

RV: Generación de Tutela en línea No 1776635

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

Mié 22/11/2023 10:41

Para:Recepción Procesos Sala Casación Penal <recepcionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>

Tutela primera

JHON FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL

De: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Bogotá <apptutelasbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 22 de noviembre de 2023 10:18 a. m.

Para: dannyrojo@dhrojolaw.com <dannyrojo@dhrojolaw.com>; Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Generación de Tutela en línea No 1776635

De: Tutela En Linea 03 <tutelaenlinea3@dej.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 22 de noviembre de 2023 15:03

Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Bogotá <apptutelasbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; dannyrojo@dhrojolaw.com <dannyrojo@dhrojolaw.com>

Asunto: Generación de Tutela en línea No 1776635

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA

Buen día,

Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 1776635

Lugar donde se interpone la tutela.

Departamento: BOGOTA.

Ciudad: BOGOTA, D.C.

Lugar donde se vulneraron los derechos.

Departamento: BOGOTA.

Ciudad: BOGOTA, D.C.

Accionante: JHON FREDY GONZALEZ CARVAJAL Identificado con documento: 71940416

Correo Electrónico Accionante : dannyrojo@dhrojolaw.com

Teléfono del accionante : 3104536914

Tipo de discapacidad : NO APLICA

Accionado/s:

Persona Jurídico: TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL- Nit: ,

Correo Electrónico: secspstasnt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dirección:

Teléfono:

Medida Provisional: NO

Derechos:

DEBIDO PROCESO,

Descargue los archivos de este tramite de tutela aqui:

[Archivo](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:

Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Su Señoría

JUEZ CONSTITUCIONAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Reparto)

E.

S.

D.

REFERENCIA: DEMANDA DE ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE:

JHON FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL, identificado con la cedula de ciudadanía número 71.940.416; por intermedio del abogado DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA, identificado con la cedula de ciudadanía número 98.564.118, con tarjeta profesional número 164.616 de C.S.J.

ACCIONADO:

- TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA; SALA DE DECISIÓN PENAL.

SUJETOS PROCESALES:

- JUZGADO PRIMERO PENAL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA.
- FISCALIA 26 ESPECIALIZADA DE MEDELLIN -DECOC-.
- PROCURADORA DELEGADA, DRA. CATALINA RENDON HENAO.

PROCESO: 05 001 60 00000 2020 00627
N.I.: TSA 2023-1019-5

DERECHOS CONCLUCADOS:

- DEBIDO PROCESO
 - ◆ Decisión sin motivación.
 - ◆ Defecto procedimental absoluto.
-

Cordial saludo Honorable Magistrado,

Por mandato conferido que se anexa a este escrito, y lo consignado en el artículo 86 constitucional elevo ante Su despacho ~~de manera formal,~~ ACCIÓN DE TUTELA, para que se deje sin efecto el Auto Interlocutorio del 27 de julio de 2023, aprobado en acta número 78, Magistrado Ponente, Doctor RENÉ MOLINA CÁRDENAS, quien hace Sala con los Magistrados, Doctores GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME y EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA.

Al considerar que, mediante dicho pronunciamiento, se ha violentado el debido proceso por defecto procedimental absoluto y decisión sin motivación; el Tribunal ha estructurado el caso del ente acusador, de manera directa y contundente, al basar su decisión en la siguiente

afirmación, al referirse a la prueba de cargo "**a fin de que tenga la posibilidad de robustecer su caso**"¹, desnaturalizando el espíritu del sistema acusatorio el relación a la carga de la prueba, a saber:

"(...)

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal.

(...)"² Cursiva y negrilla nuestra.

Por lo que no le es dable a ningún juez su intromisión en dicho sentido, máxime cuando la Fiscalía no cumplió con la estructuración de las pruebas de tal manera que soportaran su teoría del caso.

Es por lo anterior, que, aunque se considera extensa la demanda en si misma; fue necesario traer a ella los apartes del auto que se cuestiona y en anterior a este, para tratar de ofrecer claridad a lo rogado.

JUSTIFICACIÓN DE PROCEDENCIA EXCEPCIONAL

En el caso que nos ocupa, consideramos acreditados todos y cada uno de los requisitos genéricos de procedibilidad, advirtiendo la existencia de la violación al debido proceso por una **decisión sin motivación y un defecto procedimental absoluto**.

I. INMEDIATEZ

La Corte Constitucional ha señalado que para determinar si la acción de tutela ha sido oportuna y se ha cumplido el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en cada caso concreto, los siguientes aspectos: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (ii) si a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, y (iii) si la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante (*especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta*)

Es precisamente que para considerar superado este requisito, se debe valorar:

¹ Véase tercer párrafo, cuarto renglón de la página número 17 del auto en cuestión.

² Artículo 7 Ley 906.

- El día 01 de abril de 2022, inicia a la audiencia preparatoria; y casi cinco meses después,
- El día 24 de agosto de 2022, la Fiscalía elevó solicitudes probatorias y posteriormente hizo lo propio la defensa; en dicha audiencia la defensa solicitó la inadmisión de algunos elementos rogados por la Fiscalía; casi siete meses después,
- El día 24 de marzo de 2023, el Juez de Conocimiento, luego de estudiar acuciosamente las solicitudes probatorias de las partes y de inadmisión de unas pruebas por parte de la defensa, inadmitió algunos elementos solicitados por la Fiscalía General de la Nación. A saber: las interceptaciones de 62 líneas telefónicas, las pruebas que el ente acusador agrupó como periciales, los testimonios de los policiales Andrés Baquero Cañaverál, Miguel Augusto Mendoza, Alexander de Jesús Drago Gordón, Guido Alberto Cantero Zúñiga, John Alexander Agudelo Rodríguez y Óscar Daniel Herrera Sarmiento.
A lo que la Fiscalía interpuso recurso de apelación y solicitó aplazar la audiencia para sustentar dicho recurso, situación que es aceptada por el juez de conocimiento. Dos meses y medio después;
- El día 7 de junio de 2023, la Fiscalía sustentó el recurso, con intervención de la defensa como no recurrente. Se ordenó surtir la remisión al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal. Casi mes y medio después,
- El día 27 de julio de 2023, el Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, se pronunció mediante auto, por acta aprobatoria numero 78, cuya notificación se cumplió a casi a la totalidad de las partes el día 09 de agosto de 2023, aunque el Tribunal devolvió la carpeta el día 3 de agosto de 2023.
- El día 17 de agosto de 2023, el Juzgado de conocimiento mediante auto fijó fechas para continuación de juicio, días 26 de septiembre de 2023, y 29,30,31 de enero de 2024, los días 05, 06, 07 y 08 de febrero de 2024.
- El día 24 de agosto de 2023, se signa poder para estudiar la posibilidad de elevar la demanda de acción de tutela que hoy nos ocupa.
- El 11 de septiembre de 2023, la Fiscalía solicita reprogramar fecha del 26 de septiembre de 2023 por tener otra diligencia programada; el despacho accede a la solicitud y reprograma mediante auto del 19 de septiembre de 2023, para el día 11 de octubre de 2023 a las 10:30.
- El 19 de septiembre de 2013, vía Email, la fiscal delegada informa al despacho que para la fecha programada tiene otra diligencia programada ante el Juzgado Segundo Especializada de Medellín, por lo que el Juez de conocimiento cancela la fecha y deja en firme las fechas programadas para inicio de juicio a partir del **29 enero de 2024.**

Por lo anterior queda claro que los tiempos para estudiar y dilucidar el cúmulo probatorio, tanto por parte de la Fiscalía como del despacho que conoce del caso, ha sido el necesario para hacer el análisis juicioso de los pronunciamientos; *nótese que el tiempo más corto fue el utilizado por el Tribunal de Antioquia para su decisión.* Asunto objeto de debate en el proceso es de sumo cuidado e importancia en razón a la valoración, por lo que consideró que **el tiempo en presentar este amparo en relación al requisito de inmediatez se tiene por cumplido, máxime cuando la próxima fecha de vista pública es el 29 de enero de 2024.**

Como consecuencia de lo anterior se solicita proceder a efectuar el análisis de fondo al asunto, estableciendo si el Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, incurrió en la violación al debido proceso por una **decisión sin motivación y un defecto procedimental absoluto**, en su pronunciamiento del 27 de julio de 2023 dentro del caso que nos ocupa.

III. COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, artículo 8 del título transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017, así como los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992, Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, esta Sala es competente para resolver la presente acción de tutela, por dirigirse contra una providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, del cual esta Corporación es superior funcional.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO: El señor JOHN FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL, representante legal de la compañía CONSUMAX DE URABÁ S.A., junto a los señores DANIEL JOSÉ CHÁVEZ GRANADILLO, RAÚL FERNANDO BELTRÁN GONZÁLEZ, LUIS RAMÓN NORIEGA ÁVILA, JOHN FREDY GIL OQUENDO y la señora LUZ NELLY GUISAO TABARES, empleados de la mencionada compañía; establecimiento comercial que posee varias sedes en diferentes municipios de la región del Urabá en Antioquia, según la Fiscalía General de la Nación, presuntamente propiciaron el suministro de elementos necesarios para el desarrollo y subsistencia del grupo delinencial denominado Clan del Golfo, por lo que infieren implicó su participación dentro de dicha organización criminal, así como su financiación, por ello fueron capturados junto a otras seis personas el día 4 de marzo de 2020. El ente acusador asegura que para ejecutar tales conductas se coordinaban por vía telefónica con otras personas que pertenecían a la estructura criminal; por todo lo anterior tipificaron estas conductas en los delitos de concierto para delinquir agravado, financiación del terrorismo, tráfico de estupefacientes y lavado de activos agravado, que fueron imputadas en la respectiva audiencia y posteriormente ratificadas en la audiencia de acusación el día 18 de enero de 2021.

SEGUNDO: El 1 de abril de 2022, se dio inicio a la audiencia preparatoria, por lo que el 24 de agosto de 2022, la Fiscalía elevó sus solicitudes probatorias y posteriormente hizo lo propio la defensa. Como se anotará arriba, el 24 de marzo de 2023, el Juez de Conocimiento resolvió sobre las pruebas deprecadas

Centro la motivación de su decisión concretamente así:

“(…)

- **RESPECTO A LA TOTALIDAD DE INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS:** La Fiscalía las solicitó porque son al parecer conversaciones de los empleados de Consumax con los enlaces del clan del golfo, sin embargo, omitió señalar un mínimo de PERTINENCIA, la que no puede presumirse. No basta con hacer una descripción del elemento, es necesario establecer porqué sirve para demostrar los hechos planteados.

No obstante que las interceptaciones de comunicaciones sER muy útiles para las investigaciones contra el crimen organizado, SU PERTINENCIA depende del uso que se les quiera dar. En ese orden, la parte que las solicita debe precisar datos como la identidad de los interlocutores, su contenido y fechas, con lo que el ente acusador no cumplió ni explicó qué pretendía demostrar. La Fiscalía acusó por delitos muy graves, lo que implicaba tener claridad sobre la hipótesis fáctica y su relación con las pruebas pedidas, de ahí que no tenga excusas para no dar cuenta precisa de su pertinencia, y aunque muy eventualmente esto pueda hacerse de forma genérica, es imprescindible que se adecue a la tesis a demostrar.

- *RESPECTO DE MIGUEL AUGUSTO MENDOZA:* El testimonio de este experto se pidió para evidenciar la relación directa e indirecta entre los acusados y los números utilizados en las comunicaciones interceptadas, para así dar cuenta que pertenecían a usuarios, integrantes y colaboradores del clan del golfo, pero como las interceptaciones telefónicas fueron inadmitidas, igual suerte siguió esta ~~MEDIO prueba~~-PROBATORIO
- *RESPECTO DE LOS SEÑORES ANDRÉS BAQUERO CAÑAVERAL Y ÓSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO:* La Fiscalía no precisó qué tipo de perito es Baquero Cañaveral, pero manifestó que determinaría la capacidad financiera de la empresa Consumax, sus incrementos patrimoniales y su composición societaria. Se puede inferir que se trata de un perito contable, sin embargo, no se precisó el objeto de la intervención del experto de cara a los hechos jurídicamente relevantes planteados en la acusación.

Por su parte, HERRERA SARMIENTO es un perito que según la Fiscalía dará cuenta de la trazabilidad de los documentos aportados por la COMPAÑIA PROVECOL, lo CUAL evidenciará la relación con Consumax y su concordancia con la información de terceros. Pese a ello, no se identificó cuáles son los documentos, su ubicación y su relación con los hechos.

Y,

- *RESPECTO A LOS SEÑORES ALEXANDER DE JESÚS DRAGO GORDÓN, GUIDO ALBERTO CANTERO ZÚÑIGA Y JOHN ALEXANDER AGUDELO RODRÍGUEZ:* La Fiscalía manifestó que los traería para dar cuenta de la información de los archivos hallados en los discos duros, como inventarios, autorizaciones y pagos a proveedores. Aun así, no explicó qué pretendía probar, no delimitó los archivos ni el objeto concreto a demostrar con ellos.”

TERCERO: Dicha decisión fue apelada por la representante de la Fiscalía General de la Nación y la representante del Ministerio Público; por su parte la defensa hizo lo propio como no recurrente. Sustentación que se surtió el día 7 de junio de 2023.

CUARTO: Correspondió el conocimiento del recurso al Honorable Tribunal Superior de Antioquia, sala penal, quien, mediante Auto Interlocutorio del 27 de julio de 2023, aprobado en acta número 78, Magistrado Ponente Doctor RENÉ MOLINA CÁRDENAS, en Sala con los Magistrados Doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME y Doctor EDILBERTO ANTONIO

ARENAS CORREA, **REVOCA PARCIALMENTE** la decisión de primera instancia, *admitiendo unas pruebas otrora inadmitidas y confirmando la inadmisión de otras.*

V. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde determinar si debieron decretarse las pruebas solicitadas por el ente acusador, consistentes en la admisión de 33 líneas telefónicas de las 62 solicitadas, admitir como prueba pericial contable a los señores Andrés Baquero Cañaveral y Óscar Daniel Herrera Sarmiento y admitir como testigo ordinario al señor Miguel Augusto Mendoza.

VI. ASPECTOS PRELIMINARES RELATIVOS AL DEBIDO PROCESO

- El Debido Proceso; formas propias de cada juicio.
 - El Juez como director del proceso, ente acusador y la defensa.
 - La imparcialidad.
 - La imparcialidad.
 - La independencia.
 - La segunda instancia.
-
- **El Debido Proceso; formas propias de cada juicio.**

En lo que interesa a este apartado del debido proceso, se realiza con recurso a la de garantía de la imparcialidad principio rector para el logro del juicio justo. Así lo señala el art. 5º del C.P.P.: "en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia". Y ello ha de integrarse con el art. 27 ídem, acorde con el cual, en el proceso penal, el funcionario judicial ha de ceñirse a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la justicia. Ahora bien el sistema acusatorio es un sistema adversarial, es decir, existe un equilibrio entre las partes, en condición de igualdad; que si bien no es puro pues se admite en veces la intervención de terceros (víctima y ministerio público), la circunstancia que lo caracteriza es que el juez determina si las partes cumplieron o no su cometido y basado en ello decide, no le es dable legal y constitucionalmente "**robustecer**" la teoría del caso de ninguna de las partes si ellas no cumplieron con lo que les era exigible.

- **El Juez como director del proceso, ente acusador y la defensa**

El sistema procesal penal acusatorio tiene dentro de sus características "*la separación de funciones de investigación y juzgamiento, un enfrentamiento con paridad de armas entre acusador y defensa, y la existencia de un juez imparcial llamado a regular y resolver la*

*controversia*³; sin embargo, ha sido latente que algunos jueces se resistan a este cambio, lo que ha llevado a que estos funcionarios asuman un papel propio de un sistema inquisitivo.

Es así que en lo que respecta al rol del juez y el por qué esta posición representa un rezago de los sistemas inquisitivos, debemos retomar la principal característica de un sistema acusatorio:

“(…)

1. *Las funciones básicas de investigación, acusación y juzgamiento están confiadas a órganos distintos, independientes y separados que las ejercen y gestionan: La Fiscalía y la judicatura. Así se evita el prejuzgamiento por parte del fallador.*

2. *El ejercicio y mantenimiento de la acusación se ejerce por un órgano distinto al juez; se le suele añadir, paralelamente, la exigencia de una acción pública y popular. El proceso se convierte, así, en un proceso de partes.*

3. *No hay iniciativa propia del juez. El juez no puede poner en marcha el proceso, ni investigar hechos delictivos. No participa en la actividad probatoria. Su misión es solo examinar lo que las partes aportan y sobre ello decidir. (…)*⁴

Sin embargo, bajo consideraciones tales como que “*el juez no es un convidado de piedra, que en un derecho penal, como el colombiano, no sólo debe atenderse los derechos del procesado, sino también de la víctima, en razón a que lo relevante es evitar la impunidad y sobre la base que los fines de un procedimiento penal es la búsqueda de la verdad como un objetivo esencial del mismo, que sirve como criterio de legitimación en el Estado en el ejercicio del derecho de castigar*”⁵; se han evidenciado grandes fallas en contravía del espíritu del modelo acusatorio, pues, esta **búsqueda de la verdad** no puede ser a toda costa o a cualquier precio, por cuanto ello pasaría a ser arbitrariedad judicial, lo que ha llevado a asuntos como el que hoy se expone, considerando existe una violación al debido proceso probatorio en la decisión del 27 de julio del corriente año, emanada del Tribunal Superior de Medellín, ya que, con el beneplácito o, en algunos casos, hasta exigencias de la Corte Suprema de Justicia, se pretende que estos funcionarios de la judicatura asuman competencias que no le corresponden, se abroguen disimuladamente la titularidad de la acción penal que por disposición de la Constitución Política de Colombia en su artículo 250 está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. (*Negrilla y cursiva nuestra*).

El procesado, es quien se enfrenta ante el poderío del estado, representado por la Fiscalía, aunando en veces a la víctima y su representante cuando lo tiene, sumándole al Ministerio Público y, no se podría aceptar que ahora también lo haga la judicatura; corregir los actos de parte, principalmente, del ente acusador, para enderezar el proceso en procura de “*a fin de*

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 18 de abril de 2012, radicado 38521. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

⁴ SARAY BOTERO, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2017, p. 19.

⁵ ZAMORA ACEVEDO, Miguel. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Acta Académica, 54 (mayo). Noviembre, 2019. Pp. 147-186.

que tenga la posibilidad de robustecer su caso"⁶, desnaturalizando el sistema acusatorio; avizorando rezagos de un sistema inquisitivo en la concepción del Tribunal.

- **La imparcialidad**

Epistemológicamente, tenemos que la palabra "*imparcial*" se encuentra definida en el diccionario como: "*que juzga o precede con imparcialidad; que incluye o denota imparcialidad. También como recto, justo y equitativo*". Por su parte, el vocablo "*imparcialidad*" está definido como "*carácter de imparcial: el primer deber de un magistrado es la imparcialidad*".⁷

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el principio involucra."⁸ Por ello, "tanto la imparcialidad de hecho como la apariencia de imparcialidad son fundamentales para que se mantenga el respeto por la administración de justicia."⁹

El juez debe ser imparcial durante el proceso, así lo reconoce la nuestra Constitución a través de la incorporación de pactos internacionales que, de manera expresa, disponen la imparcialidad judicial como nota esencial del debido proceso.¹⁰

- **La imparcialidad**

En cuanto a la Imparcialidad¹¹, en el proceso cada uno tiene, o debe tener, su función definida de antemano, es decir que debe saber que puede o debe y que no puede o debe

⁶ Tal y como fue afirmado en este caso de manera directa y contundente; véase tercer párrafo, cuarto renglón de la página número 17 del auto en cuestión.

⁷ CAPURSO (Marisa Paola). "La Imparcialidad del Juzgador". Suplemento de Administración de Justicia Y Reformas Judiciales, Buenos Aires, 2004, p.17.

⁸ ALVARADO VELLOSO, (Adolfo). Resumen de la conferencia a pronunciar en el Congreso Nacional de Derecho Procesal. Homenaje a1 Dr. Roman J. Duque Corredor en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008.

⁹ AMNISTIA INTERNACIONAL, Juicios Justos, San Jose, CIDH, 2001, p.87.

¹⁰ SUPERTI (Hector Carlos). "La garantía constitucional del juez imparcial" en "Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso", Buenos Aires, Ediar, 2006, p.328.

¹¹ "[. . .). En correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que este no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que quien juzga no puede ser parte, es una exigencia elemental que hace más a la noción de Jurisdicción que a la de proceso, aunque este implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden "representar" por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho por la Jurisdicción en el caso concreto. Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la Jurisdicción de que ha conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir la alienación a la Jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado este como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la imparcialidad como la

hacer. Si decimos que la función judicial es dirigir y controlar el desarrollo del proceso de acuerdo a las garantías constitucionales, la imparcialidad debe ser entendida como la imposibilidad del juez de realizar tareas propias de las partes. Es decir, la imparcialidad supone la no injerencia del juzgador en cuestiones ajenas a su función, pensar de otra manera implica directamente propugnar el incumplimiento de funciones.

Atendiendo a la posición de tercero del juez en el conflicto que le es traído a su conocimiento, es inconcebible sostener la posibilidad de un juez que realice actividades que correspondan a las partes.¹² En caso de que ello ocurra, inmediatamente se quiebra la imparcialidad y con ella el debido proceso, ya que, si el juez no guarda el deber de imparcialidad no habrá proceso sino solo una apariencia de su idea.¹³

Acontece, en estos casos, lo que en doctrina se denomina "*conducta procesal indebida*", entendida como un disvalor o conducta disfuncional, puesto que "*es que el proceso tiene un determinado modo de ser, que exige de los sujetos intervinientes ciertas conductas y prohíbe otras, para de esa manera posibilitar la dilucidación del caso planteado conforme a justicia, seguridad jurídica y derecho positivo.*"¹⁴

Partimos de la máxima de que ningún poder es ilimitado y que el ánimo de ejercitar el poder por el poder es el primer signo de la presencia en una célula maligna del cáncer de la arbitrariedad; un juez parcializado es arbitrario, es el *alter ego* del debido proceso.

El primordial deber jurisdiccional es, por tanto, el ejercer la función jurisdiccional -*declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos*- y al hacerlo debe respetar los límites que a dicha función le han sido impuestos por parte de la Constitución y las limitaciones desarrolladas en las leyes. El deber del Juez de guardar imparcialidad de hecho y de apariencia, es un derecho garantizado en la Constitución Política a las partes.

Entonces la función del juez es clara, es campo de las partes introducir testimonios, pruebas, valoraciones, explicar lo que paso y probarlo (teoría del caso); en esto el director del proceso nada tiene que ver. Si las partes no utilizan ese derecho sea por estrategia decisión o por negligencia, cuestión imposible de dilucidar en ese momento por el juzgador, lo omitido no forma parte del proceso, no ingreso al mundo jurídico y no debe ser forzosamente ingresado. No es campo del juez solucionar las supuestas desigualdades de las partes, además de constituir una desnaturalización de su función esta atribución es imposible de limitar, lo que conlleva necesariamente la pérdida de la seguridad jurídica, ya que nunca podremos mínimamente prever que va a pasar en un proceso.

negación de algo que hace a la esencia de la Jurisdicción, la denominada parcialidad { . . . }". CIOVENDA, (Giuseppe). Instituciones de derecho procesal civil, T. I, Edit. Valletta, Buenos Aires 2005, p.261.

¹² "Para procesar y emitir un pronunciamiento de fonda justo se requiere de un respeto por los derechos fundamentales, por el Debido Proceso, inmerso en un marco institucional que asegure tal garantía. Su permanencia puede ser ofrecida por unos jueces maduros y realmente imparciales, personal que ha de ser esencialmente calificado para un juzgamiento adecuado, por medio de un proceso". AGUDELO RAMIREZ (Martín). Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Medellín, Señal Editora, 1999, p.p.92-93.

¹³ ALVARADO VELLOSO (Adolfo), Introducción al Derecho Procesal, Torno I, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2003, p.38.

¹⁴ VIGO, (Rodolfo Luis). Ética del Abogado. Conducta procesal indebida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 103.

En consecuencia, la imparcialidad del juez tiene su contraparte en el interés directo de los sujetos en el proceso, en tanto que resulta garantía del Debido Proceso que un juez desinteresado resuelva el conflicto de las partes interesadas con un criterio objetivo e imparcial. Este criterio de objetividad implica además que el juez debe estar comprometido con el cumplimiento correcto de sus funciones y con la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, sin que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones.

Entonces; en la no intromisión del juzgador en las cuestiones propias de las partes encontraremos el límite que otorga la imparcialidad a la función del juzgar.

- **La independencia**

En relación con la independencia, al igual que la imparcialidad, emana del rol de tercero¹⁵ que ocupa el juzgador en el proceso. Esta posición no solo le impide realizar tareas de las partes sino también depender en su decisión de criterios o intereses de éstas, o de personas o instituciones ajenas al proceso.

Así las cosas, el juzgador en su deber de dirección no debe permitir influencias en la toma de decisiones; sean intra -proceso o extra - proceso, es decir, de las partes o de los demás poderes o factores de presión respectivamente. El juez ideal es aquella persona instruida en la ley que es independiente, de manera que él o ella serán guiados en la toma de decisiones únicamente por el conocimiento legal y la experiencia judicial.¹⁶

Esta independencia no es solo del juez sino del proceso como esquema lógico, nada ajeno debe influir en él ni alterar su estructura. Es decir, el juez debe, con conocimiento real de su función y de los derechos y garantías por los que debe velar, conducir el proceso de manera tal que las partes tengan la posibilidad de realizar todos los pasos previstos; pero hasta acá llega su función, solo debe dar la posibilidad, si esta no es aprovechada no es incumbencia del juzgador, por eso debe mantener fuera del proceso sus impulsos heroicos por hacer justicia y descubrir la verdad real, el juez acá debe "*hacer el proceso*" y nadie puede decir que esto es poco.

Como demostramos, la no injerencia en cuestiones propias de las partes hace a la igualdad de oportunidades, posibilita su igualdad de armas, y la resistencia a presiones permite al juzgador direccionar basándose sólo en lo introducido por las partes en el proceso, las cuales basadas en su igualdad inicial deciden o no utilizar determinados mecanismos. La imparcialidad judicial entonces no es ni más ni menos que el mantenimiento de la igualdad de partes durante el proceso.

¹⁵ En este sentido señala Alvarado Velloso que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad). ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia). Disiento parcialmente en su consideración de la independencia ya que considero que la no subordinación debe ampliarse a los miembros del propio poder judicial y a factores externos tales como presiones políticas o las provenientes de medios de comunicación. ALVARADO VELLOSO (Adolfo), Introducción al Derecho Procesal, Torno I, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2003, p. 261.

¹⁶ SHARMAN (Jeffrey M.), "Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad", Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1996, p.3.

VII. CASO CONCRETO

PRIMERO: ACONTECER PROCESAL GENERAL

La Fiscalía General de la Nación, en su teoría del caso, asegura que el señor JOHN FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL, representante legal de la compañía CONSUMAX DE URABÁ S.A., junto a los señores DANIEL JOSÉ CHÁVEZ GRANADILLO, RAÚL FERNANDO BELTRÁN GONZÁLEZ, LUIS RAMÓN NORIEGA ÁVILA, JOHN FREDY GIL OQUENDO y la señora LUZ NELLY GUISAO TABARES, empleados de la mencionada compañía; establecimiento comercial que posee varias sedes en diferentes municipios de la región del Urabá en Antioquia; presuntamente propiciaron el suministro de elementos necesarios para el desarrollo y subsistencia del grupo delincriminal denominado Clan del Golfo, por lo que al inferir su participación dentro de dicha organización criminal, así como su financiación, fueron capturados junto a otras seis personas el día 04 de marzo de 2020.

En audiencias preliminares, el ente acusador aseguro que para ejecutar tales conductas, los doce capturados se coordinaban por vía telefónica con otras personas que pertenecían a la estructura criminal para lograr su cometido; por todo lo anterior tipificaron estas conductas en los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y LAVADO DE ACTIVOS AGRAVADO, que fueron imputadas en la respectiva audiencia.

El día 18 de enero de 2021, en audiencia de acusación, les fueron ratificadas las presuntas conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y LAVADO DE ACTIVOS AGRAVADO.

SEGUNDO: AUDIENCIA PREPARATORIA EN PARTICULAR.

(i) DECISIÓN DEL JUEZ.

El 01 de abril de 2022, se dio inicio a la audiencia preparatoria; por lo que el 24 de agosto de 2022 la Fiscalía elevó sendas solicitudes probatorias y posteriormente hizo lo propio la defensa.

Para el 24 de marzo de 2023, el Juez de Conocimiento, luego de varios meses de estudiar las solicitudes probatorias de las partes y la solicitud de inadmisión de unas pruebas por parte de la defensa; inadmitió algunos elementos con vocación de prueba solicitados por la Fiscalía General de la Nación, a saber, las interceptaciones de líneas telefónicas, además, de las pruebas que el ente acusador agrupó como periciales, los testimonios de los policiales *ANDRES VAQUERO CAÑAVERAL, MIGUEL AUGUSTO MENDOZA, ALEXANDER DE JESUS HURTADO, GUIDO ALBERTO CANTERO ZUÑIGA, JOHN ALEXANDER AGUDELO RODRIGUEZ y OSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO.*

Centró la motivación de su decisión concretamente así¹⁷:

- *RESPECTO A LA TOTALIDAD DE INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS:*

(...)

"... La Fiscalía solicitó algo más de 119.313 interceptaciones telefónicas, es decir, 210.383 interceptaciones menos de las descubiertas y anunciadas. (0.24.24)

Frente a esas interceptaciones telefónicas la Fiscalía dijo que, si bien anunció una serie de interceptaciones telefónicas, pero va a aclarar cuáles son las líneas celulares utilizadas por JORGE LUIS LÓPEZ BERROCAL, es el enlace del GAO CLAN DEL GOLFO en San Pedro de Urabá con la empresa CONSUMAX, se hizo alusión a varios números, pero si con algunos de ellos se logra el (*inaudible*) dijo la Fiscalía que renuncia al resto.

La sustentación de pertenencia de la totalidad de esas interceptaciones telefónicas textualmente dijo la Fiscalía: "*Menciona las coordinaciones que realizaban enlace del GAO CLAN DEL GOLFO con los empleados de CONSUMAX, víveres, gasolina, baterías, material de intendencia, entre otros, las coordinaciones que hacían los tramitadores de CONSUMAX con la consecución de baterías triple A, botas de caucho para la estructura del CLAN DEL GOLFO*".

Respecto a esta solicitud haré primero las siguientes precisiones:

Una cosa es enlistar o descubrir un elemento material probatorio y otra muy distinta referir a la pertinencia que dicho elemento material probatorio tiene con los hechos jurídicamente relevantes que postulados por la Fiscalía en el escrito de acusación en la audiencia de acusación como acto (*inaudible*). No basta con hacer una descripción del elemento material probatorio, es necesario hacer un enlace de porqué estas interceptaciones de comunicaciones resultan importantes para (*inaudible*) algunos de los hechos jurídicamente relevantes, por lo que es claro que con ese listado que hizo la delegada de la Fiscalía omitió realizar el mínimo de consideración de pertinencia que permite a la judicatura valorar si esas interceptaciones son o no importantes para el juicio.

La Fiscalía, consideramos, no realizó ~~ninguna~~ argumentación acerca de la pertinencia de cara a los hechos jurídicamente relevantes que motivan la acusación y en virtud de ello, esa omisión del ente acusador lo cual riñe con los postulados del artículo 375 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 357 ídem que debió asumir y desahogar la carga argumentativa indicando de manera especial y específica la pertinencia de dichos elementos materiales probatorios; es decir, de no evidenciar mediante un argumento completo, verificado y suficiente, que señalar las razones por las cuales dichos elementos se refieren directa o indirectamente con los hechos o circunstancias relativos al tema probando.

(...)

"Si la Fiscalía formula acusación es justo entender que ha trabajado cuidadosamente una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y ha evaluado

¹⁷ Para este aparte efectúa transliteración de la totalidad de la audiencia; que se anexa.

con igual esmero la razón que con la misma tiene cada una de las pruebas que pretenden solicitar y ninguna excusa puede existir para que el acusado no esté en capacidad de dar explicación clara y puntual sobre la relación directa o indirecta del medio de conocimiento con los hechos que constituyen el tema de prueba.” (0.30.59).

(...)

“Como es propio de un sistema de corte adversativo, como el regulado en la Ley 906 de 2004, frente a este tipo de actividades la Fiscalía debe asumir dos tareas perfectamente diferenciables, aunque relacionadas entre sí:

- (i) Establecer el contenido de la evidencia, en los términos referidos en los párrafos precedentes, lo que determina el juicio de imputación y de acusación, la solicitud de medidas cautelares, entre otras actuaciones relevantes; y
- (ii) Demostrar esos aspectos en el juicio oral, pues de ello depende que los jueces le asignen el valor pretendido por el acusador.

Así, sólo si se demuestra la existencia y el contenido de la conversación, la identidad de quienes participan en ella, las fechas en que se llevaron a cabo, etcétera, la parte podrá asumir que el dato está demostrado, bien porque, en sí mismo, constituya un hecho jurídicamente relevante, o porque pueda tenerse como un hecho indicador o un dato a partir del cual pueda hacerse una determinada inferencia.

Entonces en armonía con lo anterior, hemos llegado al convencimiento que la Fiscalía no realizó una adecuada sustentación de pertinencia frente a esos medios de prueba por lo que los mismos serán inadmitidos por cuanto la judicatura no tiene elementos de juicio para su pronunciamiento, la Fiscalía no explicó que pretendía acreditar o probar con los mismos, por lo que no se podrán aducir, ingresar y convertirse en prueba ninguna de esas interceptaciones de comunicación.”

- **RESPECTO DEL PERITO ANDRES VAQUERO CAÑAVERAL:**

(...)

“Teniente ANDRES VAQUERO CAÑAVERAL:

Cita: Informe de investigador de laboratorio, perfiles económicos de JORGE LUIS BERROCAL, OBED SEGUNDO PESTANA DIAZ, ARLEY ALFONSO LOPEZ ALTAMAR, CRISTIAN ALEXIS GOMEZ HERNANDEZ, VICTOR ALFONSO IGUARAN; informe de investigador de laboratorio informe pericial de fecha 20 de febrero de 2020 de la empresa razón social CONSUMAX URABÁ S.A.S. representada por JOHN FREDY GONZALEZ CARVAJAL, sobre la pertinencia de este perito dice que es perito experto en determinar qué capacidad financiera tenía la empresa CONSUMAX DE URABÁ S.A.S., así mismo establecerá si efectivamente existieron incrementos patrimoniales justificables de dicha empresa, indicará sobre el análisis de composición societaria, análisis comparativos, patrimoniales e incluso aporte capital entre otros aspectos, lo que hará más probable los hechos investigados y la responsabilidad penal de los acusados entre otros del ciudadano JOHN FREDY GONZALEZ CARVAJAL. Dice la Fiscalía que se trata de perito, deduzco que

contable, ~~no sé si estaré equivocado~~ pues la Fiscalía no lo manifestó, en todo caso el dictamen pericial es la declaración realizada por un experto en una materia, ciencia, arte, oficio, técnica o profesión en la cual establecen los resultados de experimentos, modelaciones, pruebas o metodologías aplicadas a un objeto, estudio preciso y documentado una declaración de conocimiento.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC7817-2016 del 15/1/2016, señaló que el dictamen pericial contable o dictamen pericial en materia contable será entonces el informe que es rendido por expertos en materia técnica, económica y contable que busca la metodología y aspectos contables dar claridad acerca de un hecho relacionado con su experticio, en ese orden, se constituye en una carga argumentativa que los medios de prueba cuya práctica pretende en el juicio debe demostrar el objeto específico o sustancial de la prueba, de manera que permita al juez evaluar los mencionados presupuestos de cada caso concreto.

Aquí la Fiscalía no argumentó de que trata ese dictamen, no consideró aspectos como los siguientes del hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar, el dictamen debe estar suficientemente identificado de que consta el dictamen, debió hacerse la respectiva aclaración, cuál es su relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes, explicar de manera suficiente y clara su pertinencia, la argumentación por la Fiscalía fue **(inaudible)** y con todo respeto lo manifiesto, no hubo una debida argumentación de pertinencia, no hubo la adecuada ilustración y suficiencia de la relación de la prueba que pretende con los hechos objeto de juicio que pueden ser de manera sencilla y dinámica pero si completa, quien pide una prueba debe asumir la carga argumentativa requerida para evidenciar al funcionario judicial la relación del elemento solicitado con los hechos objeto de investigación, y en el caso concreto con el mencionado perito no se presentó por lo que se niega éste testimonio, el dictamen que nunca supimos de qué se trataba." ."

- RESPECTO DEL PERITO MIGUEL AUGUSTO MENDOZA:

(...)

"El subintendente MIGUEL AUGUSTO MENDOZA, afirma como pertinencia la Fiscalía que como perito experto como se estableció la relación directa o indirecta existente entre los acusados, así como determinar que los números celulares utilizados en las constantes comunicaciones pertenecidas a usuarios que son integrantes y colaboradores al servicio del CLAN DEL GOLFO, que es un perito según la Fiscalía que viene a juicio a referirse sobre las interceptaciones telefónicas, las cuales ya fueron inadmitidas por este juzgado por lo que se niega su testimonio." ."

- RESPECTO DE LOS PERITOS ALEXANDER DE JESUS HURTADO, GUIDO ALBERTO CANTERO ZUÑIGA Y JOHN ALEXANDER AGUDELO RODRIGUEZ:

(...)

"La pertinencia de la Fiscalía dice que afirmaran estos peritos que contenían los archivos obtenidos de los discos duros y relacionarán con mayor precisión la

naturaleza de la información como inventarios, autorización, pagos, proveedores, entre otros, lo que hará más probable los hechos investigados y la responsabilidad del aquí acusado.

Debo decir que es indudable que alguna prueba requerirá un nivel superior de argumentación dependiendo la naturaleza e importancia del hecho o hechos a probar, es decir, si se encuentran reseñados de manera esencial en la acusación.

- **RESPECTO DEL PERITO OSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO:**

(...)

"El intendente OSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO dice la Fiscalía es un perito experto y dirá como a través de ese estudio se logró realizar trazabilidad de todos y cada uno de los documentos allegados por la empresa PROVECOL con lo cual se evidenciará la relación comercial con la empresa CONSUMAX concordante con la información exógena reportada por terceros, lo que hará más probable la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad penal de los acusados.

Entonces la Fiscalía hace una relación que con este perito explicará en juicio unos documentos pero no informa cuales, la explicación de la pertinencia de los documentos debe considerarse aspectos como los siguientes: El hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar, el documento debe estar lo suficientemente identificado, si un documento contiene varios folios o está constituido por varios discos compactos, etc., la Fiscalía debió haberse referido y hacer la respectiva aclaración, si el documento contiene declaraciones deben hacerse las precisiones, los documentos como cualquier otra evidencia son independientes del informe al cual fueron anexados por el investigador y cuál es la relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes, pues solo así podría explicar de manera suscita y clara su pertinencia. Nada de esto argumentó la Fiscalía ni que pretendía acreditar con los mismos, por lo tanto, se deniega su testimonio."

La Fiscalía con estos peritos no explicó que pretende probar o acredita. Hace mención a unos discos duros que contienen archivos pero no detalla de qué archivos se trata; no dice cuáles inventarios, qué pagos a proveedores, como lo hemos indicado con anterioridad las partes están obligadas a sustentar el objeto concreto que se pretende con la prueba que se harán valer en la audiencia de juicio oral, teniendo como referencia el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, norma que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de agosto de 2011 radicación 36436 Magistrado Ponente AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN, hizo el siguiente pronunciamiento:

"Un preceptivo en pro de la carga de los sujetos procesales dentro del sistema adversarial de expresar el propósito o finalidad que persigue con su aducción al funcionario judicial la obligación de evaluar las razones de pertenencia y conducencia de los hechos de convicción que se pretende recaudar para establecer la utilidad de su aducción, con tal propósito se debe confrontar el marco fáctico jurídico de la acusación con el contenido de los medios probatorios que reclama para concluir si las peticiones se tornan conducentes o pertinentes y por lo tanto útiles, para demostrar algún tópico de interés en el juicio".

Luego, entonces, de acuerdo con lo anterior, se deniega los testimonios de los mencionados peritos por cuanto no se cumplió por parte de la Fiscalía con la carga argumentativa que indique la pertinencia de los mismos."

(ii) APELACION PRESENTADA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

La decisión fue apelada por la representante de la Fiscalía general de la Nación y la representante del Ministerio Publico; por su parte la defensa hizo lo propio como no recurrente.

En síntesis, las representantes de la Fiscalía y del ministerio público soportaron que:

- **REFERENTE A LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS, INADMITIDAS:**

"La delegada fiscal, manifestó que, si acreditó la pertinencia, mencionó quién portaba cada una de las líneas y aludió que con ellas evidenciaría las coordinaciones que realizaban los enlaces del clan del golfo con los empleados de Consumax para el suministro de víveres, gasolina, baterías, material de intendencia, entre otros, necesarios para el sostenimiento de la estructura criminal.

Información que se verificó con las vigilancias y seguimientos, así como con las labores de la policía de vigilancia.

Que uno de los delitos acusados es la financiación de grupos delincuenciales, desde la acusación se mencionó la existencia de una red de apoyo al clan del golfo, entre ellas, la empresa CONSUMAX, con presencia en el Urabá Antioqueño en municipios como Chigorodó, Carepa, Apartadó, San Pedro de Urabá y otros.

Que las interceptaciones evidenciaron que uno de los implicados es alias Padilla, el que coordinaba con los empleados de CONSUMAX en San Pedro de Urabá, entre ellos, LUZ NELLY GUISAO TABARES para la repartición de los elementos, así que sí se explicó la relación de aquella empresa con el clan del golfo. Además, indico que no se iban a utilizar todos los resultados, sino los que fueran necesarios.

La delegada del ministerio público, por su parte determino que la Fiscalía si estableció que se trata de las interceptaciones realizadas a López Berrocal alias Padilla, donde se mencionan las diferentes actividades para el suministro de alimentos y otros elementos en beneficio del clan del golfo; por lo que el objeto de las interceptaciones es demostrar que existe un acuerdo para proveer a este grupo delincencial de elementos para su subsistencia y una fuente de financiamiento irregular.

Es así que la pertinencia es clara y la argumentación del ente acusador suficiente, por lo que no es necesario adentrarse en mayores análisis sobre tal punto, menos cuando se trata de un gran cúmulo de pruebas. En este evento, la exposición de fechas y demás aspectos referidos por el Juez, implicaría dilatar innecesariamente la audiencia preparatoria y adelantar el contenido de la prueba, lo que es objeto del

juicio oral, adicionalmente, con el descubrimiento se delimitaron los medios de conocimiento y garantizó la contradicción."

- REFERENTE AL PERITO MIGUEL AUGUSTO MENDOZA, INADMITIDO:

"Expuso en síntesis la delegada fiscal, que este testigo analizó los números celulares interceptados y los integrantes de la organización criminal, sin embargo, el testimonio no depende solo de las interceptaciones o el contenido de esos audios, con él se va a demostrar la relación existente entre los acusados y los números telefónicos que tenían, no las conversaciones.

La delegada del ministerio público, por su parte, aseguró que debe decretarse su testimonio para que dé cuenta de su labor en la interceptación de comunicaciones y sus resultados.

Pues conforme a la solicitud de la Fiscalía, el testigo dará cuenta de la relación que existe entre los acusados, integrantes y colaboradores del clan del golfo; así que resulta pertinente para acreditar la existencia de la concertación para delinquir y la finalidad es de la misma."

- REFERENTE ANDRÉS BAQUERO CAÑAVERAL Y ÓSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO, INADMITIDOS:

"La delegada fiscal, asegura que Andrés Baquero Cañaveral, teniente de la DIJIN, fue solicitado como perito para que diera cuenta del informe del 20 de febrero de 2020, donde analizó la capacidad financiera de CONSUMAX, JOHN FREDDY GONZÁLEZ CARVAJAL y otros. Además, uno de los delitos fue el de lavados de activos así que tiene relación directa con los hechos. Según el ministerio público, la Fiscalía explicó que se trata de un testigo que se referirá al informe que sentó el perfil económico de los procesados y del establecimiento CONSUMAX. Así que la declaración sería coherente con la hipótesis fáctica de la acusación, en donde son determinantes los aspectos contables y financieros de CONSUMAX para establecer los delitos.

De Óscar Daniel Herrera Sarmiento determino que, contrario a lo dicho por el Juez, no dijo que con este testigo se incorporarían documentos, sino que se abordaría el estudio sobre la trazabilidad de unos que se le allegaron, así que los utilizará, pero no incorporará, además, fueron descubiertos a la defensa, por lo que no hubo un indebido sorprendimiento; indico que es una investigación compleja y que este perito utilizará su base de opinión pericial.

La delegada del ministerio público, dijo que la Fiscalía señaló que se trata de un perito y no de una prueba documental, encargado de explicar y entregar información referente a los vínculos de las empresas CONSUMAX, PROVECOL y terceras personas, lo que evidencia la pertinencia pues permite probar el concierto para delinquir, adicional a ello, si las empresas y personas se prestaron para ocultar el origen ilícito de los dineros."

- REFERENTE A ALEXANDER DE JESÚS HURTADO, GUIDO ALBERTO CANTERO ZÚÑIGA Y JOHN ALEXANDER AGUDELO RODRÍGUEZ, INADMITIDOS:

“La delegada fiscal, sostuvo que el Juez negó sus testimonios sin tener en cuenta que el contenido de los discos duros es un objeto que se cumple con el testigo en el juicio oral, por lo que se podría contaminar al Juez al dar cuenta de tales datos en este momento procesal. Ahora, la información de esos discos duros se circunscribe a inventarios, autorizaciones, pagos a proveedores, entre otros, elementos ligados a Consumax, y aunque se pudo haber omitido la referencia a dicha empresa, se ha hablado de manera reiterativa que estos discos fueron hallados en la diligencia de allanamiento y registro.

La delegada del ministerio público, objeto la inadmisión de John Alexander Agudelo Rodríguez, toda vez que el juez no puede exigir un mayor grado de argumentación para estas pruebas obviando la relación de ellas con los hechos. En este caso se investiga el manejo de dineros ilícitos del clan del golfo, en lo que está involucrada la empresa CONSUMAX, por lo que, todo lo referido a las situaciones administrativas, contables y las personas vinculadas a la investigación son datos de interés para la teoría del caso de la Fiscalía.”

(iii) INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA COMO NO RECURRENTE.

El abogado defensor, como no recurrente, solicitó:

PRIMERO: Declarar desierto el recurso pues la argumentación de la apelación debe tener una crítica concreta de la decisión objetada, no la simple discrepancia con ella.

SEGUNDO: Subsidiariamente y de no ser acogida su petición principal por considerar que existen argumentos mínimos que soportan la misma, en síntesis, solicito confirmar la decisión de primera instancia toda vez que:

- *No se explicó la relación de las pruebas con los hechos jurídicamente relevantes.*
- *En la audiencia preparatoria el Juez debe resolver conforme a lo argumentado por las partes; por lo que no es la apelación el momento para suplir las falencias de la solicitud probatoria.*
- *Sobre las interceptaciones sostuvo que la Fiscalía enlistó unos números telefónicos, pero no precisó cuáles serían tenidos en cuenta en juicio ni su relación con los hechos, respecto de cada uno de los acusados, no preciso la pertinencia.*
- *Sobre los peritos, aseguró que no se puede presumir tal calidad, la sustentación de su pertinencia no implica contaminación del Juez, por el contrario, la falta de tal requisito afecta la debida contradicción.*

(iv) PRONUNCIAMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del recurso al Honorable Tribunal Superior de Antioquia, sala penal, quien, mediante Auto Interlocutorio del 27 de julio de 2023, por el cual **REVOCA PARCIALMENTE la decisión de primera instancia, admitiendo las pruebas otrora inadmitidas y confirmando otras.**

Trae a estudio pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (*Radicado 57103 del 27 de enero de 2021, AP212 - 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya*), que se refiere

exactamente al asunto que hoy se estudia, en lo atinente a que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deben referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias; por lo que este debate de pertinencia se reduce al análisis de la relación de los medios de prueba con los hechos que deben probarse. Por lo que concluye la Corte en esta sentencia que:

*"En síntesis, al momento de realizar las solicitudes probatorias, **las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia** de los medios de convicción que aspiran les sea decretados, **para de esa forma lograr que el juzgador se convenza** sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretende llevar a juicio y así ordene su práctica."*¹⁸ (Negrilla fuera de texto).

i. A continuación, aborda estudio iniciando con las interceptaciones telefónicas, y trae como criterio la sentencia (*Radicado 54495 del 01 de diciembre de 2021, SP 5461 – 2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar*), el cual refiere a la importancia que ofrece la interceptación de comunicaciones en aquellos asuntos en los cuales se investigan delitos que tiene que ver con crimen organizado y las cargas probatorias que debe afrontar la Fiscalía en esos casos, para concluir que,

"(...)

Lo anterior es importante porque permite advertir que la solicitud probatoria de este tipo de medios de conocimiento, en punto de pertinencia, no necesariamente tiene que cumplir con una lista taxativa de requisitos. **Lo realmente imprescindible para su admisión es que la parte logre acreditar que la prueba tiene relación con los hechos definidos en la acusación, de modo que en juicio servirán para demostrar un aspecto determinante de su hipótesis del caso.**

No puede desconocerse que en eventos complejos, como el presente (entre otros factores, debido al número de procesados y de delitos, así como a la naturaleza de los punibles, relacionados con la delincuencia organizada), los actos investigativos suelen ser voluminosos y complejos, por lo que la exigencia inmoderada de detalles al momento de la solicitud probatoria puede afectar la celeridad de la actuación y el debido cometido de la justicia. De modo que, en estos casos es fundamental adoptar *"las medidas necesarias para lograr un punto de equilibrio entre el derecho a la prueba y la evitación de dilaciones injustificadas"*¹⁹.

Luego refirió que la Fiscalía en su solicitud probatoria precisó cada una de las líneas telefónicas interceptadas aduciendo quien las utilizaba, exactamente 62 números telefónicos. Como argumento para la solicitud probatoria, señaló que:

"expuso que con ellas probaría las coordinaciones entre los empleados de Consumax y los enlaces del clan del golfo para el suministro de elementos y víveres necesarios para el sostenimiento de esta última. También, que se demostrarían las actuaciones de los administradores de Consumax para la obtención de víveres, baterías triple A y botas de

¹⁸ A folio 09 del pronunciamiento.

¹⁹ SP CSJ radicado 60064 del 22 de septiembre de 2021, AP4438-2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar."19 Negrillas nuestras.

caucho que estaban destinadas al clan del golfo. Adicionalmente, señaló que esta información tenía relación y corroboración con los hallazgos obtenidos a través de los actos investigativos de vigilancia y seguimiento, así como con la información recolectada por la policía de vigilancia, en concreto, porque se verificó el transporte de los elementos por parte de los colaboradores de la estructura criminal.”²⁰

De lo anterior pasa el Tribunal a interpretar lo siguiente:

“En ese orden, cuando la delegada del ente acusador manifestó que las interceptaciones de estas líneas eran pertinentes para probar las comunicaciones entre los empleados de Consumax y los enlaces del clan del golfo, se refería a las conversaciones que, según la hipótesis fáctica definida en la acusación, sirvieron para la ejecución de los delitos investigados. No puede olvidarse que la Fiscalía aseguró que las coordinaciones telefónicas fueron fundamentales para llevar a cabo los delitos. De ahí la prelación que estas pruebas puedan tener para probar las conductas acusadas.

Se debe destacar que en la hipótesis acusatoria hay un componente fáctico genérico, según el cual, entre la citada empresa y el clan del golfo existía un acuerdo para el aprovisionamiento de la estructura criminal. También se señaló que para el cumplimiento de tal fin, tanto los empleados de Consumax como los enlaces de la organización delictiva, usaron diferentes líneas telefónicas.

Lo desarrollado hasta este momento evidencia una operación compleja para lograr el fin delictivo, lo que correspondientemente llevó a un elevado número de interceptaciones telefónicas, las que aportaron copiosa información relevante para el ejercicio de la acción penal. El escenario resultante tiene especiales implicaciones para la decisión que ahora se perfila, pues exigir la estricta exposición de la totalidad de elementos que componen cada uno de estos actos investigativos llevaría a hacer excesivamente extensa y farragosa la audiencia preparatoria.

En otras palabras, la complejidad del caso bajo análisis, debido al número de procesados, la calidad de los delitos, la gran cantidad de actos investigativos, y en particular, el número de líneas telefónicas interceptadas, dificulta la posibilidad de una exposición detallada de todos los elementos que integran dichos medios de conocimiento.

Ciertamente, la Fiscalía pudo ahondar en detalles sobre los medios de conocimiento a fin de sostener su pertinencia. Sin embargo, más allá de la conveniencia de tal proceder, lo importante es que se alcance un mínimo de pertinencia que permita su admisión, es decir, razones básicas y esenciales para asegurar que con estas se podrá demostrar la existencia de los hechos jurídicamente relevantes, la participaron de los acusados en ellos o hacer más o menos probables otras pruebas.

Se insiste, el caso no puede analizarse desconociendo su especial complejidad. Nótese que el escrito de acusación tiene más de 90 folios, si se tiene en cuenta el anexo presentado en la audiencia de acusación, y que gran parte del documento se destinó a la enunciación y descubrimiento de los elementos con vocación de prueba, sobre lo que ningún reparo efectuó la defensa o los intervinientes, lo que evidencia el conocimiento de su contenido.

²⁰ A folio 13 del pronunciamiento.

En ese orden, se advierte que los restantes datos que sirven para identificar las pruebas, como sus fechas y contenido detallado, pueden ser consultados en la acusación o en el correspondiente descubrimiento, con lo que se garantiza a las partes e intervinientes el control sobre estas y la posibilidad de ejercer el debido contradictorio, además, se cumple con el principio de celeridad, necesario para el debido cumplimiento del cometido de justicia.

Retomando el estudio puntual de cada línea solicitada, en cuanto a las ocho de los acusados, no puede pasarse por alto que, según expuso la Fiscalía, se trata de los teléfonos que comúnmente utilizaban cada uno de ellos, lo que sin duda también cobija el ejercicio de sus labores dentro de la empresa Consumax, por lo tanto, no se requieren profusas explicaciones para entender que tales comunicaciones pueden ser de especial relevancia para resolver el caso. Se decretarán entonces todas las solicitadas por para cada acusado.

Igualmente, si el objeto de las pruebas es demostrar la coordinación entre los procesados y los enlaces del clan del golfo en varios municipios antioqueños para ejecutar los delitos, es claro que las comunicaciones efectuadas por tales enlaces a través de sus teléfonos tienen relación con los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación. Lo mismo sucede con los números genéricos de la empresa Consumax, así como los de sus diferentes sedes y de otros empleados, porque conforme a la propuesta acusatoria, la articulación criminal implicó la utilización general de la empresa en favor del grupo delincencial clan del golfo, y en aquellas sedes laboraron algunos de los acusados.

En ese orden, es razonable que la Fiscalía pretenda llevar a juicio los datos obtenidos de aquellas líneas, pues con ellos intenta demostrar que fueron emitidos por los procesados y sus interlocutores durante la ejecución de las conductas, o con ocasión de ellas.

Además, porque un análisis sereno de la solicitud de la fiscal permite advertir que esta aseguró que tales pruebas sirven para corroborar el contenido de otras, como las vigilancias y seguimientos, o la información que se logró obtener de la policía de vigilancia, en donde observó la correspondencia entre los elementos transportados por ciertas personas y lo dicho en las conversaciones, en donde se coordinaba el aprovisionamiento de elementos esenciales para la estructura criminal, así que de esa manera se intenta hacer más creíble la tesis acusatoria.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de no admitir estos medios de conocimiento pero no íntegramente, ya que si bien la Fiscalía acreditó un mínimo de pertinencia, no cumplió con la carga de argumentar la necesidad de practicar en juicio la totalidad de ellas.

La primera limitación a la que se alude tiene fundamento en que la propia fiscal al pedir los 34 números telefónicos de Jorge Luis López Berrocal, alias *Padilla*, aseguró que de demostrar su cometido con menos de estas pruebas, no las incorporaría todas en el debate oral. Tal manifestación evidencia que la fiscal pudo pedir una cantidad menor, así que para lograr su cometido no es necesaria la admisión completa de ellas.

Ahora, el ente acusador tampoco dio luces respecto de cuántas líneas consideraba suficientes o prudentes para el fin que persigue, por lo que la Sala considera que si en principio fueron ocho los acusados, este es un número prudente para demostrar los hechos, a los que se sumarán otros dos a fin de que tenga la posibilidad de robustecer su caso, lo que obliga a la fiscal a elegir con especial cuidado los medios de conocimiento

que practicará en juicio. En consecuencia, se admitirán como pruebas de cargo 10 de las líneas telefónicas de Jorge Luis López Berrocal. Las líneas a incorporar serán las que decida del ente acusador.

En similar sentido, la fiscal no explicó por qué era determinante la incorporación de las 6 líneas interceptadas a William Miguel Vergara Buendía, alias *Chapulín*, más si se tiene en cuenta que este fue diferenciado como ayudante de López Berrocal, respecto del cual se decretarán una gran cantidad de pruebas de este tipo. En consecuencia, la Sala estima suficiente con la admisión de 3 de las líneas de Vergara Buendía, igualmente, a elección de la Fiscalía.

Tampoco se admitirán las líneas 300-694-78-97 de Consumax, ni la 311-761- 14-20 del enlace identificado por la Fiscalía como *Ovidio* o *Rambo*. La razón es simple, en la acusación ninguna alusión se hizo respecto de estos dos números telefónicos, lo que impide establecer su real pertinencia con los hechos jurídicamente relevantes por los que se acusó a los procesados.

De modo que, de las 62 líneas telefónicas pedidas, se inadmitirán explícitamente las 2 referidas en el párrafo anterior. Y, de las 60 restantes solicitadas, se admitirán 33, así: a elección de la Fiscalía, 10 de las de Jorge Luis López Berrocal, alias *Padilla*; 3 de las de William Miguel Vergara Buendía, alias *Chapulín*; las 8 de los acusados; las 3 de alias *Junior*; las 2 de alias *Zarco*; y 1 de alias *Chivolo*; además, 6 de las de Consumax y sus trabajadores.”²¹ (Negrillas, cursivas fuera de texto). No entiendo revisar, desde página 27. Ahí empieza las comillas.”

ii. Continuó con el análisis del testimonio del señor MIGUEL AUGUSTO MENDOZA, y respecto del mismo señaló:

“(…)

el ente acusador destacó que este tenía conocimiento sobre la titularidad de las líneas interceptadas y la relación existente entre los procesados, de modo que se advierte pertinente, pues dichos aspectos tienen relación con su eventual participación de aquellos en la comisión de los delitos, sin que para ello sea necesario un saber especializado sobre una materia particular.”²² (Subrayas fuera de texto).

La Fiscalía sostuvo que era un perito adscrito a la DIJIN, con el cual demostraría la relación entre los acusados y que los números telefónicos utilizados en las interceptaciones pertenecen a los integrantes y colaboradores del clan del golfo. El Juez inadmitió la prueba debido a que esta dependía de las interceptaciones telefónicas, las cuales fueron inadmitidas. Al admitirse por la Sala las interceptaciones telefónicas por ende se admite la prueba. Aclarando que la fiscal no expuso, conforme a los artículos 405 y 408 del C.P.P., cuál era la valoración científica, técnica, artística o especializada que Mendoza efectuaría, ~~por lo que no~~ ~~apareja~~ como consecuencia necesaria que no puede decretarse como prueba pericial, pero sí como testigo ordinario.

²¹ A folios del 14 al 18 del pronunciamiento.

²² A folios 18 y 19 del pronunciamiento.

iii. Prosiguió con el análisis de los testimonios de ANDRES BAQUERO CAÑAVERAL y OSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO, es síntesis, así:

La Fiscalía se refirió a estos dos testigos, a quienes calificó como peritos contables, señalando que aportarían información que servirá para demostrar los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad de los acusados, principalmente, la de JOHN FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL. De ANDRÉS BAQUERO CAÑAVERAL adujo que fue el encargado de elaborar los perfiles económicos de JORGE LUIS BERROCAL, OBED PESTANA DÍAZ, ARLEY ALONSO ALTAMAR, CRISTIAN ALEXIS HERNÁNDEZ, VÍCTOR ALFONSO IGUARÁN PÉREZ, y el informe de laboratorio del 20 de febrero de 2020 sobre la empresa Consumax, representada por GONZÁLEZ CARVAJAL. Destacó que BAQUERO CAÑAVERAL y HERRERA SARMIENTO darán cuenta, entre otros, de la capacidad financiera de Consumax, su composición societaria, de unos análisis comparativos patrimoniales, del aporte de capitales y si hubo incremento patrimonial injustificado de la empresa. Además, que HERRERA SARMIENTO informará sobre los estudios de análisis contable de la empresa PROVECOL, la trazabilidad de la documentación aportada por esta última, y otra información de terceros, lo que evidenciará una relación comercial con Consumax que será coherente con la hipótesis acusatoria.

La Sala consideró que en estas dos solicitudes la Fiscalía sí precisó la especialidad técnica de los testigos, por lo que contrario a lo afirmado por el Juez, se denotó la pertinencia de las pruebas, con suficientes argumentos, por lo que las admitió.²³

iv. Finalmente, sobre los testimonios de ALEXANDER DE JESUS DRAGO GORDON, GUIDO ALBERTO CANTERO ZÚÑIGA y JOHN ALEXANDER AGUDELO RODRÍGUEZ, adujo que:

Para pedir el decreto de estos la Fiscalía sostuvo:

Que la argumentación de la Fiscalía fue genérica y repetitiva, además, omitió establecer una relación clara de las pruebas con los hechos jurídicamente relevantes, los acusados o los establecimientos involucrados.

Que en ninguna parte de la premisa fáctica de la acusación se habló de discos duros y mucho menos de la información que contenían.

Al solicitar las pruebas la fiscal no definió a quién pertenecían estos dispositivos de almacenamiento. En esas condiciones, era imposible para el Juez identificar si en realidad estos elementos y su contenido tenían relación con la hipótesis acusatoria. Además sostuvo que:

“Al presentar el recurso de apelación la Fiscalía dijo haber sido reiterativa en señalar que los discos duros fueron hallados en diligencias de allanamiento y registro. A parte de esto, precisó que, aunque no lo hizo de forma explícita en la solicitud probatoria, los elementos pertenecían a Consumax y contenían documentos donde se podían observar inventarios, autorizaciones y pagos a proveedores. Por su parte, la otra recurrente adujo que no podía desconocerse la relación de estas pruebas con situaciones administrativas

²³ A folios 19 y 20 del pronunciamiento.

y contables de Consumax, la que según la tesis acusatoria tenía vínculos ilegales con el clan del golfo.

Sobre la posición de las impugnantes es necesario señalar que la sustentación de la apelación no es el escenario para corregir los errores u omisiones argumentativas en las que se incurriera durante la solicitud probatoria. En ese orden, es indebido agregar, en esta instancia, razones que se no otorgaron al pedir las pruebas ante el Juez de Conocimiento. Ello implicaría reabrir la oportunidad para reclamar el decreto de medios de prueba por razones que no estuvieron sometidas a la dialéctica propia de la sistemática acusatoria, y que no se ofrecieron al Juez A quo, lo que afectaría el debido proceso probatorio y la doble instancia.

En otras palabras, es bien sabido que los argumentos de pertinencia deben explicitarse al momento de la solicitud probatoria, por lo que resulta extemporáneo hacerlo en la sustentación del recurso.

En realidad, durante la solicitud probatoria la Fiscalía no expuso que los discos duros se hubieran hallado en los allanamientos y registros a Consumax. Menos, que pertenecieran a esta, ella misma acepta esta última omisión al sustentar la apelación. Lo anterior implica que, contrario a lo propuesto por las recurrentes, para el Juez no era clara la relación entre la información contenida en los discos duros y los hechos jurídicamente relevantes.

Entonces, si la Fiscalía no cumplió en su momento con la carga argumentativa que en punto de pertinencia le imponían estas tres pruebas, es razonable su inadmisión, por lo que se confirmará su decisión al respecto.”²⁴

De esta forma desarrolló los argumentos con los que dio respuesta a los problemas jurídicos propuestos, decidiendo, **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión de primera instancia de inadmitir, como prueba documental, las 62 líneas telefónicas solicitadas por la Fiscalía, ADMITIENDO 33 de ellas, así: a elección de la parte procesal, 10 de las de JORGE LUIS LÓPEZ BERROCAL, alias *Padilla*; 3 de las de WILLIAM MIGUEL VERGARA BUENDÍA, alias *Chapulín*; las 8 de los acusados; las 3 de alias *Junior*; las 2 de alias *Zarco*; 1 de alias *Chivolo*; y 6 de las de CONSUMAX y sus trabajadores -a excepción de la 300-694-78-97, cuya inadmisión se confirmó; **REVOCAR** la decisión de inadmitir, como prueba pericial de cargo, a ANDRÉS BAQUERO CAÑAVERAL y ÓSCAR DANIEL HERRERA SARMIENTO, y como prueba testimonial ordinaria a MIGUEL AUGUSTO MENDOZA, ADMITIENDOLOS y **CONFIRMAR** en lo demás el auto de origen.

TERCERO: SUSTENTACIÓN DE LOS GARGOS PROPUESTOS.

- **PRIMER CARGO PROPUESTO. Violación al debido proceso, defecto sustantivo por motivación insuficiente:**

La segunda instancia se rige por los principios de la justicia rogada, en tanto lo alegado por el recurrente delimita el objeto de la impugnación y otorga competencia para resolver el

²⁴ A folios del 21 al 23 del pronunciamiento.

asunto puesto a consideración, fue deber de la Sala verificar si el recurso de apelación presentado por la Fiscalía como recurrente fue adecuadamente sustentado, conforme con la exigencia para su concesión establecida en el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sistemática procesal. ~~Según la norma citada,~~ la condición para conceder el recurso de alzada es que sea debidamente sustentado, lo cual impone una carga inexcusable al apelante de presentar reparos que tengan la potencialidad de remover la decisión de primera instancia. Así, el recurrente debe partir o, cuando menos, tener como referencia los motivos que expuso el juez para denegar o conceder el aspecto impugnado, de modo que los cuestione, por la vía de señalar los yerros que comete el funcionario judicial al soportar en ellos su decisión. ~~En general,~~ han de confrontarse los argumentos del juez de primer grado, de manera que el superior pueda encontrar mejores razones que las ofrecidas en la providencia cuestionada. O aún, en los eventos en que no se da esa confrontación, que los argumentos expuestos permitan superar los que sustentan la decisión recurrida. ~~Todo esto es consecuencia de que~~ al juez de segundo grado le está vedado hacer consideraciones oficiosas sobre el acierto de una decisión en un sistema de justicia rogada, aunque pueda hacerlo sobre la validez de la actuación procesal, como garante que es de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso. El 28 de septiembre de 2011, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia expedida en el proceso con radicado 37.258, hizo las siguientes consideraciones:

"Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso.

Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende.

Sobre ese ejercicio dialéctico que comporta la impugnación, y que implica una sustentación adecuada, ha destacado la Corte:

"De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente,

adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados”²⁵ (...)”

Si la causa de la inadmisión de las pruebas solicitadas consistió en que el juez, por los diversos argumentos señalados llegó a la convicción de que no se acreditó un mínimo de pertinencia – *la cual, subrayo, no puede presumirse*; toda vez que no se estableció fundadamente porqué los medios probatorios servían a la demostración de los hechos, ni se ofreció razón alguna que revelara su pertinencia, se concluye que la sustentación del recurrente es insuficiente.

La alegación elevada por la recurrente se basó simplemente en el hecho de sostener que argumentó con suficiencia la pertinencia, aunado a que trató de subsanar los aspectos que el juez de primera instancia echo de menos en la época oportuna para ello; no obstante, los aludidos aspectos fueron acogidos por la sala en segunda instancia. Forzosa resulta la repetición: las solicitudes fueron debidamente analizadas por el juez de primera instancia, quien fundadamente concluyó la falta de sustentación de pertinencia para poder ordenar la práctica de dichos medios probatorios, omitiendo el impugnante, cuestionar los soportes de la providencia, limitando su conducta a reproducir nuevamente los argumentos que sustentaron su inicial solicitud. Con lo que, es claro, No se demostró razón para considerar satisfecho el requisito de pertinencia de los medios de prueba en primera instancia.

Resalta en este aparte la justificación que hace el Tribunal, consistente en que, por ser un caso voluminoso y complejo, exigirle al acusador que cumpla con su obligación, que es lo mismo decir, que cumpla con lo requerido por la ley en audiencia preparatoria, es afectar la celeridad del proceso y el cometido de la justicia, expresión que va en contra de los postulados del debido proceso y de la seguridad jurídica.

De igual manera es necesario resaltar en este aparte la justificación que hace el Tribunal, consistente en dar por sentado que todo lo que se habló en la audiencia de acusación es la base de la solicitud probatoria, cuando son dos actos que, aunque tienen una misma base, otorgan un conocimiento diferente al juzgador para determinar las solicitudes; de no ser así bastaría con la acusación y la relación probatoria de la misma para iniciar el juicio, determinado como se lee que “(...) *exigir la estricta exposición de la totalidad de elementos que componen cada uno de estos actos investigativos llevaría a hacer excesivamente extensa y farragosa la audiencia preparatoria.*”, refiriéndose nuevamente a la complejidad del caso.

En otro lugar de la providencia, señala la corporación judicial:

“Ciertamente, la Fiscalía pudo ahondar en detalles sobre los medios de conocimiento a fin de sostener su pertinencia. Sin embargo, más allá de la conveniencia de tal proceder, lo importante es que se alcance un mínimo de pertinencia que permita su admisión, es decir, razones básicas y esenciales para asegurar que con estas se podrá demostrar la existencia de los hechos jurídicamente relevantes, la participaron de los acusados en ellos o hacer más o menos probables otras pruebas.”

²⁵ Rad- 23667 sentencia 11 de abril de 2007.

Es necesario advertir: no es que la Fiscalía haya podido hondar, sino que debió hacerlo, tal y como la ley y el mandato Constitucional se lo exige, máxime cuando cuenta con los analistas que escuchan las interceptaciones, quienes a su vez coordinan con los investigadores del caso, que debieron filtrar aquellos audios que a su parecer hacían probable la teoría del caso del acusador y que por ende fueron plasmados en informes de investigador de campo.

Aseverar que *"(...) el anexo presentado en la audiencia de acusación, y que gran parte del documento se destinó a la enunciación y descubrimiento de los elementos con vocación de prueba, sobre lo que ningún reparo efectuó la defensa o los intervinientes, lo que evidencia el conocimiento de su contenido."*, es desconocer flagrantemente el sentido estricto de la audiencia preparatoria, pues es en ella, es donde las partes o intervinientes presentan y sustentan sus pretensiones probatorias; sin tener que ver el escrito de acusación trasladado en la etapa anterior, por lo que también es desatinado afirmar como lo hace el Tribunal que *"(...) En ese orden, se advierte que los restantes datos que sirven para identificar las pruebas, como sus fechas y contenido detallado, pueden ser consultados en la acusación o en el correspondiente descubrimiento, con lo que se garantiza a las partes e intervinientes el control sobre estas y la posibilidad de ejercer el debido contradictorio, además, se cumple con el principio de celeridad, necesario para el debido cumplimiento del cometido de justicia."*, postulado que contraría lo regulado en los artículos 355, 356 y 357 de la Ley 906 de 2004.

- *"(...)*
Igualmente, si el objeto de las pruebas es demostrar la coordinación entre los procesados y los enlaces del clan del golfo en varios municipios antioqueños para ejecutar los delitos, es claro que las comunicaciones efectuadas por tales enlaces a través de sus teléfonos tienen relación con los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación. Lo mismo sucede con los números genéricos de la empresa Consumax, así como los de sus diferentes sedes y de otros empleados, porque conforme a la propuesta acusatoria, la articulación criminal implicó la utilización general de la empresa en favor del grupo delincencial clan del golfo, y en aquellas sedes laboraron algunos de los acusados.

En ese orden, es razonable que la Fiscalía pretenda llevar a juicio los datos obtenidos de aquellas líneas, pues con ellos intenta demostrar que fueron emitidos por los procesados y sus interlocutores durante la ejecución de las conductas, o con ocasión de ellas.

Además, porque un análisis sereno de la solicitud de la fiscal permite advertir que esta aseguró que tales pruebas sirven para corroborar el contenido de otras, como las vigilancias y seguimientos, o la información que se logró obtener de la policía de vigilancia, en donde observó la correspondencia entre los elementos transportados por ciertas personas y lo dicho en las conversaciones, en donde se coordinaba el aprovisionamiento de elementos esenciales para la estructura criminal, así que de esa manera se intenta hacer más creíble la tesis acusatoria.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de no admitir estos medios de conocimiento pero no íntegramente, ya que si bien la Fiscalía acreditó un

mínimo de pertinencia, no cumplió con la carga de argumentar la necesidad de practicar en juicio la totalidad de ellas.

La primera limitación a la que se alude tiene fundamento en que la propia fiscal al pedir los 34 números telefónicos de Jorge Luis López Berrocal, alias *Padilla*, aseguró que de demostrar su cometido con menos de estas pruebas, no las incorporaría todas en el debate oral. Tal manifestación evidencia que la fiscal pudo pedir una cantidad menor, así que para lograr su cometido no es necesaria la admisión completa de ellas.

Ahora, el ente acusador tampoco dio luces respecto de cuántas líneas consideraba suficientes o prudentes para el fin que persigue, por lo que la Sala considera que si en principio fueron ocho los acusados, este es un número prudente para demostrar los hechos, a los que se sumarán otros dos a fin de que tenga la posibilidad de robustecer su caso, lo que obliga a la fiscal a elegir con especial cuidado los medios de conocimiento que practicará en juicio. En consecuencia, se admitirán como pruebas de cargo 10 de las líneas telefónicas de Jorge Luis López Berrocal. Las líneas a incorporar serán las que decida del ente acusador.

En similar sentido, la fiscal no explicó por qué era determinante la incorporación de las 6 líneas interceptadas a William Miguel Vergara Buendía, alias *Chapulín*, más si se tiene en cuenta que este fue diferenciado como ayudante de López Berrocal, respecto del cual se decretarán una gran cantidad de pruebas de este tipo. En consecuencia, la Sala estima suficiente con la admisión de 3 de las líneas de Vergara Buendía, igualmente, a elección de la Fiscalía.”²⁶

Se resalta aquí, la contrariedad que existe en la apreciación de la Sala al afirmar que “*La primera limitación a la que se alude tiene fundamento en que la propia fiscal al pedir los 34 números telefónicos de Jorge Luis López Berrocal, alias Padilla, aseguró que de demostrar su cometido con menos de estas pruebas, no las incorporaría todas en el debate oral. Tal manifestación evidencia que la fiscal pudo pedir una cantidad menor, así que para lograr su cometido no es necesaria la admisión completa de ellas.*”; es la usanza de la Fiscalía apostar en la preparatoria, todos los elementos colectados en la investigación para depurarlos en sede de juicio (desistir de algunas pruebas), razón por la cual, como en este caso, no depuraron las escuchas que requerían para soportar su teoría del caso, máxime cuando al inicialmente eran doce capturados y con el devenir procesal seis de ellos incluyendo al señor Jorge Luis López Berrocal, aceptaron cargos, quedando seis, estos últimos empleados de la compañía Consumax.

Lo que prueba que la Sala solo está buscando zanjar los errores y falencias cometidas por el acusador, favoreciéndolo de cierta manera es la frase, sustituyendo las cargas procesales de la parte acusadora, así lo hace saber este enunciado:

²⁶ Ver páginas 16 y 17 del Auto que resuelve apelación.

*"Ahora, el ente acusador tampoco dio luces respecto de cuántas líneas consideraba suficientes o prudentes para el fin que persigue, por lo que la Sala considera que si en principio fueron ocho los acusados, este es un número prudente para demostrar los hechos, a los que se sumarán otros dos a fin de que tenga la posibilidad de robustecer su caso, lo que obliga a la fiscal a elegir con especial cuidado los medios de conocimiento que practicará en juicio. En consecuencia, se admitirán como pruebas de cargo 10 de las líneas telefónicas de Jorge Luis López Berrocal. Las líneas a incorporar serán las que decida del ente acusador."*²⁷,

De ninguna manera puede ser función de la segunda instancia ~~en su pronunciamiento~~, ROBUSTECER, consolidar, reforzar o afianzar ya sea la teoría del caso de la Fiscalía o la teoría del caso de la defensa, su función es decidir conforme a la Ley y la Constitución, determinando si la parte cumplió o no con su trabajo.

Referente a los testigos:

- **Testimonios de Andrés Baquero Cañaverl y Óscar Daniel Herrera Sarmiento:**

"(...)

En cuanto a la pertinencia de las pruebas, para la Sala resultan suficientes los argumentos del ente acusador. Véase que los delitos investigados y los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación tienen relación directa con la parte financiera de Consumax, también con la de su representante legal, y con los negocios que desarrollaban, en los que estaban involucrados los demás acusados. Entonces, es claro que las valoraciones especializadas sobre estos temas económicos tienen relación con la hipótesis acusatoria.

Adicionalmente, es importante destacar que la Fiscalía refirió que los documentos analizados por Óscar Daniel Herrera Sarmiento tenían por objeto el estudio de las relaciones mercantiles de Consumax con una empresa denominada Provecol y con terceros, punto pertinente para ser probado en juicio si se tiene en cuenta que son precisamente los movimientos comerciales de Consumax los que se han catalogado como ilícitos.

Ahora, sobre la identificación de dichos documentos y el conocimiento por las partes e intervinientes, no hubo discusión en punto de rechazo probatorio, y la información que contienen fue explicada de forma básica durante la solicitud probatoria, como acaba de exponerse en el párrafo anterior, de modo que hay razones suficientes para acreditar la pertinencia de las pericias. Por lo tanto, deberán admitirse ambas pruebas de cargo."²⁸

²⁷ Página del Auto que resuelve apelación.

²⁸ Ver páginas 19 y 20 del Auto que resuelve apelación.

En este punto el acusador no fue claro en la pertinencia, conducencia y utilidad; situación que no obstante; para la Sala es suficiente lo expresado desde el punto de vista de la acusación, más **en la audiencia preparatoria, el acusador nunca hizo referencia a la calidad de los peritos y su función.** ~~De conformidad con lo anterior,~~ la falta de motivación en la decisión judicial, resulta ser una causal independiente de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales después de haber sido valorada, en diferentes ocasiones, como una hipótesis del defecto sustantivo o material. Cabe resaltar, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el sistema interamericano y el europeo consagran disposiciones que desarrollan garantías procesales establecidas en beneficio de los acusados ya que los Estados están convencidos de que los derechos humanos se protegen eficazmente si además de observar los derechos sustanciales, se consagran y cumplen las garantías procesales que los aseguran²⁹. ~~De esta manera,~~ la Comisión, ha indicado que la motivación de las sentencias se refiere a la exposición de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se basa la decisión, manifestando los motivos por los cuales se admite o inadmite la demanda, y porque se acoge o no la pretensión.³⁰ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que la motivación de las sentencias *"es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"*³¹, y además se establecido que una debida motivación judicial constituye una garantía que está íntimamente relacionada con la administración de justicia.³² Para la Corte IDH la exigencia de motivación es tan importante que no se limita exclusivamente a las decisiones judiciales, sino que se extiende a cualquier tipo de decisión. En efecto *"La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias."*³³ Igualmente, ha reiterado que las decisiones judiciales deben contar con unas consideraciones suficientes para no ser arbitrarias y que además deben tener en cuenta los alegatos de las partes y analizar el conjunto del material probatorio que se presente.³⁴ En consecuencia, se tiene que el deber de motivación de los fallos de los jueces se constituye en una de las "debidas garantías" que consagra el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁵ Este fue el alcance que la Corte Interamericana le dio a la falta de debida motivación en la inadmisión de una apelación en Chile, al establecer que:

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 55 de 18 de noviembre de 1997. Caso 11.137 Juan Carlos Abella. Argentina. Párrafo 251

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 48 de 29 de septiembre de 1998. Caso 11.403 Colombia. Carlos Alberto Marín Ramírez. Párrafo 32.

³¹ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párrafo 107.

³² SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012. Pág. 246.

³³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 120; Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 216; y Caso YATAMA, supra nota 86, párr. 152. Asimismo, cfr. García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 26, ECHR 1999-I; y Eur. Court H.R., Case of H. v. Belgium, Judgment of 30 November 1987, Series A no. 127-B, para. 53.

³⁴ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012. Pág. 246

³⁵ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012. Págs. 246 – 247.

*"Asimismo, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibile el recurso de protección no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola."*³⁶

- **SEGUNDO CARGO PROPUESTO. Violación al debido proceso por defecto procedimental absoluto**, se tiene que:

El fundamento constitucional de esta causal lo encontramos en los artículos 29 y 228 de la Constitución, los cuales reconocen los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. En términos generales esta causal de procedibilidad se configura cuando el juez actúa completamente por fuera del procedimiento establecido.³⁷ La Corte Constitucional ha indicado que el defecto procedimental absoluto se presenta cuando el juez actúa al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando se aparta abierta e injustificadamente de la normativa procesal aplicable. Lo anterior conduce al desconocimiento absoluto de las formas del juicio, porque (i) el funcionario judicial sigue un trámite ajeno al pertinente o (ii) pretermite etapas o fases sustanciales del procedimiento legalmente establecido, en detrimento del derecho de defensa y contradicción de una de las partes. En suma, para demostrar que una autoridad judicial incurrió en un defecto procedimental absoluto, y que, por ende, la acción de tutela es procedente, es preciso demostrar que el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido en la ley, y que ello, generó una vulneración grave a su derecho al debido proceso, concretamente, ejercer su derecho a la defensa y a la contradicción.

Así mismo, el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales:

*"El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto "representativo", puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: [...] al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías"*³⁸.

³⁶ Corte IDH, caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 143

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón...", pág. 580.

En síntesis, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos, en que el funcionario de conocimiento (i) carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y (ii) ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado durante el transcurso de la actuación. En el caso que nos ocupa, y como en todos los eventos similares, la materialización del derecho a la segunda instancia, esta supeditada a que el superior jerárquico, estudie y se pronuncie frente a los reparos expuestos tanto por la parte recurrente como por la parte no recurrente, lo que implica la correcta delimitación del tema de debate y el análisis puntual de los argumentos orientados a sostener una determinada postura; ello se determina en la posibilidad real y efectiva de solicitar la revisión de los fundamentos facticos y jurídicos del pronunciamiento que se revisa. La representante del ente acusador, no señaló porqué el juez de primera instancia erro en su determinación y trato por el contrario de justificarse y proponer en segunda instancia explicaciones que eran exigibles en la época de la audiencia preparatoria, ofreciendo a la segunda instancia esbozos de la argumentación de pertinencia probatoria que se extrañó en la respectiva audiencia, lo propio efectuó la representante del ministerio público. La Fiscalía especialmente, omitió el deber procesal conforme al cual, los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación de una providencia deben guardar absoluta congruencia con los reparos formulados en el momento en el que la impugnación fue interpuesta. Por tal motivo la defensa solicitó declarar desierto el recurso pues la argumentación de la apelación debe tener una crítica concreta de la decisión objetada, no la simple discrepancia con ella. Subsidiariamente, la defensa pidió confirmar la decisión de primera instancia; pues efectivamente no se explicó la relación de las pruebas con los hechos jurídicamente relevantes. Aseverando que en la audiencia preparatoria el Juez debe resolver conforme a lo argumentado por las partes, así que no es la apelación el momento para suplir las falencias de la solicitud probatoria. Sobre las interceptaciones sostuvo que la Fiscalía enlistó unos números telefónicos, pero no precisó cuáles serían tenidos en cuenta en juicio ni su relación con los hechos, respecto de cada uno de los acusados, máxime cuando fueron doce detenidos seis de los cuales preacordaron con la Fiscalía y los restantes están en juicio. sobre los peritos, aseguró que no se puede presumir tal calidad, la sustentación de su pertinencia no implica contaminación del Juez, por el contrario, la falta de tal requisito afecta la debida contradicción. Tal recurso entonces, no podía ser analizado en sede de segunda instancia por exceder el objeto del mismo, reiterando que, conforme a la normatividad procesal vigente, la sustentación del recurso de apelación tiene por función desarrollar los reparos concretos formulados en primera instancia, por lo que no puede incluir argumentos nuevos, pues los mismos han de considerarse extemporáneos, y por lo mismo, improcedentes. Es en este punto, en donde se reclama la valoración y posterior pronunciamiento frente a la solicitud de la defensa en razón a declarar desierto el recurso en cuestión. De otro lado, y basado en los principios ya explicitados de imparcialidad, imparcialidad e independencia judicial; bajo la premisa real que el procesado, es quien se enfrenta ante el poderío del estado, representado por la Fiscalía, aunando en veces a la víctima y su representante cuando lo tiene, sumándole al Ministerio Público, no se podría aceptar que ahora también lo haga la judicatura; al corregir los actos exigidos a la parte, en este caso a la Fiscalía General de la Nación, para enderezar, encaminar, orientar o encausar sus magnas falencias en el proceso en procura como abiertamente lo expresa el Tribunal "**a fin de que tenga la posibilidad de robustecer su**

caso³⁹, desnaturalizando el sistema acusatorio; avizorando rezagos de un sistema inquisitivo en la concepción del Tribunal.

VIII. PRUEBAS

Sírvase tener como tales, las siguientes:

1. Lo obrado dentro del proceso penal distinguido con el número de spoa 05 001 60 00000 2020 00627, adelantado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, para lo cual se solicita sea requerido el link del proceso a dicha judicatura; especialmente lo relativo a la audiencia preparatoria y pronunciamiento del Tribunal Superior de Antioquia Sala de Decisión Penal frente a esta audiencia.

IX. PRETENSIONES

Advirtiendo la violación del debido proceso por existencia de un **defecto procedimental absoluto** y **decisión sin motivación**, se formulan las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Amparar el derecho fundamental al debido proceso, impetrados a través de apoderado judicial por el señor JHON FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL, identificado con la cedula de ciudadanía número 71.940.416.

SEGUNDA: Dejar sin efectos el auto proferido el día veintisiete (27) de julio del año 2023, en el proceso penal con radicación número: 05 001 60 00000 2020 00627, N.I. TSA 2023 - 1019 – 5, por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Antioquia.

TERCERA: Ordenar a la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Antioquia que profiera un nuevo pronunciamiento, en el cual:

- (i) Se decida conforme al procedimiento establecido en la ley; en razón a las formas propias del sistema adversarial (Sistema de parte y rogado).
- (ii) Se decida con en el cumplimiento de explicitar los fundamentos facticos y jurídicos de sus decisiones; en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y en razón a determinar por qué no se resolvió la solicitud de declarar desierto el recurso y el por qué, contrario a ello, considera existió una sustentación del mismo suficiente por parte de la Fiscalía.

³⁹ Afirmación directa y contundente; véase tercer párrafo, cuarto renglón de la página número 17 del auto en cuestión.

X. ANEXOS

1. Poder para actuar
2. Copia transliteración pronunciamiento del juez en primera instancia.
3. Copia pronunciamiento segunda instancia.
4. Copia correo electrónicos en los cuales la Fiscalía ha solicitado aplazamientos de las audiencias, por lo que la próxima audiencia es para el día 29 de enero de 2024 (Esto en razón al requisito de inmediatez).

XI. JURAMENTO

En cumplimiento al artículo 37 de decreto 2591 de 1991, se manifiesta bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra demanda de acción de tutela por estos mismos hechos y derechos.

XII. NOTIFICACIONES

Accionante:

- El señor JHON FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL, recibirá notificación por intermedio de este servidor en el correo electrónico dannyrojo@dhrojlaw.com y en el móvil 310 453 69 14.

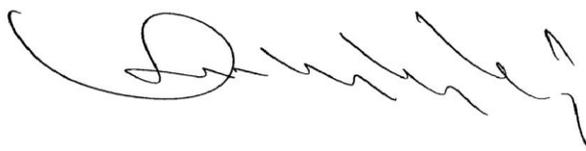
Accionado:

- Podrá notificarse en el correo electrónico de la Secretaria Sala Penal Tribunal Superior de Antioquia al correo electrónico secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co

Otros posibles vinculados o interesados:

- Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al correo electrónico jpeces01ant@cendoj.ramajudicial.gov.co
- Fiscalía 26 Especializada DECOC Medellín, al correo electrónico marisabel.correa@fiscalia.gov.co
- Procuraduría, crendon@procuraduria.gov.co
- Abogado de la defensa (Los demás procesados), doctor Juan David Taborda, abogadodrave@yahoo.com

Con votos de respeto y acatamiento,



DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA
Abogado



HONORABLES MAGISTRADOS
SALA PENAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BOGOTA D.C.

E. S. D.

Notaria 50 de Bogotá D.C.
A este documento le corresponde
la autenticación Biométrica
No. 22348

ASUNTO: PODER ESPECIAL

Cordial saludo,

Mediante este escrito y de la manera más atenta, actuando en nombre propio, declaro que otorgo poder especial, amplio y suficiente cuanto en derecho se requiere al abogado **DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA**, identificado con la cedula de ciudadanía número 98.564118, portador de la tarjeta profesional número 164616 del Consejo Superior de la Judicatura, para que asista mi interés en presentar acción de tutela contra pronunciamiento judicial (Auto interlocutorio aprobado por acta número 78 del 27 de julio de 2023), efectuado por el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA en segunda instancia, dentro del proceso con spoa 05 001 60 00000 **2020 00627**.

En virtud de este mandato, queda ampliamente facultado para desplegar todas y cada una de las actividades y actos necesarios tendientes a cumplir satisfactoriamente el objeto del mismo, tales como solicitar copias, promover y evaluar pruebas, concurrir, conciliar, pagar, contestar y oponer, solicitar medidas especiales, sustituir o asociar este poder a abogados de su confianza reservándose o no su ejercicio, hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios en razón a materializar la mejor defensa de mi interés y los demás necesarios dentro del ámbito constitucional y legal.

Por Su atención muchas gracias.

Atentamente,

Poderdante,

JHON FREDY GONZÁLEZ CARVAJAL
C.c. 71.940.416

Apoderados,

DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA
C.c. 98.564.118 Expedida en Envigado
T.p. 164616 del C. S. J.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO
EL NOTARIO ÚNICO DEL CÍRCULO DE APARTADÓ-ANTIOQUIA

PODER ESPECIAL

Verificación Biométrica Decreto-Ley 019 de 2012

Que el día 2023-08-17 13:29:16

Compareció:

GONZALEZ CARVAJAL JOHN FREDY

Quien se identifico con C.C. 71940416



jaj5r



Y manifestó que reconoce expresamente el contenido de este documento y que la firma que el aparece es la suya. En constancia firma nuevamente. Y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad cotejando sus huellas digitales y datos biográficos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Para verificar este documento ingrese a: www.notariaenlinea.com

X



FIRMA

DJUV.

NOTARIO ÚNICO DEL CÍRCULO DE APARTADÓ
DIEGO ALEJANDRO GAVIRIA VELEZ



[Handwritten signature]



DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



COD 22348

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitres (2023), en la Notaría cincuenta (50) del Círculo de Bogotá D.C., compareció: DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 0098564118 y la T.P. 164616, presentó el documento dirigido a SALA PENAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.



22348-1

a43da3edae

----- Firma autógrafa -----

24/08/2023 10:36:40

Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Esta acta, rendida por el compareciente con destino a: SALA PENAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, que contiene la siguiente información PODER ESPECIAL.



GABRIEL URIBE ROLDÁN

Notario (50) del Círculo de Bogotá D.C.

Consulte este documento en <https://notariid.notariasegura.com.co>

Número Único de Transacción: a43da3edae, 24/08/2023 10:43:27

