocial y logró que se suscribiera un contrato de transacción favorable a sus intereses económicos.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

9. El 3 de octubre de 2018 ante el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se realizaron las audiencias preliminares donde se declaró contumaz a CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO; la Fiscalía General de la Nación (FGN) le imputó los delitos de utilización ilícita de redes de comunicaciones (art 197 del C.P), acceso abusivo a un sistema informático agravado (arts. 269A y 269H numerales 1 y 2 del C.P), daño informático agravado (arts. 269D y 269H numerales 1 y 2 C.P), cohecho por dar u ofrecer un concurso homogéneo (art 407 C.P), con circunstancias de mayor punibilidad (art 58 numeral 9 C.P), a título de

determinador frente a los delitos informáticos y autor respecto de la conducta punible contra la administración pública.

10. En la misma diligencia se impuso a CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO medida de aseguramiento privativa de la libertad.

11. El 19 de diciembre de 2016 la FGN radicó escrito de acusación y el 3 de enero de 2019 se realizó la ruptura de la unidad procesal, fijándose el actual CUI al presente asunto.

12. El conocimiento de este asunto se asignó al Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

13. El 6 de marzo de 2019 tuvo lugar la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en el que la defensa solicitó a la autoridad judicial declarar que carecía de competencia para conocer del proceso penal, tras señalar que la audiencia de formulación de imputación se había realizado bajo el CUI 2016-03025 mientras que el escrito de acusación se había radicado con el CUI 2018-02398; el *a quo* suspendió la diligencia para estudiar la petición. En audiencia del 13 de marzo de 2019 decidió remitir la impugnación de competencia a esta Corporación.

14. En decisión del 20 de marzo de 2019 el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre la impugnación y definición de competencia, porque el cambio de radicado no representaba una causal de incompetencia que habilite el trámite solicitado.

15. La audiencia de formulación de acusación se cumplió en su totalidad el 12 de abril de 2019; la audiencia preparatoria se desarrolló durante los días 1° y 18 de septiembre; 24 y 27 de noviembre de 2020; 18, 27 y 28 de mayo; 15 y 16 de junio; 13, 14, 15, 21 y 22 de septiembre de 2021.

16. El 8 de febrero de 2022, previo al inicio de la audiencia de juicio oral, el apoderado de GONZALO GUILLEN JIMÉNEZ y la Fundación Nueva Prensa, solicitó su reconocimiento de la calidad de víctimas dentro del presente asunto, a lo que el juzgado no accedió mediante auto del 10 de febrero de 2022, determinación confirmada por la Sala Penal del Tribunal mediante providencia del 1° de marzo de 2022.

17. Posteriormente, el 4 de marzo del año en curso, la FGN presentó un preacuerdo que fue improbadado el 11 de marzo siguiente por el *a quo*, por ello, la audiencia de juicio oral se programó para el 7 de abril, calenda en que el delegado de la FGN solicitó la preclusión de la acción penal por

los delitos de utilización ilícita de redes de comunicaciones y acceso abusivo a sistema informático agravado, con fundamento en los artículos 331 y 332-1 y así fue decretado por el juzgado en esa misma oportunidad y allí mismo el procesado CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO, de manera libre, consiente y voluntaria, aceptó su responsabilidad en los delitos de cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso con daño informático agravado con circunstancias de mayor punibilidad, cuya sentencia fue emitida el 9 de mayo de 2022.

VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

18. Competencia. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906/04, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa de CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO.

19. Problema jurídico. Independientemente del contenido del recurso, la Corporación determinará si en el presente asunto se presentó alguna irregularidad sustancial que amerite la invalidación de lo actuado.

20. Cuestión preliminar. Si bien el principio *tantum devolutum quantum appellatum* que rige el recurso de apelación, establece que la segunda instancia solo puede pronunciarse sobre los aspectos relacionados por el recurrente, se avizoró en el asunto la afectación de la legalidad, en general, y de los derechos y garantías fundamentales, lo que habilita al *ad quem* para pronunciarse oficiosamente.

21. Aunque la materia que aquí se estudia no fue objeto de apelación¹, la Corporación abordará oficiosamente un asunto no propuesto en el recurso pero que atañe a las garantías fundamentales, relacionado con la omisión en que incurrió el juzgador de primer grado al dejar de aplicar el artículo 349 de la Ley 906/04.

22. Sobre allanamientos y preacuerdos. Debe tenerse en cuenta que conforme con el artículo 348 de la Ley 906/04, la finalidad de los preacuerdos y negociaciones es obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

¹ CSJ, SP, sentencia rad. No. 45223/16.

23. De allí que en el marco de la justicia premial se afirme que los allanamientos y los preacuerdos son especies de un mismo género, es decir, son formas de acuerdo y, en virtud de esto, el contenido del artículo 349 procesal sea aplicable a estas dos figuras, de manera que si el sujeto activo obtuvo un incremento patrimonial como consecuencia de la comisión de las conductas punibles, para acceder a la rebaja de la pena en caso de allanamiento o hacer procedente el preacuerdo, debe reintegrar por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegurar el recaudo del remanente².

24. El caso concreto. El presente asunto tiene su génesis en que CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO presentó una demanda contra la compañía coreana Hyundai Motor Company con el fin de mantener la exclusividad en la comercialización de los vehículos de la mencionada marca.

25. Obtuvo ante un juez corrupto una medida cautelar que impedía a otras empresas la comercialización de vehículos Hyundai en Colombia. Tal cometido lo alcanzó porque entregó dinero a servidores judiciales encargados del sistema de reparto, al Juez 6° Civil del Circuito de Bogotá y al oficial mayor de ese despacho.

26. Por lo tanto, De acuerdo con lo anterior, sin mayor esfuerzo se debe concluir que el procesado no realizó dichas actividades como filántropo. No. Repartió dinero corrompiendo funcionarios y empleados judiciales con el propósito de hacer más próspera su empresa.

27. De ello se sigue que CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO pudo haber obtenido un incremento patrimonial como consecuencia de la medida cautelar decretada por el juez corrupto, porque así mantuvo la exclusividad en la comercialización de los vehículos de la casa automotriz Hyundai.

28. La Sala comparte el criterio expresado por el delegado del Ministerio Público cuando señaló que no basta que el delegado de la FGN o la defensa del procesado manifiesten que no existe evidencia de un incremento patrimonial producto de los ilícitos, sin que el órgano investigador haya realizado algún acto investigativo con esa finalidad.

29. Que no se haya establecido un monto específico del monto de beneficios económicos que obtuvo el procesado no es porque dicha utilidad no haya existido, sino porque la FGN ha actuado negligentemente,

² CSJ, SP, 287-2022. Rad. 55914 del 9 de febrero de 2022.

comportamiento indolente que también se debe atribuir a quien representa los intereses de la Rama Judicial, porque más que un defensor de los intereses públicos se le observa como un convidado de piedra.

30. Recuérdese que cuando el procesado obtiene un incremento en su patrimonio y no efectúa el reintegro del 50% ni asegurar el recaudo del remanente, no es procedente obtener una rebaja punitiva.

31. En el presente asunto, sin embargo, tanto el juez de conocimiento, el delegado de la FGN y hasta el apoderado de la víctima, que no es otra que la Rama Judicial, de quienes se supone tener experticia en estas materias, conocer la jurisprudencia, etc., asumiendo una actitud apática respecto de los hechos que originaron este asunto, omitieron dar aplicación o exigir la aplicación del artículo 349 de la Ley 906/04.

32. Tan aberrante resulta lo ocurrido, que tal como lo afirmó el delegado del Ministerio Público, ni siquiera se realizó un acto de investigación con el fin de establecer si el procesado obtuvo o no un incremento en su patrimonio como consecuencia de los ilícitos, impidiendo que la sociedad, en este caso representada por la Rama Judicial, recibiera la compensación por el daño causado.

33. Esta clase de actuaciones, con fundamento en el artículo 457 de la norma procesal penal, presuponen una violación directa al debido proceso en aspectos sustanciales, al dejarse de aplicar por parte del funcionario judicial, con la contribución del delegado fiscal, una restricción de orden legal en el asunto que tiene efectos punitivos al momento de determinar la sanción penal.

34. Y se dirá que constituye un esfuerzo investigativo extraordinario poder establecer el valor del incremento patrimonial que obtuvo el procesado con fundamento en los delitos cometidos. Dicha afirmación es falsa. Saber a cuánto asciende el enriquecimiento del procesado es muy sencillo.

35. Determinar las ganancias que obtuvo el procesado gracias a los funcionarios y empleados corruptos implica establecer el tiempo en que permaneció la medida que permitió ilegalmente la exclusividad en la venta de vehículos, la cantidad de automotores vendidos durante dicho lapso y la ganancia específica por cada automotor negociado. Así, por ejemplo, si durante dicho período se vendieron 1.000 vehículos y la ganancia por cada uno de ellos a favor de MATTOS BARRERO o su empresa, que es lo mismo,

fue de cinco millones de pesos, fácilmente se obtiene el valor que debe devolver y el monto cuyo reintegro debe asegurar.

36. Así las cosas, se decretará la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia del 7 de abril de 2022, oportunidad en que el procesado manifestó su aceptación de cargos con la única finalidad que se advierta a CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO el contenido del artículo 349 de la Ley 906/04 y se establezca si el procesado obtuvo un incremento patrimonio como consecuencia de los ilícitos.

37. Aclara el Tribunal que el allanamiento ya se surtió y que fue aprobado. Lo que se debe corregir implica retomar la audiencia para informar al procesado que, si no se aviene a lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906/04, no tendrá derecho a rebaja de pena alguna.

38. Por último, el Tribunal reconviene al juez, al delegado fiscal y al representante de la DEAJ, para que cumplan sus deberes porque, de mantener comportamientos como el que aquí se evidenció, podrían estar en los límites de las faltas disciplinarias o en los mismos linderos de la legislación penal.

39. Finalmente advierte la Corporación que no hay lugar a impedimentos por parte del funcionario de primera instancia porque, para que éste proceda, las manifestaciones u opiniones deben ser emitidas por fuera del proceso.

40. Lo que sí debe hacer el fallador de primer grado es imprimir celeridad al presente asunto y emitir las providencias que le correspondan con la brevedad y concisión que debe tener un proceso en el que existe allanamiento a cargos. Para el Tribunal resulta innecesario que en casos de esta naturaleza se utilicen sesenta (60) folios para tomar la decisión.

DECISIÓN

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

1º.- DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la finalización de la audiencia del 7 de abril de 2022, cuando CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO se allanó a los cargos, con la única finalidad de advertirlo

Sistema Penal Acusatorio Ley 906 de 2004
Interlocutorio de Segunda instancia
Radicado No. 11001600000201802398 06
Procesado: CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERO
Delito: Cohecho por dar u ofrecer y otro
Decisión: Declara nulidad para que se rehaga actuación

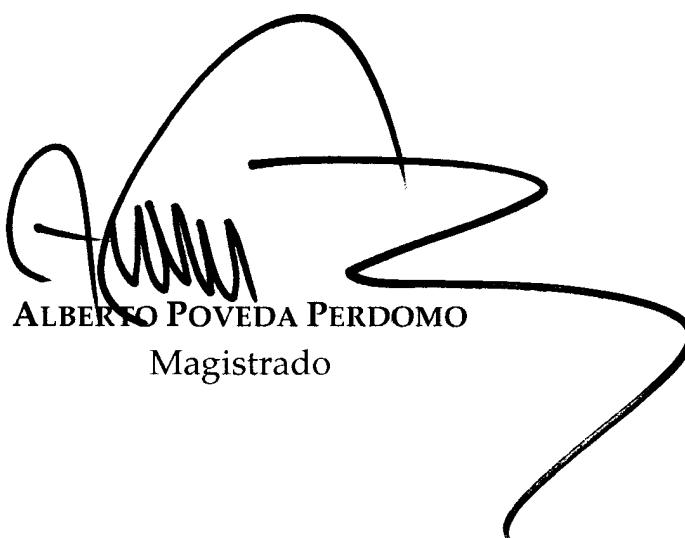
respecto de la restricción prevista en el artículo 349 de la Ley 906/04 y, en su caso, indicar que no tendrá rebaja alguna de pena.

2º.- DISPONER la remisión de la actuación al Despacho de procedencia.

3º.- ADVERTIR que contra la presente decisión no proceden recursos.

4º.- ANUNCIAR que la decisión queda notificada en estrados.

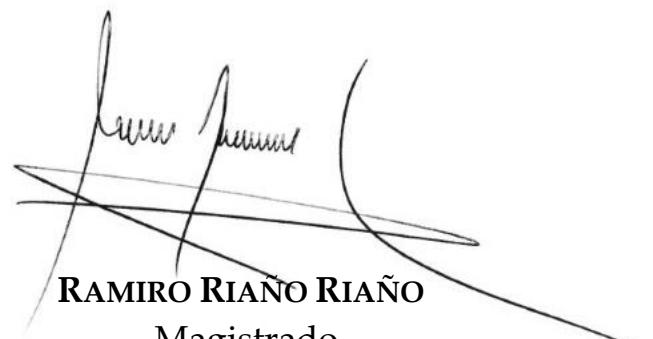
Notifíquese y Cúmplase.



ALBERTO POVEDA PERDOMO
Magistrado



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAMIRO RIANO RIAÑO
Magistrado