

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



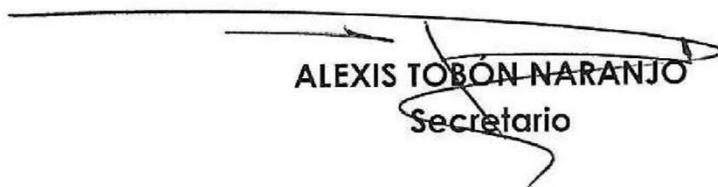
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 177

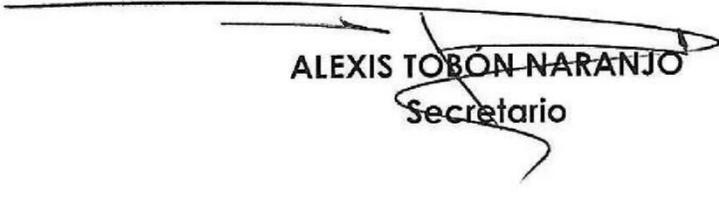
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1583-1	Habeas corpus	HENRY PEREA IBARGÜEN	JUZGADO 3° DE E.P.M.S DE ANTIOQUIA	niega solicitud	Octubre 07 de 2021
2021-1405-1	Tutela 2º instancia	JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y otros	Confirma sentencia de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2020-0198-1	sentencia 2º instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	HUGO ARMANDO NARANJO GONZÁLEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2021-1417-2	Tutela 2º instancia	JORGE IGNACIO ATEHORTÚA	AFP COLPENSIONES	Revoca sentencia de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2021-1580-2	decisión de plano	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	JHON JAIRO RENDÓN RESTREPO	Declara improcedente recurso de queja	Octubre 07 de 2021
2020-0674-2	sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	ELIECER ENRIQUE CANTERO BENÍTEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2020-0794-2	sentencia 2º instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	JAIME ARTURO OQUENDO	Confirma sentencia de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2021-1258-3	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	RUBÉN ARIAS LÓPEZ	Decreta NULIDAD	Octubre 06 de 2021
2021-0949-4	auto ley 906	LAVADO DE ACTIVOS	JONATHAN HORACIO ALCINA LEÓN	Revoca auto de 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2020-0162-4	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO	LORENZO MANUEL BARCENAS	Remite solicitud a 1º instancia	Octubre 07 de 2021
2021-1522-6	Tutela 1º instancia	WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Octubre 07 de 2021
2021-1502-6	Tutela 1º instancia	ÁLVARO DE JESÚS TOBÓN CASTAÑEDA	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	Concede derechos invocados	Octubre 07 de 2021

FIJADO, HOY 08 DE OCTUBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

Medellín, octubre siete (7) de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO: 2021-1583-1
ASUNTO: HABEAS CORPUS
ACCIONANTE: HENRY PEREA IBARGÜEN
PROVIDENCIA: NIEGA SOLICITUD DE HABEAS CORPUS

ASUNTO

Mediante esta providencia el suscrito Magistrado resuelve la acción de hábeas corpus formulada por el señor HENRY PEREA IBARGÜEN, quien en la actualidad se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Apartadó –Ant.–, por cuenta del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Debe destacarse que la presente actuación se tramita a través de medios virtuales en consideración a las medidas tomadas por la judicatura para enfrentar la problemática que se vive debido a la pandemia por la COVID-19.

LA CONTROVERSIA

Destaca el señor HENRY PEREA IBARGÜEN que se encuentra recluido en Establecimiento Penitenciario y el 16 de septiembre de

2021 elevó petición de prisión domiciliaria de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38G del C.P. al Juzgado que le vigila la condena de 34 meses de prisión que por el delito de Hurto le fue impuesta.

Expuso que ya ha transcurrido el término de ley para que le den la respuesta de fondo a su solicitud y advirtió que a la fecha ya cumple con los requisitos que trae la norma en comento para acceder a la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria.

Por otra parte, también destacó el actor que el Establecimiento Penitenciario donde se encuentra recluso ha incurrido en negligencia, pues no remite a las autoridades competentes la documentación que se requiere para que se analice de fondo su solicitud.

Refirió el accionante que a la fecha lleva entre descuento físico y redención de pena un total de 18 meses de prisión de los 34 que le impusieron como condena.

Solicita en consecuencia se le dé una respuesta a su solicitud de prisión domiciliaria y que se ordene al INPEC alleguen al despacho competente la documentación que requiere para resolver su solicitud.

INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

1. La Juez Tercera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en su respuesta, indicó que le viene vigilando la pena al accionante de treinta y cuatro meses de prisión impuesta por el

Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Apartadó por el delito de Hurto calificado y agravado. Que:

“2. En la fecha, a través de auto de sustanciación donde se avocó el conocimiento de las actuaciones, se dispuso requerir al Establecimiento Penitenciario de Apartadó, Antioquia, a efectos de que remita la documentación pertinente para resolver las solicitudes de libertad condicional y redención de pena deprecadas, dado que no fueron anexadas la resolución favorable o adversa emitida por el Penal para el subrogado mencionado, como lo exige el artículo 471 de la Ley 906 de 2004; tampoco fueron remitidos los certificados de calificación de conducta para analizar la viabilidad de reconocer la redención de pena deprecada por el sentenciado, tal como lo exige el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario.

Adicionalmente, en vista de que no fue remitida la documentación en original, como es lo habitual, sino fotos de celular, algunas en mal estado, fue necesario requerir al Establecimiento Penitenciario para que nuevamente aporte los certificados de actividades y la Cartilla Biográfica originales, de tal forma que se pueda revisar la documentación autentica y legible.

Así las cosas, una vez se remita la documentación que exige la Ley, se procederá a determinar si hay lugar a reconocer redención de pena y libertad condicional.

3. De otro lado, a través del auto interlocutorio No. 1918 de la fecha, se negó la solicitud de prisión domiciliaria del articulo 38 G de la Ley 599 de 2000, en atención a que el sentenciado no

cumple con el requisito objetivo de la mitad de la pena para su reconocimiento. Una vez se evalúe la redención de pena pendiente, el Despacho, de oficio, revisará nuevamente la posibilidad de otorgar la misma.

4. De lo anterior se desprende que el Despacho ha dado trámite a las solicitudes presentadas por el sentenciado, sumado al hecho de que esta acción constitucional no es la vía idónea para reclamar este tipo de inconformidades, considera esta Agencia Judicial que la misma no es procedente.”

2. El Asesor Jurídico de la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Apartadó expuso que el actor presenta fecha de captura del 03 de marzo de 2021, quien fue condenado a dos años de prisión, quien efectivamente radicó solicitud de prisión domiciliaria ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el 16 de septiembre de 2021 y que el día 21 siguiente el establecimiento carcelario radicó la redención de penas pertinente.

Advirtió que la decisión frente a las solicitudes está en cabeza del despacho, quien avocó conocimiento desde el 14 de septiembre de 2021 y que del Establecimiento Penitenciario todavía cuanta con términos para pronunciarse por lo que considera, no se ha prolongado la privación de la libertad del actor de manera indebida.

Expuso que el accionante ya ha presentado tres acciones de hábeas corpus a pesar de que se le ha indicado que no es esta la vía para solicitar beneficios, sin embargo, insiste.

Solicita se deniegue el amparo deprecado, pues reitera que no existe una prolongación indebida de la privación de la libertad.

PRUEBAS.

1. La Juez Tercera de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Antioquia, aportó:

- a) Auto de la fecha (6 de octubre de 2021), dentro del cual asumió el conocimiento del asunto; se destacó que existía solicitud del actor de libertad condicional y redención de pena, sin embargo: "...al revisar las fotos aportadas por el mismo, se tiene que no fueron anexadas la resolución favorable o adversa emitida por el Penal para el subrogado mencionado, como lo exige el artículo 471 de la Ley 906 de 2004; tampoco fueron remitidos los certificados de calificación de conducta para analizar la viabilidad de reconocer la redención de pena deprecada por el sentenciado, tal como lo exige el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario."

Y que dado que el centro Penitenciario no remitió la documentación en original como es habitual lo requeriría para que *"aporte los certificados de actividades y la Cartilla Biográfica originales, de tal forma que se pueda revisar la documentación auténtica y legible."*

2. Aportó igualmente interlocutorio de la fecha dentro del cual niega la solicitud de prisión domiciliaria, al establecer que: "el sentenciado aún no ha purgado el monto de la pena que objetivamente viabiliza la prisión domiciliaria, tal como lo exige el artículo 38G del Código Penal, puesto que su situación jurídica da cuenta de que al día de hoy ha descontado en total 425 días de la pena impuesta,

requiriendo como mínimo 515 días descontados para acceder al sustituto penal.”.

3. Oficio No. 3719 de la fecha mediante el cual hace los requerimientos al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó para que remita la documentación pertinente para analizar la situación de redención de pena por parte del accionante.

CONSIDERACIONES

Como es bien sabido, la acción de *hábeas corpus* consagrada en el artículo 30 Superior y desarrollada en la Ley Estatutaria 1095 de 2006, tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata el derecho fundamental a la libertad, cuando quiera que la persona sea privada de ella con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente.

Este mecanismo de protección, ampliamente reconocido en el ámbito internacional, procede de manera excepcional frente al incumplimiento, por parte de las autoridades judiciales, de las formalidades constitucionales y legales al momento de disponer la captura y la privación de la libertad de las personas, o cuando se lleva a cabo en estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, pero luego indebidamente se prolonga la misma.

La jurisprudencia ha precisado de manera reiterada que la procedencia de esta acción se encuentra supeditada a que el afectado con la privación ilegal de la libertad haya acudido primero

a los medios previstos en el ordenamiento legal dentro del proceso, pues de lo contrario el juez constitucional podría incurrir en una injerencia indebida sobre las facultades jurisdiccionales del operador natural de la causa.

Es claro, pues así ha sido reiterado, que si bien el *hábeas corpus* no necesariamente es residual y subsidiario, cuando existe un proceso judicial en trámite no puede utilizarse con ninguna de las siguientes finalidades: i) **sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad**; ii) **reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación a través de los cuales deben impugnarse las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal**; iii) desplazar al funcionario judicial competente; y iv) obtener una opinión diversa –a manera de instancia adicional- de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

Significa lo dicho que si la persona es privada de su libertad por decisión del funcionario competente, adoptada dentro de un proceso judicial en curso, las solicitudes de libertad tienen que ser formuladas inicialmente ante la misma autoridad; **y que contra su negativa deben interponerse los recursos ordinarios, antes de promover una acción pública de *hábeas corpus*.**

Ello, claro está, excepto si la decisión judicial que interfiere con en el derecho a la libertad personal puede catalogarse como una *vía de hecho* o se vislumbra la prosperidad de alguna de las otras *causales genéricas* que hacen viable la *acción de tutela*; hipótesis en la cual, aún cuando se encuentre en curso un proceso judicial, el *hábeas corpus* podrá interponerse en garantía inmediata del derecho

fundamental a la libertad, cuando sea razonable advertir el advenimiento de un mal mayor o de un perjuicio irremediable, en caso de esperar la respuesta a la solicitud de libertad elevada ante el mismo funcionario judicial, o si tal menoscabo puede sobrevenir de supeditarse la garantía de la libertad a que antes se resuelvan los recursos ordinarios.

En el presente caso, la petición de *hábeas corpus* no está dirigida a que se garantice el derecho a la libertad, sino a que el juez constitucional ordene al despacho que vigila la pena le dé respuesta a su solicitud de prisión domiciliaria radicada el pasado 16 de septiembre de 2021 y a que el Establecimiento Carcelario donde se encuentra recluso proceda a remitir a dicho despacho la documentación requerida para que se pronuncie de fondo.

Sobre este tema específico, ha dicho la Corte que:

“Por otra parte, la acción impetrada no es procedente para hacer efectivo el cumplimiento de la prisión domiciliaria en tanto que dicho mecanismo supletorio de la pena de prisión intracarcelaria no comporta la libertad del sentenciado sino únicamente la mutación del lugar de reclusión, como así se desprende del 38 del código Penal, que señala: «La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine».

Así las cosas, no puede aseverarse que exista una restricción ilegal de la libertad cuando no se ha formalizado el cambio de sitio de reclusión, de centro

carcelario a lugar de residencia o domicilio del penado, pues es ambos casos se trata de la restricción al derecho de libre locomoción.

Si bien el accionante invoca otros derechos diferentes al de la libertad que considera lesionados al no materializarse la prisión domiciliaria, los mismos no son susceptibles de la protección a través de la acción de habeas corpus, pues ésta fue instituida con la sola finalidad de proteger la libertad de las personas.”¹.

(Subraya fuera de texto).

Debe advertirse por demás, que la funcionaria accionada en la misma fecha en que se le notificó de la presente acción, procedió a pronunciarse sobre la petición elevada por el señor Henry Perea Ibarгүйen, negando la solicitud al encontrar que no cumplía con el requisito objetivo. Decisión que puede ser impugnada por aquél si a bien lo tiene.

Así mismo, procedió a requerir al Director del Establecimiento Carcelario de Apartadó, Antioquia para que remitiera la documentación pertinente y en debida forma para poder pronunciarse sobre la redención de pena deprecada, por lo tanto, se reitera, la presente demanda, es a todas luces improcedente.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, decisión HP1134-2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

En ese orden de ideas, se puede concluir que las entidades accionadas no han vulnerado el derecho a la libertad del accionante, pues lo que pretende éste es que se le otorgue la Prisión domiciliaria y dicha medida corresponde a una legítima privación de la libertad, sólo que la misma se da en el lugar de residencia del penalmente responsable o donde determine el juez cuando el mismo cumpla con las exigencias legales para su concesión.

Por las razones anotadas, se impone la negación de la acción constitucional elevada, advirtiéndole al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Apartadó que efectúe las acciones que sean necesarias para allegar al Juzgado que vigila la pena del actor la documentación pertinente y en debida forma, con el fin de que se pronuncie frente a la redención de pena en los términos requeridos dentro del oficio 3719 del 06 de octubre de 2021.

En virtud de lo expuesto, el suscrito Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia,

RESUELVE:

NEGAR la petición de amparo de libertad constitucional elevada por el señor HENRY PEREA IBARGÜEN. Se requiere al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Apartadó, Antioquia que efectúe las acciones que sean necesarias para allegar al

Juzgado que vigila la pena del actor la documentación pertinente y en debida forma, con el fin de que se pronuncie frente a la redención de pena en los términos requeridos dentro del oficio 3719 del 06 de octubre de 2021.

Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**2bcc4fcce6fd3cd0baf830e9f90594ac15c5b1ca693d1758f1ac7ce0
589713f1**

Documento generado en 07/10/2021 08:30:00 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de octubre dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 136

PROCESO : 2021-1405 (05615-31-04-003-2021-00070)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE
ACCIONADOS : MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y
la AFP PORVENIR S.A.
PROVIDENCIA : SENTENCIA DE SEGUNDA INST.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE contra la sentencia del 26 de agosto de 2021, a través de la cual el Juzgado Tercero Penal de Circuito de Rionegro (Antioquia) negó el amparo invocado por el actor que aducía presunta vulneración de los derechos fundamentales por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y la AFP PORVENIR S.A.

LA DEMANDA

Expuso el profesional del derecho que el señor JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE cumplió 62 años de edad, toda vez que nació el 30/01/1959 y ha cotizado más de 1498 semanas, ello sumado al tiempo laborado al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y el tiempo cotizado a la AFP PORVENIR S.A., cumple con los requisitos

legales para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, señala que no ha podido radicar de manera formal la solicitud de pensión, debido a que la AFP PORVENIR no se lo ha permitido, indicando que el Ministerio de Defensa Nacional no ha pagado el bono pensional, alegando que ha requerido en varias ocasiones al Ministerio para el pago del bono pensional, sin que haya obtenido respuesta favorable y ha transcurrido más de un mes desde que la AFP PORVENIR presentó la solicitud ante el Ministerio Defensa Nacional y no obtenido respuesta de fondo.

Afirma que el señor Loaiza Duque siempre veló por el sostenimiento económico del hogar, conformado por su esposa quien es ama de casa, pero desde el mes de diciembre de 2020 se encuentra desempleado por lo que no genera ingresos económicos, atravesando su grupo familiar una difícil situación.

Por lo anterior, solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene al Ministerio de Defensa Nacional que en el término perentorio que el Despacho señale, pague el valor de su bono pensional y así mismo, se ordene a la AFP PORVENIR que radique de manera formal la solicitud de garantía de pensión mínima de vejez del señor Jorge Ignacio Loaiza Duque sin poner más trabas, ni dilaciones.

LAS RESPUESTAS

1.- La Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional expuso que la competencia para resolver de

fondo lo solicitado por el accionante corresponde exclusivamente a la AFP PORVENIR, quien debe pronunciarse dentro de los términos establecidos y no eximirse de dar respuesta, aduciendo trámites administrativos ante otras dependencias, ya que cuenta con las opciones de recobro.

Afirma que el 10 de junio del presente año la AFP PORVENIR radicó la solicitud de emisión y pago del bono pensional y a partir de dicha fecha la Entidad cuenta con 3 meses para resolver de fondo de conformidad con lo establecido en el artículo séptimo del Decreto 3798 de 2003, ello en tanto se debe determinar si procede o no el reconocimiento del bono pensional.

Explicó que son múltiples las solicitudes de reconocimiento de bonos pensionales que se reciben a diario en esa Coordinación, por lo que se deciden de acuerdo a la fecha de presentación, para asegurar el acceso efectivo a tales prestaciones en condiciones de igualdad y debido proceso, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia T-293 de 2009.

Concluyó indicando que el bono pensional por los servicios prestados a ese Ministerio por el señor Jesús Ignacio Loaiza Duque se encuentra presupuestado para pago, en el mes de septiembre del año en curso, si no se presenta alguna novedad, por lo que solicitó desvincular a la Entidad del presente trámite tutela.

1.- La AFP PORVENIR S.A. Informó que si bien el señor Jorge Ignacio Loaiza Duque se presentó en las instalaciones de la Entidad con la finalidad de iniciar trámite reconocimiento de prestaciones de vejez, dicha solicitud se encuentra incompleta, habida cuenta que no

viene acompañada de la información obligatoria para realizar un estudio pensional y no se podrá definir una prestación sin la documentación base para su estudio.

Asimismo, señala que en el régimen de ahorro individual, una persona tendrá derecho a la pensión de vejez cuando el afiliado tenga un capital que permita pagar una pensión de por lo menos el 100% del salario mínimo, pero el accionante no cuenta con el capital que permita financiar su pensión.

De otro lado informó que el accionante acredita el número mínimo de semanas (1.150) y la edad requerida para acceder al beneficio de la garantía estatal de pensión mínima de vejez, requiriéndose para el estudio y aprobación el respectivo bono pensional que debe ser emitido por el Ministerio de Defensa Nacional. Para tal efecto anexó comunicación que soporta gestiones efectuadas por PORVENIR S.A. en el trámite de cobro del Bono Pensional ante el Ministerio de Defensa y que a la fecha no ha procedido con el trámite efectivo del bono pensional. Por lo que solicitó denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de Porvenir S.A.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia negó el amparo de la acción constitucional interpuesta por el señor Jorge Ignacio Loaiza Duque a través de apoderado indicando que si bien el 10/06/2021 la AFP PORVENIR radicó solicitud de pago del bono pensional ante el Ministerio de defensa, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3798 de 2003 la Entidad cuenta con 3 meses para su

emisión, motivo por el cual está dentro del término para resolver de fondo la pretensión y efectivamente la solicitud se encuentra incompleta por lo que es imposible su radicación efectiva ante la AFP PORVENIR, de ahí que en sentir del despacho no puede predicarse que las entidades han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, sumado a que no pueden cuestionarse vía tutela los requisitos exigidos y establecidos previamente para la radicación de solicitudes en materia pensional.

LA IMPUGNACIÓN

El apoderado del señor Jorge Ignacio Loaiza Duque impugnó la decisión señalando que su mandante cumple a cabalidad con los requisitos legales para acceder a la garantía estatal de la pensión de vejez desde el 30 enero de 2021 y PORVENIR no le ha permitido radicar de manera formal la solicitud de pensión, justificándose en que el Ministerio de Defensa Nacional no ha pagado el bono pensional del accionante, advirtiéndose un indiscutible actuar negligente de las entidades para resolver de fondo la solicitud.

Aduce que la sentencia de instancia obliga a su mandante a demandar por vía ordinaria, desconociendo el Juez la congestión de la Justicia Laboral, pues un proceso ordinario laboral podría durar aproximadamente 8 años de ir hasta la Corte Suprema de Justicia, por lo que el medio ordinario resultaría ineficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados.

Manifiesta que el Juez se equivoca al considerar que la AFP PORVENIR radicó la solicitud de pago del bono pensional ante el Ministerio de Defensa Nacional el 10/06/2021, toda vez que

mediante Resolución 7038 del 15/12/2020 se solicitó el reconocimiento y pago de la cuota parte a dicha entidad, sin que se hubiese pagado.

Insiste en que no se acude al mecanismo buscando el reconocimiento de la prestación económica, sino que se impartan instrucciones claras a ambas accionadas para que cese la violación de los derechos fundamentales de su representado, esto es para que el Ministerio de Defensa Nacional pague el valor del bono pensional y PORVENIR SA radique de manera formal la solicitud de garantía de pensión mínima del accionante. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de tutela proferida en primera instancia y se condene al Ministerio de Defensa Nacional tutelando todos los derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

Bien se conoce que el derecho de petición se encuentra regulado en el artículo 23 de la Constitución Política, como mecanismo de acceso de los asociados a la administración, a través de la presentación de solicitudes respetuosas que deben ser resueltas de forma clara, pronta y oportuna.

Siendo así las autoridades públicas, además de responder dentro de los términos establecidos, habrán de resolver las solicitudes y hacer conocer de los interesados su respuesta.

En este sentido ha señalado la Corte Constitucional¹:

¹ Sentencia T-761 de 2005.

“(..) reiteradamente la Corte Constitucional ha definido los componentes conceptuales básicos y mínimos del derecho de petición, señalando que dicho derecho fundamental comprende la posibilidad efectiva y cierta de elevar peticiones respetuosas ante los diferentes entes del poder público, facultad que está garantizada por la correlativa obligación impuesta a las autoridades de dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar las diligencias para dar la respuesta. El destinatario de la petición debe: a-Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. b-Resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas y c -comunicar prontamente lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa a sus pretensiones.

Los anteriores criterios tienen como fundamento los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición (...).”

Ahora bien, el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo señala que las peticiones deberán responderse en los 15 días siguientes a su presentación y también prevé que teniendo en cuenta el grado de dificultad o complejidad de la solicitud, la autoridad responda en un término mayor, previa explicación de los motivos y el señalamiento del plazo para responder.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes

respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Ahora, en materia de pensiones los plazos para dar respuesta a las peticiones son diferentes. Así, según la sentencia SU-975 de 2003, las autoridades públicas tienen un plazo máximo de *“4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 y 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001”*.

Y en lo que tiene que ver con afectación a la seguridad social, la doctrina constitucional ha sido clara y reiterada²:

4. En abundante jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de los derechos pensionales.

En efecto, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las prestaciones pensionales, imponen su improcedencia cuando el peticionario tiene otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos.

² Ver Sentencia T 210 de 2011.

5. Sin embargo, cuando dadas las circunstancias del caso concreto, los medios de defensa judicial ordinarios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales del peticionario, o cuando se puede prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente.

6. En este sentido, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, cuando el peticionario interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente.

No obstante, la Corte Constitucional, mediante las sentencias T-573 de 2002 y T- 259 de 1999, dispuso que excepcionalmente el juez de tutela puede, según el caso, no exigir la demostración del perjuicio irremediable pues, cuando la cesación del pago de mesadas pensionales se ha prolongado en el tiempo, se presume que se está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponde a la entidad encargada de pagar la prestación, desvirtuar esta presunción.

7. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que la acción de tutela es: a) *prima facie*, improcedente para el reconocimiento y pago de los derechos pensionales salvo que; b) el peticionario demuestre, al menos sumariamente, la existencia de un perjuicio irremediable o; c) que los medios judiciales ordinarios disponibles no son adecuados para proteger los derechos del peticionario. En todo caso, la mera afirmación de que se está sufriendo un perjuicio irremediable o de que el medio judicial ordinario es ineficaz, no basta para declarar la procedencia de la acción de tutela pues el accionante debe, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa. De todos modos, cuando la cesación del pago de mesadas pensionales se ha

prolongado en el tiempo, el peticionario no debe demostrar la afectación del mínimo vital, pues esta se presume.

Igualmente, la doctrina constitucional especificó a quienes se les considera como de la tercera edad y sujetos de especial protección constitucional³:

Por las razones explicadas en el acápite 2.1 de estas consideraciones, las controversias relativas al reconocimiento y pago de pensiones de vejez deben, por regla general, tramitarse ante la justicia laboral ordinaria. Sólo excepcionalmente, y sólo en tanto se den ciertas circunstancias concurrentes jurisprudencialmente establecidas, tal asunto puede tramitarse vía tutela. La primera de esas circunstancias es, como se dijo antes, el que la persona sea de la tercera edad. Si se equipara el concepto de tercera edad al de “edad de pensión”, tendríamos que lo excepcional –la posibilidad de acceder a la pensión de vejez por la vía de la tutela- se tornaría en la regla general, y la gran mayoría de las personas que llegan a la edad que las hace en principio acreedoras a una pensión de vejez tendrían al menos un primer argumento para acudir a la tutela, vía de suyo excepcional por mandato constitucional. De modo que, para estos fines, el concepto de “tercera edad” no puede asimilarse al de “edad de pensión”, pues se trastocaría totalmente la excepción en regla.

Precisamente debido a estas dificultades, algunas Salas de Revisión han adoptado un criterio distinto a los dos aquí mencionados que parte, razonablemente, de distinguir el concepto de “vejez” (que determina la posibilidad de acceder a una pensión), del concepto de “ancianidad” o “tercera edad”, que es el que auténticamente amerita una especial protección constitucional, y por lo tanto justificaría que, en concurrencia con otros requisitos, quienes se encuentren en dicha categoría especial puedan, en principio, acudir a la acción de tutela para reclamar su derecho a la pensión de vejez.

³ Ver Sentencia T-138 de 2010

Esa distinción ha permitido a la Corte establecer que el criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.

De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años.

En consecuencia, y a menos que concurren en algún caso concreto circunstancias específicas que ameriten hacer alguna consideración particular, sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a la tutela como mecanismo excepcional para lograr judicialmente el reconocimiento y pago de una pensión. Y, en tal caso, acreditado ese primer requisito, tendrán también que acreditar los otros requisitos de procedibilidad tales como la demostración de la afectación al mínimo vital, el despliegue de alguna actividad administrativa o judicial y la ineficacia del medio judicial ordinario.

Claro está que este criterio no es absoluto y pueden darse casos de personas que, aún sin llegar a la edad mencionada, requieran de la intervención urgente del juez constitucional para efectos de garantizar, a través del reconocimiento del derecho a su pensión de vejez, la protección de su derecho fundamental al mínimo vital. Pero,

sin duda, este criterio de edad permite tener un punto de partida objetivo y preciso para entrar en el análisis de procedibilidad de la tutela.

En el caso, se tiene que el accionante solicitó ante PORVENIR el inicio del trámite de reconocimiento de prestación de vejez y la entidad le dio respuesta y mediante comunicado el 18 agosto de 2021 indicó que la documentación se encuentra incompleta debido a que está pendiente el reconocimiento y pago de su bono pensional por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

Señaló igualmente que esa Sociedad Administradora de Pensiones el día 20 de octubre de 2020 por medio de radicado 200001162722900 envió cobro a Ministerio De Defensa Nacional y el 25 de febrero se recibió comunicación del Ministerio De Defensa Nacional por medio de radicado 010022210882960 informando que la redención ya se causó, por lo que se remite comunicación solicitando continuar con el pago del bono pensional.

Por su parte puede advertirse igualmente que el Ministerio de Defensa Nacional afirma que recibió la solicitud de emisión y pago del bono pensional por parte de la AFP PORVENIR radicada en el correo electrónico de esa dependencia el 10 de junio, por lo que se encuentra realizando los correspondientes trámites para proceder al pago, pero debido a las múltiples solicitudes de reconocimiento de bonos pensionales que se radican en esa entidad, se encuentra dicho trámite en turno.

Ahora, es claro que al señor JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE, la entidad AFP PORVENIR S.A. le dio una respuesta inicial a su petición, informándole los trámites realizados, encontrándose a la

espera de que el Ministerio de Defensa Nacional realice el reconocimiento y pago del bono pensional y una vez el accionante llegue la aceptación de su historia laboral se procederá a realizar las gestiones con el fin de solicitar el pago y acreditar los valores en su cuenta de ahorro individual. Y así mismo, el Ministerio de Defensa Nacional se encuentra realizando las diligencias pertinentes para el reconocimiento y pago del bono pensional, constatándose con lo incorporado en el trámite constitucional, que no se han desbordado los términos de manera significativa para el momento en que se emitió el fallo de primera instancia.

Por otra parte, observando los documentos allegados, se puede colegir que el accionante nació el 30 de enero de 1959, por lo cual para la fecha cuenta con 62 años de edad, de tal suerte que no puede catalogarse para los presentes efectos y conforme con la doctrina constitucional, como persona de la tercera edad, sujeta a especial protección constitucional, como lo afirma el profesional del derecho.

Y si bien el apoderado del señor JORGE IGNACIO LOAIZA DUQUE argumenta que se está vulnerando el mínimo vital, pues la familia está atravesando una difícil situación económica, no presenta ninguna prueba siquiera sumaria sobre estos aspectos.

En ese orden de ideas, es claro que la solicitud de pensión del accionante depende en estos momentos de la respuesta sobre emisión del bono pensional que debe dar el Ministerio De Defensa Nacional ante peticiones presentadas por la entidad AFP PORVENIR S.A. ya que sin ella, la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda no podría emitir el acto administrativo de

garantía de la pensión mínima, si esta llegare a ser procedente. Pero es claro que el tema en discusión debe ser resuelto inicialmente por las entidades involucradas y en caso de no ser favorable para el accionante, el tema debe ser puesto en conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Puede advertirse que este es un tema de resorte de los jueces ordinarios y solamente cuando exista plena claridad sobre el derecho que le asiste al accionante y se utilice la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, puede el Juez Constitucional pronunciarse al respecto.

Se reitera pues que la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable y en el presente caso el afectado tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial, como lo es, acudir ante la jurisdicción competente.

Y en el caso que ahora nos ocupa, el señor JESUS IGNACIO LOAIZA DUQUE no presentó ningún medio de convicción para demostrar el perjuicio irremediable, como sería que la falta del reconocimiento de la prestación, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, ni acreditó siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, ya que esto no puede presumirse, pues como se ha dejado claro, el actor no pertenece al grupo de la tercera edad, conforme con la doctrina constitucional analizada.

Así las cosas, se insta al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL para que brinde información a la AFP PROVENIR sobre el bono pensional correspondiente al señor Jesús Ignacio Loaiza Duque en el menor tiempo posible.

En consecuencia, se confirmará el fallo impugnado.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**80a026189f2ca916a9c2271e7fbd49022787bc9ede3a196179bdc2b
46010cd07**

Documento generado en 07/10/2021 12:20:05 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de septiembre dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 130

RADICADO : 051546100191201580066 (2020 0198)
DELITO ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO : HUGO ARMANDO NARANJO GONZÁLEZ
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, contra el fallo proferido el pasado 23 de enero de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca (Antioquia), mediante el cual decidió CONDENAR a HUGO ARMANDO NARANJO GONZÁLEZ, quien fuera acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto autor del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Los hechos fueron puestos de presente a las autoridades el 15 de julio de 2015, cuando el señor MAIKOL RUBÉN GRANDA PALACIOS, en las instalaciones de Policía de Infancia y Adolescencia, denunció al señor HUGO ARMANDO NARANJO GONZÁLEZ porque una vecina le contó a su mujer que este sujeto estaba tocando a su hija menor (V.G.T. nació el 31 de agosto de 2006) quien además padece de autismo leve y al interrogar a la niña dijo que el señor de la tienda, don Hugo, le tocaba la vagina y la nalga. Informó el denunciante que el presunto agresor administraba una tienda en el barrio El Águila del municipio de Caucasia.

Por estos hechos, el 12 de diciembre de 2017, la Fiscalía formuló imputación ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Caucasia donde le endilgaron cargos al imputado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 del C.P.), agravado (No. 7º art. 211 ídem). Se impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad, en donde el 07 de junio de 2018, se formuló la acusación por la misma conducta delictiva. La audiencia preparatoria fue realizada el 10 de septiembre de 2018 y el juicio oral se desarrolló los días 20 de septiembre de 2018; 08 de febrero, 11 de junio; 01 de octubre; y 02 de diciembre de 2019. En esta última diligencia se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio, el despacho revocó la medida preventiva de detención domiciliaria y se ordenó el traslado del procesado al E.P.C. de Caucasia¹.

El 23 de enero de 2020, se dio trámite a la lectura del fallo.

¹ Cfr. Fl. 168 vto. del expediente.

LA DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

El Juez de primera instancia al valorar los medios probatorios practicados durante el juicio y tener en cuenta los lechos objeto de estipulación, concluyó que en el presente caso, todas las pruebas recaudadas ratifican el abuso al que fue sometida la menor, quien por demás, dio a conocer los hechos dentro del juicio y quien, en razón a su condición de autista, según lo expuesto por la sicóloga, incrementa el nivel de credibilidad sobre lo declarado, sin que su afección de discapacidad cognitiva leve le impida dar a conocer las situaciones de abuso a las que fue sometida por el sentenciado.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado en término oportuno, interpuso y sustentó el recurso de apelación. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. Pretende controvertir la decisión plasmada con las pruebas practicadas y los conceptos y estudios científicos que sobre el tema de discapacidad cognitiva y condición de autista existen en psicología y neurología, pues considera que el juez de primera instancia no los tuvo en cuenta.

Para ello, en primer lugar, se refirió a lo dispuesto por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 e hizo alusión a lo manifestado bajo la gravedad de juramento por el señor Maikol Rubén Granda Palacio, quien sobre los hechos expuso que una vecina les dijo que vio al

señor Hugo Armando tocando a la niña y su esposa al confrontar a la niña sobre si alguien la estaba tocando o manoseando ella respondió que no.

Consideró que con dicha afirmación bastaba para derrumbar los argumentos expuestos respecto de la responsabilidad penal de su cliente, ya que el testigo fue contundente en afirmar que nadie estaba tocando a la menor, por lo tanto, advierte, que contrario a lo expuesto en la sentencia existen dudas sobre lo dicho por la menor y sus padres quienes manifestaron tener contacto directo con aquella al momento de interrogarla.

2. Expuso el censor que no puede tenerse como absolutamente sinceras las aseveraciones que hizo la menor en razón a su especial condición y discapacidad y lo argumentado por el juez (incremento del nivel de credibilidad del relato sobre los hechos en razón a su condición de autista), entraña en él subjetividad, porque es abiertamente contraria esa conclusión a la que los estudios sobre el tema han arrojado.

Para soportar tal afirmación, trajo a colación lo expuesto en una tesis de la facultad de sicología de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, que a grandes rasgos señala que autores como *“Gudjonsson y Henry (2003) aseguran que las características de niños en condición de discapacidad cognitiva entorpecen la declaración...”*, porque son mas susceptibles a la sugestión ya que tienen alterados, entre otros procesos básicos, el de la memoria y la atención.

De ahí concluyó que frente a estas personas cobra más vigencia *“la teoría de la manipulación del testimonio”*, si además de lo anteriormente expuesto se analiza el testimonio de la madre de la menor víctima, quien expuso que ella le dijo a la niña *“a mí me contaron que el señor*

Bernardo te toca...” afirmación que considera, “*siembra es una gran duda*” en tanto no puede especificarse, partiendo de la condición especial de la niña, si se trataba realmente del señor Bernardo, del señor Hugo (el de la tienda) o de otra persona, o si realmente existió el tocamiento, duda que se tornó insalvable si en cuenta se tiene que la única prueba capaz de establecer el convencimiento en el juez, conforme el artículo 381 del C.P.P., lo constituía el testimonio de la vecina, que se supo corresponde al nombre de Yamile Jaraba.

Además de lo anterior, señaló que de lo expuesto por la neuropsicóloga que compareció al juicio, se extrajo que con respecto a la condición de la infante, son personas que tienden a ser más manipulables, de donde se puede concluir que la menor aparte de haber sido influenciada, ejercieron sobre ella confusión sobre el tema, mismo que llevó al juicio oral donde se observó en ella un lenguaje repetitivo propio de su condición autista, sin ir más allá. Por ello, advierte, no es suficiente para concluir inequívocamente la responsabilidad del procesado en el hecho que se le imputa, pues conforme con lo expuesto por la sicóloga, al preguntársele si la niña manifestó con qué parte del cuerpo fue tocada, indicó que no, lo que denota que la menor responde a preguntas sólo por hacerlo sin tener una información clara al respecto.

Afirmó que las anteriores consideraciones extraídas de lo sucedido en el juicio, llevan a concluir que el señor NARANJO GONZÁLEZ es ajeno a los hechos por los que fue acusado, sin que la Fiscalía haya llevado suficiente material probatorio para derruir la presunción de inocencia que le asiste y por ello la decisión tomada no debió ser de carácter condenatorio, pues ello incluso va en contravía de lo que ha expuesto la Corte Constitucional sobre ese tema, por ejemplo, en

sentencia C-289 de 2012 donde se señaló que *“Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie”*.

Reiteró que la entidad de las pruebas que se debatieron durante el juicio, no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, más aún cuando existieron en esas aseveraciones circunstancias que generaron duda sobre el dicho de la menor referente a la existencia del acto sexual y sobre su perpetuador.

En cuanto a la duda, solicita se tenga en cuenta lo expuesto en la sentencia C-782 de 2005, donde se contempla al proceso penal como instrumento para juzgar sin que necesariamente sea para condenar ya que también se imparte justicia cuando se absuelve.

3. Por otra parte, destacó el impugnante, que en el presente caso hubo vulneración al derecho de defensa técnica, ya que su antecesora no ejerció adecuadamente su función destinada a controvertir la pretensión de la contraparte como solicitar pruebas tendientes a construir una teoría del caso; contrainterrogar adecuadamente, pues simplemente realizó preguntas directas, lo que denota su poco o nulo conocimiento sobre el proceso regulado por la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, para solicitar se analice la posible causal de nulidad por cuanto su asistido estuvo técnicamente desprotegido en su garantía fundamental de defensa a pesar del acompañamiento que tuvo de un profesional en derecho.

CONSIDERACIONES

Son tres los problemas jurídicos planteados por el impugnante ante esta Corporación.

(i) Las pruebas practicadas no logran alcanzar el estándar que exige el artículo 381 del C.P.P. (ii) el testimonio de la menor reconocida como víctima no puede tenerse como determinante para demostrar la existencia del hecho imputado o su autor (iii) nulidad por falta de defensa técnica.

1. La Sala en primer lugar hará el estudio sobre el último punto objeto de cuestionamiento, toda vez que de existir a lo largo del proceso irregularidad que afecte de manera determinante el derecho de defensa que le asiste al sentenciado, necesariamente se habrá de retrotraer la actuación hasta ese punto procesal y por tanto carecería de objeto realizar un análisis sobre el debate probatorio.

En ese sentido, la Corporación para efectos de establecer la posible irregularidad planteada, procedió a escuchar atentamente lo sucedido en la audiencia preparatoria y del respectivo juicio oral y pudo corroborar que no le asiste la razón al censor, quien si bien plantea una ausencia de defensa técnica por desconocimiento de la sistemática procesal de quien ejerció tal labor y porque no fueron solicitadas las pruebas tendientes a construir una teoría del caso, no especificó qué tipo de pruebas fueron las que debieron practicarse ni demostró cómo las mismas podrían haber influido en la decisión tomada por el fallador, lo que es fundamental explicar para la demostración del quebrando. Tampoco supo expresar qué yerros específicos cometió su antecesora en la práctica del

contrainterrogatorio y cómo sin ellos la conclusión a la que llegó el fallador hubiese sido contraria.

Para esta Corporación, el solo hecho de no haberse solicitado pruebas en la audiencia preparatoria por la parte defensiva no significa que el acusado estuviese desprovisto de asistencia jurídica, a menos que se hubiese evidenciado que ello obedeció al desconocimiento, desidia o torpeza de la profesional y que efectivamente se dejaron de practicar pruebas determinantes para la solución del caso, dejando al procesado a merced de la parte acusadora, lo que no se advierte en el presente caso.

Es claro que la defensa posee la facultad de pedir las pruebas que considere pueden refutar la pretensión de la Fiscalía, pero también puede suceder que el mismo acervo probatorio que pide dicha parte y la pertinencia que argumenta sobre ella le interese a la defensa para controvertirla durante el contrainterrogatorio. También se puede presentar que la parte al conocer los elementos materiales probatorios en poder de la Fiscalía los considere insuficientes para llevar al convencimiento del fallador de emitir una sentencia de condena y en esa medida, al tener el ente acusador la carga de la prueba para derrumbar la presunción de inocencia, la defensa puede prescindir de solicitar pruebas y dedicarse a refutar las que ingrese su contraparte. Por ello, es importante analizar cada caso en concreto a fin de establecer si la omisión obedeció a una actitud de negligencia o impericia o como en el presente caso, a una estrategia defensiva.

Lo anterior puede advertirse cuando la defensora que compareció a la audiencia preparatoria advirtió que el descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía se cumplió de manera oportuna y que, si bien no contaba con elemento material probatorio alguno para descubrir

o enunciar, se reservaría el derecho a controvertir las que allegue su contraparte. Actitud que denota en la profesional del derecho el conocimiento que posee sobre el carácter adversarial del sistema procesal y de alguna manera su estrategia defensiva².

Con respecto al cuestionamiento que hace el censor sobre la actuación ejercida dentro del juicio por su antecesora, debe señalarse en primer lugar que no se menciona qué aspecto debió ser tratado para sacar adelante la estrategia defensiva y que fuera omitido por la profesional, pues simplemente advierte de manera generalizada que no realizó el conainterrogatorio en debida forma y que de ahí denota desconocimiento sobre tal ejercicio procesal, no obstante esta Corporación pudo evidenciar que la abogada cumplió con su tarea de intentar controvertir las pruebas que sobre los hechos materia de investigación fueron llevadas al juicio y si bien es cierto la estrategia no logró el cometido de sembrar duda sobre la ocurrencia de los hechos, al no ser acogida por la primera instancia, ello no da lugar a cuestionar su labor ni elevar solicitud de nulidad por carencia de defensa técnica.

Contrario a lo expuesto por el impugnante, la Sala pudo corroborar que quien representó los intereses del acusado al momento del juicio, dio a conocer su estrategia defensiva a la hora de presentar la teoría del caso, misma que fue acorde a la actitud asumida en la audiencia preparatoria y que consistió en controvertir las pruebas de la contraparte para enseñar a la judicatura que con las mismas no podría llegar al estándar de conocimiento exigido por el legislador para derruir la presunción de inocencia³.

² Cfr. Min. 7:00 audiencia preparatoria celebrada el 10 de septiembre de 2018.

³ Cfr. Min. 6:15 audiencia inicio del juicio oral celebrada el 20 de septiembre de 2018.

Es preciso recordar que sólo la hipótesis concerniente a la falta de defensa técnica daría lugar a rehacer la actuación, porque no es posible repetir la audiencia preparatoria por simple conveniencia o para facilitar un cambio de estrategia defensiva.

Posición que ha venido imperando como se puede observar en decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁴:

Esta Corporación⁵ ha precisado que el derecho de defensa se caracteriza por ser permanente, ser intangible *–en tanto es irrenunciable–* y, por ser una garantía material o real *«en cuanto su ejercicio corresponde a actos positivos de gestión defensiva orientados a refutar la pretensión punitiva del Estado, sin que pueda tratarse de una simple asistencia formal o nominal»*⁶.

De suerte que el desconocimiento de esta prerrogativa indudablemente genera la ineficacia de la actuación y dado su especial carácter de irrenunciable e inalienable, no puede ser convalidable ni insubsanable, por lo que la consecuencia directa es la de retrotraer la actuación a fin de sanearla.

Cabe señalar que esta garantía se manifiesta, de una parte, en las actuaciones desplegadas por el mismo procesado en ejercicio de la defensa material y, de otra, con la representación de un profesional del derecho especializado e idóneo *«de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficiente para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso»*⁷, por medio de la defensa técnica; la que a diferencia de lo previsto para el sistema inquisitivo regido por la Ley 600 de 2000, no puede ser pasiva,

⁴ Ver CSJ AP3975-2019 Rad. 55830 del 17 de septiembre de 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier

⁵ CSJ SP, 19 jul. 2016. Rad. 48371. Cfr. CSJ SP, 11 jul. 2007. Rad. 26827.

⁶ CSJ SP 19 jul 2016, Rad. 48731

⁷ CC. C-210 de 2007

ausente y expectante, sino que está llamada a ser proactiva y suscitar el debate en un espacio regido por la igualdad de armas.

Precisamente, ha sostenido esta Corporación⁸ que como prerrogativa real o material, el derecho a la defensa y especialmente desde la defensa técnica, se advierte quebrantado cuando: i) hay ausencia absoluta de un profesional del derecho, ii) por la falta de actos positivos de gestión o iii) cuando el profesional del derecho carece de las mínimas habilidades, conocimientos y experticia requerida para actuar en el proceso penal.

En esa misma línea, la Corte Constitucional ha señalado tres presupuestos para tener en cuenta cuando se predica el quebranto del derecho de defensa, en la modalidad de defensa técnica, así:

1. La vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica no puede darse como consecuencia de la utilización de una estrategia de defensa.

2. La ausencia de defensa técnica debe tener repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del imputado y debe evaluarse dentro del contexto general del debido proceso y

3. Las deficiencias de la defensa técnica no pueden ser el resultado de la intención de evadir las consecuencias del proceso.

(...)

Como se advirtió en líneas anteriores, el derecho de defensa no se vulnera por la simple divergencia de criterios entre un nuevo abogado y quien actuó con antelación, pues la convicción de haber efectuado un mejor trabajo o contar con una mejor visión del proceso no puede demeritar la labor desarrollada por el profesional del derecho que intervino con

⁸ CSJ SP100-2018

antelación, pues ello sería tanto como imponer fórmulas uniformes o plantillas de defensa, lo que a todas luces resulta imposible.

(...)

Así las cosas, como en el presente evento el recurrente sólo planteó una inconformidad a la estrategia planteada por quien le precedió en la representación judicial de los intereses de su prohijado, repudiando en términos genéricos la actividad procesal que rigió su desempeño, no se accederá a la petición de nulidad elevada, pues se insiste, no se determinó que la defensora que intervino en la solicitud probatoria hubiese asumido una actitud procesal negligente o fuera alejada de los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado –con especial énfasis en el área del derecho penal- le demandaba.

(Resalto fuera del texto original).

Conforme con lo anterior, dado que la Corporación no advierte la carencia de defensa técnica que señaló el quejoso y por ende la existencia de alguna causal de nulidad, la pretensión elevada al respecto no prospera, máxime cuando además se pudo observar por esta Corporación que durante la práctica probatoria, la señora defensora procedió en debida forma a contrainterrogar a los testigos sobre los aspectos que consideró eran relevantes para poner en duda los hechos de la acusación.

2. Pasa la Sala a analizar los argumentos de la defensa en cuanto a que con las pruebas practicadas durante el juicio no se logra alcanzar el estándar que exige el artículo 381 del C.P.P. para emitir fallo de condena y frente al testimonio rendido por la menor reconocida como víctima de quien señaló el censor, no puede

tenerse como determinante para demostrar la existencia del hecho imputado o su autor.

La Sala una vez escuchó con atención lo sucedido dentro del juicio, pudo determinar que frente a los hechos objeto de acusación, la Fiscalía llevó al juicio oral el testimonio de los padres de la menor VGT, quienes sobre el conocimiento que tuvieron de los hechos, indicaron que lo obtuvieron a través de una vecina quien les manifestó que el señor Hugo estaba tocando a la niña en la tienda.

Frente a tal aspecto, en primer lugar declaró el señor **Maikol Rubén Granda Palacio**⁹, padre de la menor víctima, quien señaló que interpuso la denuncia, porque su hija hizo referencia a que el señor Hugo Armando la estaba tocando, lo que sucedió años atrás cuando una vecina les dijo que observó al señor Naranjo González tocando a la niña y su esposa lo que hizo fue preguntarle a la menor si alguien la había tocado y la niña respondió que no por lo que su cónyuge le dijo: *“pero es que a mí me contaron que don Bernardo”* tío del testigo, *“te estaba tocando”* y la niña lo que le respondió fue: *“No. No es don Bernardo. Es Hugo el de la tienda”*. Para esa época la niña contaba más o menos con 9 años.

En cuanto a la negación de los hechos que hizo la menor en un principio, de la que echa mano la defensa para señalar que por esa sola afirmación que hizo su padre, bastaría para derrumbar la argumentación conclusiva de responsabilidad expuesta en la sentencia, debe señalarse que esa situación fue objeto de explicación por el propio declarante al ser interrogado por la Fiscalía al respecto, de donde expuso que ello obedeció a que la niña sufre de autismo, es introvertida, no se relaciona fácil con las personas y

⁹ Cfr. Min. 12:55 y ss. del Reg. de audiencia celebrada el 20 de sep. de 2018.

es muy callada, por lo que una de las formas por las cuales dice las cosas es haciéndole ver en otro sentido para que ella pueda decir la verdad.

Así mismo, se le preguntó frente a la forma como fue interrogada la niña por la madre, quien le dijo que le habían contado que Bernardo la estaba tocando, si ello no podría ser una forma inductiva y afirmó que no porque la niña dice la verdad, característica que corresponde a su condición de autista y que para ese entonces la menor no valoraba lo que le sucedía, pero ahora ha tenido un poco más de pudor por lo que como padres ellos le hablan.

Aclaró que a pesar de que su hija tiene un problema para hacerse entender verbalmente, se comunica con todo el mundo y entiende lo que se le dice y sucede.

Conforme con lo anterior, puede señalarse que no por el hecho de que la niña al momento en que su madre le pregunta si alguien la había tocado y contestar que no, quiere decir, como de manera ligera lo propone el censor, que nadie estaba tocando a la niña o que por ese solo hecho surjan dudas frente al testimonio rendido por ella o frente al que ofrecieron sus padres. Lo que se impone es la valoración conjunta de la prueba para establecer si con la misma se llega al estándar de conocimiento requerido para condenar.

Ahora, se pregunta el impugnante si las aseveraciones de la menor, dada su condición especial tienden a ser absolutamente sinceras y a su vez responde "*categoricamente*" que no, haciendo alusión a lo expuesto en la sentencia sobre ese aspecto y calificando de subjetiva la posición del fallador porque es contrario a los estudios que se han plasmado sobre la materia.

Frente a ello trajo a colación una tesis de la facultad de psicología de la Universidad Javeriana de Bogotá, donde se señala que “*las características de niños en condición de discapacidad cognitiva entorpecen la declaración*”, por ser más susceptibles a la sugestión, porque tienen alterados sus procesos básicos, especialmente el de la memoria.

Con relación a tal argumento, la Sala le recuerda al impugnante que para efectos de la crítica probatoria sólo es posible analizar aquellos elementos materiales probatorios y medios de conocimiento que hayan sido decretados y practicados en juicio bajo las reglas del debido proceso probatorio. Lo cual no ocurre con los conceptos emitidos en la tesis aducida.

Conforme a dicha tesis, el censor, consideró que cobra vigencia la teoría de la manipulación del testimonio y frente al caso en concreto trajo a colación lo dicho por la madre de la víctima¹⁰ cuando afirmó que le dijo a su hija que le habían contado que Bernardo la había tocado, para decir que esa situación siembra una gran duda, porque, partiendo de la condición de la menor, no se podría especificar “*si se trataba verdaderamente del señor BERNARDO, del señor HUGO el de la tienda, de otra persona o si verdaderamente si existió el tocamiento*”. Así mismo, consideró que para haber salido de esa duda que pregona, debió llamarse al juicio a la señora Yamile Jaraba, quien fuera señalada por los padres de ser la persona que inicialmente les dio la información de haber observado al acusado hacer tocamientos libidinosos en la menor víctima.

Frente a ello, debe decirse en primer lugar, que con la afirmación que le hizo la madre a la menor, no se advierte que haya procedido a sugestionarla para que inculpara falsamente al señor Hugo

¹⁰ Cfr. Min. 39:20 ídem.

Armando Naranjo de unos tocamientos inexistentes, por el contrario, la señora Jasmín Juvemi Toro Pérez fue enfática en afirmar que le había dicho a la niña que le habían contado que Bernardo la estaba tocando, porque no creía sobre la información que le había dado su vecina respecto del señor Hugo, pues era una persona muy allegada a la casa y porque Bernardo también se mantenía en la tienda; quería que la niña le dijera otra cosa, pero la niña le indicó quien la tocaba en sus partes íntimas era Hugo¹¹.

Es decir, si en gracia de discusión se hubiese presentado sugestión para que la niña inculpara a alguien sobre tocamientos sexuales, la misma estaría dirigida a inculpar a Bernardo y no a Hugo.

No obstante, según lo expuso la madre, la reacción de la niña cuando le mencionó sobre lo que le contaron de Bernardo, fue que contestó que quien la tocaba era Hugo y que esos tocamientos los hacía en sus partes íntimas.

Si bien para esta Sala, es factible que la niña luego del conocimiento que tuvieron los padres acerca de los tocamientos de los que fue objeto, pudieron sembrar en ella la angustia que percibió la psicóloga que presentó la valoración en juicio¹², -en tanto que, los progenitores no mencionaron ninguna reacción en la niña cuando se le preguntó inicialmente y ello corresponde a su condición especial, de la que podría concluirse que no tiene capacidad de asimilar o comprender que esos tocamientos eran inapropiados-, por ese hecho no puede descartarse que lo dicho por ella sea cierto, pues la niña le manifestó a sus padres que el señor Hugo la tocó en su vagina y las caderas, al igual que lo exteriorizó ante la sicóloga¹³ y en el juicio indicó que el

¹¹ Cfr. Min. 43:30 y ss. ídem.

¹² Cfr. Min. 15:20 y ss. del Reg. de audiencia de juicio oral celebrada el 11 de junio de 2019.

¹³ Cfr. Min. 17:55 y ss. y 23:00 y ss ídem.

señor Hugo la tocó en su vagina, luego de haberse preguntado si conocía cuáles eran las partes íntimas y haber afirmado que sí, al igual que se le preguntó cuáles eran y contestó que los senos y la vagina¹⁴.

Ahora, en cuanto a la afirmación que hace el censor en el sentido de que para el presente caso la única prueba que podría dar el conocimiento requerido para condenar hubiese sido la declaración de la vecina Yamile Jaraba, no es atinada ya que el sistema procesal colombiano no cuenta con tarifa legal probatoria, por el contrario, se rige por la libertad probatoria y debe ser aplicado por el operador jurídico, al momento de la valoración probatoria, los postulados de la sana crítica.

El censor hace alusión a lo dicho por la Neuropsicóloga DIANA PATRICIA CASTRILLÓN PÉREZ, en el sentido de que las personas que se encuentran en la condición que está la menor víctima los hace más manipulables y de ahí concluye que la menor V.G.T. *“aparte que fue influenciada, ejercieron sobre ella una confusión sobre el tema”*, misma que llevó al juicio, conclusión que no se observa, pues no se entiende, se reitera, cómo al habersele hecho la afirmación de haberse enterado que Bernardo la estaba tocando, se hubiese podido manipular para que señalara falsamente al acusado sobre ello.

Destacó el censor que dentro del juicio la menor usó un lenguaje repetitivo (propio del autismo) y sin ir mucho más allá y de ello concluye que contrario a lo expuesto por el A quo, con el dicho de ésta no se logra deducir inequívocamente la ocurrencia del hecho en cabeza de su prohijado, sin embargo, resulta diáfano que

¹⁴ Cfr. Registro de audio No. 2.

atendiendo precisamente la condición de la menor, no es posible exigirle en su declaración precisión en los detalles como si se tratase de una persona en condiciones normales para efectos de dar crédito a su exposición, porque ello conllevaría a establecer que por la discapacidad o por su condición de autista que conforme a lo declarado por las profesionales que la atendieron, le impide comunicarse adecuadamente, todo aquello que diga carece de relevancia o de veracidad, lo que resultaría a todas luces discriminatorio.

También cuestiona el censor que al ser interrogada la psicóloga Andrea Quintero si la niña manifiesta con qué parte del cuerpo la tocaron y dijo que no, resaltando el quejoso que ni siquiera se estableció en forma exacta el tocamiento, ni tampoco describió al agresor, de donde extrae que la menor víctima responde a preguntas solo por el hecho de hacerlo sin tener una información clara al respecto.

Sobre tal afirmación debe señalarse que, como se dijo anteriormente, la niña presenta problemas para darse a entender con fluidez, como claramente se estableció dentro del juicio, sin que por ello el Estado, la sociedad o su familia, deba dejarla a merced de personas inescrupulosas que se aprovechan de esa circunstancia para convertirla en objeto de satisfacción de apetitos desviados, por el contrario, merece mayor protección y atención, atendiendo el interés superior con que cuenta no sólo por ser una infante que al momento de los hechos contaba con 8 años de edad, sino también por su condición de discapacidad que la hace más susceptible a ser víctima de este tipo de flagelos.

En cuanto a lo concluido por el censor conforme con las críticas previamente analizadas, en el sentido de que apuntan a que el

señor NARANJO GONZÁLEZ es ajeno a los hechos investigados por una parte y por otra, la falta de pruebas allegadas por el ente acusador para que se pueda emitir fallo condenatorio, apelando por la aplicación del In dubio pro reo, al considerar que no se socavó la presunción de inocencia que le asiste a su representado, debe señalarse que dicha postura es parcializada y corresponde a una valoración aislada de las pruebas.

Es que para esta Corporación resulta diáfano que las pruebas valoradas en su conjunto, logran llevar a la judicatura al conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia de los hechos investigados, así como como también a la responsabilidad penal del acusado, porque de lo que se pudo extraer de las pruebas, fue que efectivamente los señores Maikol Rubén Granda Palacio y Jasmín Juveni Toro López, por información que les dio una vecina de nombre Yamile Jaraba, se enteraron que su hija V.G.T. quien para la fecha de los hechos contaba con ocho años de edad y quien padecía de discapacidad cognitiva leve y de autismo leve, -padecimiento que resulta evidente en la menor cuando intenta expresarse verbalmente-, fue objeto de tocamientos de carácter libidinoso por parte del señor Hugo Armando Naranjo González.

En razón a lo anterior, conforme con las pruebas que se practicaron, se logró establecer que a raíz de esa información los padres procedieron a interrogar a la menor, quien si bien al preguntarle si alguien la había tocado expresó que no, para efectos de asegurarse le indicó su madre que le habían contado que el señor Bernardo la había tocado y su reacción fue expresar que quien la había tocado era Hugo. También procedieron los padres a preguntarle a la menor dónde fue tocada por el señor Hugo y ésta manifestó en su vocabulario que los tocamientos fueron en la vagina y su cadera, lo que a todas luces corresponde a actos sexuales, mismos que en

razón a la edad de la niña y por su padecimiento, la conducta se tipifica en los artículos 209 y 211 No. 7º del C.P., pues se estableció que era menor de 14 años al momento de los hechos y padecía de discapacidad psíquica evidente, por lo que el acusado, quien según los padres de la niña era una persona allegada a la familia, conocía de esa circunstancia y realizó los actos aprovechándose de la misma.

Lo anterior fue corroborado por la sicóloga Andrea Quintero Pérez, profesional que a través de diferentes técnicas pudo concluir que efectivamente la menor V.G.T. fue objeto de abuso sexual por parte del señor Hugo y explicó de manera diáfana la forma de llegar a dicha conclusión, al abordar a la niña en una entrevista con el apoyo de su madre y a través de mímica y señales, donde señalaba cada parte del cuerpo y al llegar a la pelvis, la infante nombra a Hugo y estalla en llanto. Lo mismo sucedió con otra actividad practicada donde a través de unas figuras referenciaba a varias personas y al momento de mencionarle a Hugo, la niña inmediatamente suelta la figura y se torna afectada.

Aunado a lo anterior se contó también con el testimonio directo de la menor víctima dentro del juicio, de quien, si bien se percibió dificultad para declarar, la misma correspondía a su condición especial de discapacidad cognitiva y de autismo, sin que por ese hecho deba ser excluido tu testimonio de valoración o de desmerecer la credibilidad de sus afirmaciones.

Con respecto al testimonio rendido por la menor víctima V.G.T., dentro del juicio, expuso que tenía 12 años de edad; estudiaba en el colegio Santa Teresita y que estaba en sexto grado. Su madre se llama Yasmín Juvemi Toro, vive en Loma Fresca y con la ayuda de

la delegada del ICBF indicó que quedaba en el municipio de Caucasia¹⁵.

Se le preguntó si conocía las partes íntimas del cuerpo y dijo que sí, se le pidió que las nombrara y dijo: con dificultad “los senos y la vagina. La interrogadora le dijo que esas eran las partes íntimas de las mujeres y le preguntó por la de los hombres a lo que respondió no saber. Se le preguntó si alguien había tocado sus partes íntimas y contestó que sí. Igualmente fue interrogada por quién había tocado sus partes íntimas y señaló que fue el señor Hugo¹⁶.

Se le preguntó quién es ese señor? Y respondió con dificultad: “*un señor que trabaja en una tienda*”¹⁷. Igualmente se interrogó sobre el sitio donde quedaba la tienda Y contestó: “*por la caseta comunal.*” Se le preguntó: ¿qué te pasó con él? Recuérdanos eso. Qué pasó, ¿cómo te tocó, lo recuerdas? Cuéntame: Y expresó la niña: “*me...jmm, yo no sé.*”. ¿Qué hizo el señor Hugo? ¿Te hizo algo, te tocó? Y respondió de manera inmediata: “*Sí. Me tocó.*”. ¿Dónde te tocó? Y contestó: “*En la... vagina.*”. ¿Esto pasó una vez o varias veces? Respondió que: “*Varias veces.*”. Se le preguntó si recordaba cuántas veces y dijo que no.

¿Le contaste a alguien cuando esto pasó? Contestó: no.

¿Le dijiste de pronto a tu hermana o a tu mamá? Contestó que no.

¿Cuando dices que el señor Hugo te tocó varias veces en la vagina, había alguna otra persona en el lugar? Respondió que sí.

¹⁵ Cfr. Reg. identificado con el No. 1.

¹⁶ Cfr. Reg. identificado con el No. 2.

¹⁷ Ídem.

Le preguntó quién había y contestó: “*yo no sé cómo se llama, pero había como dos personas*”.

¿Se le preguntó si eran adultos o menores? A lo que contestó:
Adultos

Se le preguntó si eran hombres o mujeres y respondió: hombres y mujeres.

Se le preguntó si esas personas vieron y respondió que sí.

Se le interrogó si sabía si esas personas vivían en esa casa o eran vecinos y contestó no saber.

Se le preguntó desde cuándo le pasaba eso con don Hugo y respondió: “*desde hace mucho tiempo*”.

Igualmente, se le preguntó cuántos años tenía cuando él empezó a hacer esto y dijo: “*yo no sé*”.

Se le preguntó si sabía a qué se dedicaba don Hugo, si sabía qué hace y respondió la niña que no.

Se le preguntó: y tu acostumbrabas a ir a esa tienda y respondió: “sí”.

Se le preguntó a qué iba a la tienda a lo que informó: “*a comprar*”.
¿Qué comprabas? “*Mecato*”.

Se le preguntó si la tienda quedaba cerca a su casa o lejos. ¿Cómo quedaba, estaba cerca? Y respondió la menor: “*sí. Abajo. Nosotros vivíamos en un segundo piso*”.

Se le preguntó si ella vivía en un segundo piso y si la tienda quedaba abajo: sin alcanzarse a percibir lo que contestó la niña, la funcionaria que la interrogaba remató indicando: correcto.

Se le preguntó si había vuelto a la tienda después de lo que le había pasado y expresó de manera inmediata: “*sí pero con mis hermanos*”, información que fue corroborada por sus padres cuando declararon.

Se le preguntó cómo se llamaba su hermano y respondió: M.A.G.T. de quien indicó, conforme a pregunta que le hicieron, que era mayor que ella.

Se le preguntó si los padres le han enseñado que no debe dejarse tocar sus partes íntimas y manifestó que sí. Se trató de indagar qué era lo que le habían dicho sus padres al respecto, pero la niña, luego de pensarlo, dijo: “*no sé*”.

Conforme a constancia dejada por la funcionaria que acompañó a la menor dentro del interrogatorio, la defensa del procesado preguntó si su mamá o alguien de la familia le habían dicho que debía decir que el señor Hugo la tocó, a lo que la niña contestó: “*No. Nada*”. Se le preguntó: ¿nadie? Y contestó: “*Nadie*”¹⁸.

Es importante señalar que la menor al momento del interrogatorio, estuvo acompañada no solo de la funcionaria adscrita al ICBF, sino también según constancia de la anterior y del propio Juez, de su madre y su hermana menor de edad, esta última la acompañó ante la solicitud que hizo la madre con el fin de que la niña se pudiera sentir tranquila. Lo anterior teniendo en cuenta la dificultad que

¹⁸ Cfr. Registro identificado con el No. 3.

presentaba para comunicarse ante el estrado y que se pudo evidenciar cuando el juez le solicitó que diera los nombres y aquella no respondió y luego lo hacía en voz baja¹⁹.

También es significativo resaltar que no se demostró ningún tipo de animadversión del denunciante hacia el acusado, por el contrario, aquél manifestó que lo conocía hacía aproximadamente 20 años y lo consideraba una persona respetable, sin haber tenido con él ningún inconveniente y en igual sentido declaró la madre de la víctima, quien incluso señaló que no creía lo que su vecina le informaba y fue por ello que le insinuó a la niña que quien la tocaba era Bernardo (persona que al parecer también frecuentaba la tienda), además de considerar al acusado como un allegado a la familia.

También se logró establecer que la niña no ha mencionado que fuera objeto de tocamientos de carácter sexual por otra persona, de donde puede concluirse que su dicho no corresponde a una invención o fantasía, por el contrario, atañe a lo que ella vivenció.

Si bien, hubiese sido importante haber traído a juicio a la señora Yamile Jaraba, para que explicara cómo fue que observó al acusado hacer tocamientos libidinosos a la niña V.G.T., en su tienda, lo cierto es que no compareció. Sin entender la judicatura la razón de esa falencia, porque aunque los padres con cierta reserva aportaron su nombre al señalar que no fue llamada a rendir testimonio porque le producía temor, ello no justifica que la Fiscalía no la haya llamado para que cumpliera con su deber de informar la ocurrencia de ese grave hecho delictivo.

¹⁹ Cfr. Min. 5:05 del Reg. de audiencia celebrada el 08 de febrero de 2019.

Sin embargo, ello no es óbice para valorar la información aportada por la víctima bajo los postulados de la sana crítica y en conjunto con el resto de material probatorio aportado en la presente causa que como se advirtió, dan cuenta de la ocurrencia del hecho delictivo en una persona menor de 14 años con discapacidad psíquica, por parte de Hugo Armando Naranjo González.

En consecuencia, la Sala concluye que realmente existe prueba sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE: **CONFIRMAR** la sentencia condenatoria de fecha, naturaleza y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, conforme con lo previsto por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
b02c32284bb5e4e34761aedb760863580554d4eca58bd68e08e29
753887b96c3

Documento generado en 29/09/2021 11:40:47 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado: 05 579 31 04 001 2021-00096

Rdo. Interno: 2021-1417-2

Accionante: JORGE IGNACIO ATEHORTÚA.

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 024

Decisión: Se Revoca

Medellín, siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta No. 090

1.-ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionado, Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por medio de MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, contra el fallo de tutela proferido el día 27 de agosto de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de

¹ El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

Puerto Berrío - Antioquia-, mediante el cual se concede el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor JORGE IGNACIO ATEHORTÚA.

2. LA DEMANDA

Los hechos de la demanda, fueron señalados por la Juez de primera Instancia de la siguiente forma:

“Informa el señor JORGE IGNACIO ATEHORTUA, que el 06 de julio del presente año, envió al correo electrónico atencion@colpensiones.gov.co derecho de petición a COLPENSIONES, solicitándole que se le sean devueltos los aportes que realizó para la pensión, pues no tiene la facilidad de continuar cotizando.

Que desde que presentó su solicitud ha transcurrido más de 15 días, sin que a la fecha haya sido resuelta, o le hayan informado los motivos de la demora y cuando le será resuelta, y por esa omisión es que considera se le está violando su derecho fundamental de petición, y acude a la presente acción de tutela, con el fin de que se ordene que dentro de un plazo prudencial se le dé respuesta a la solicitud antes referida.”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia concede el amparo deprecado por el accionante, al evidenciar que la petición realizada por éste el 6 de julio de 2021³² enviada al correo electrónico atencion@colpensiones.gov.co a la fecha de la emisión del fallo no había sido resuelta de manera clara, precisa, de fondo y congruente por la entidad accionada; además de advertir que, no era de recibo, las razones expuestas por

COLPENSIONES para no atender citada la petición del accionante, pues el hecho de no haber radicado la petición en un canal oficial o autorizado, no la eximia de dar una respuesta de fondo, en tanto si bien no era el pertinente para atender solicitudes, sino para la emisión y remisión de otros asuntos, se trataba de un correo habilitado dentro de los canales oficiales de COLPENSIONES, y por lo tanto la persona o el despacho que lo recibió, debió fundamentar la carencia de competencia, e indicarle sobre la necesidad de redireccionar su petición a los canales dispuestos para ello o en su defecto en remitir a la entidad que tiene la potestad para tramitar el asunto.

De igual modo, señaló que no era de recibo la exigencia al accionante de realizar el diligenciamiento y radicación de unos formularios requeridos a efectos de estudiar de fondo la solicitud reclamada, dado que el tutelante no conoce los trámites o formularios que debe allegar para que se atienda su solicitud, y, es al momento en que se le da la respectiva respuesta, en donde se le debe poner en conocimiento qué gestiones debe adelantar para lograr su pretensión, y una vez se le notifique la misma y conozca la respuesta, en caso de que no sea de recibo por él, pueda interponer, si así lo considera, los recursos que la ley prevé o incluso demandar ante la jurisdicción competente.

En virtud de lo anterior, dispuso esa Judicatura:

(...)

PRIMERO. TUTELAR el derecho Constitucional Fundamental al derecho de petición del señor JORGE IGNACIO ATEHORTUA, identificado con cédula de ciudadanía N° 15.364.942, y que fuera invocado en nombre propio, según lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y/o quien haga sus veces -si aún no lo ha hecho— que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes, contadas a partir de la notificación de esta providencia, dé respuesta completa, clara, concreta, de fondo y congruente con lo solicitado el 6 de julio de 2021.

TERCERO. EXHORTAR a COLPENSIONES para que, en adelante, además de remitir a la entidad encargada las peticiones que no son de su competencia, informe de ello a los interesados en los términos establecidos en la norma vigente al momento de la petición.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada interpuso el recurso de impugnación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Una vez verificados los anexos del escrito de tutela, se evidencia que la petición señalada por el accionante, fue remitida al correo electrónico atencion@colpensiones.gov.co
2. Que frente al correo mencionado, a donde fue remitida la solicitud de fecha 06 de julio de 2021, esto es, atencion@colpensiones.gov.co es menester que indicar que Colpensiones no tiene habilitado este correo electrónico para la recepción y trámite de PQRS, ya que el mencionado correo es de uso exclusivo para trámites de notificación judicial frente a los Juzgados.
3. Es pertinente señalar que lo solicitado por el accionante a través de la acción de tutela, desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su atención y solución, desconociendo así la norma constitucional, ya

que este no es el mecanismo para realizar este tipo de reconocimientos.

- 4. Así las cosas, resulta evidente que Colpensiones ha obrado hasta la fecha de forma responsable y conforme a derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que, como se sabe, ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.*

Destaca que, la petición que dio origen a la presente acción constitucional fue radicada a través un correo electrónico, NO autorizado por esa Administradora, pero además sin que se demuestre la recepción del mismo, pues no basta con el envío para garantizar su entrega.

Lo anterior en el entendido que, Colpensiones es una entidad pública, que tiene representación nacional, lo que hace que a diario se reciban miles de solicitudes, razón por la que se encuentra organizada por procesos que permitan la clasificación, organización y adecuado trámite de todas las solicitudes recibidas, (peticiones, quejas y reclamos, así como reclamaciones administrativas de reconocimiento de prestaciones económicas), lo que conlleva a generar mecanismos de recepción de solicitudes a través de formularios y medios exclusivos para poder direccionarlos adecuadamente y atenderlos dentro de los términos legales.

Señala además que de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional 230 de 2020, para que nazca dicha obligación por parte del receptor, el medio debe ser un canal habilitado con el fin de tener comunicación entre las dos partes, sin embargo, se insiste, el correo utilizado por el accionante nunca ha estado habilitado con este fin y el mismo no permite la transferencia de datos, en consecuencia tampoco nació la obligación de remitir por competencia de acuerdo

al artículo 21 del CPACA, por cuanto es un correo de salida, y nada de lo que llega ahí es leído, clasificado o tramitado. A más de ello, un e-mail o correo electrónico, no permite garantizar la identificación plena del remitente y tampoco cumple con lo señalado en la Ley, razón por la que queda claro, que Colpensiones no ha vulnerado derecho alguno, en la medida que al no haberse radicado en un canal oficial o autorizado previamente por la entidad, tampoco nació la obligación de haber remitido por competencia conforme al artículo 21 del CPACA, ello por cuanto como se dijo, estos correos solo son de salida y nada de lo que llega allí es leído, clasificado o tramitado, en razón a las exigencias de seguridad legal e institucional.

En vista de lo anterior, solicita se revoque el fallo de primera instancia

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, al no existir vulneración al derecho fundamental de petición cuando éste se presenta en un

canal no habilitado o autorizado por la entidad receptora para tal fin, o si, por el contrario, hay lugar a confirmar el fallo de primera instancia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en punto del derecho de petición en materia pensional, señaló la Corte Constitucional en sentencia T-155 de 2018, lo siguiente:

(...)

“Derecho de petición en materia pensional

32. La Constitución Política de 1991, en el artículo 23, reconoce el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

La Corte ha reiterado en diversas ocasiones que este derecho fundamental es indispensable para lograr los fines del Estado contenidos en el artículo 2º de la Carta, *“como lo son el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan y para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas¹⁴⁷¹”*.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho de petición se satisface si concurren los elementos esenciales como *“(i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta debe ser pronta y oportuna, es decir, la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, que debe ser lo más corto posible¹⁴⁸¹, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos*

y cada uno de los asuntos planteados, y (iii) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independiente de que la respuesta sea favorable o no, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido^[49]".

El derecho de petición aparecía regulado en el Decreto 01 de 1984 hasta la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011); no obstante, el título que lo regulaba fue declarado inexecutable a través de sentencia C-818 de 2011, debiendo el legislador expedir la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la cual lo disciplina en la actualidad.

33. En cuanto a las solicitudes relacionadas con el derecho a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia, el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 establece que deberán decidirse en un plazo máximo de cuatro (4) meses.

De igual manera, el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 prevé que los operadores públicos y privados del Sistema General de Pensiones y Cesantías contarán con un plazo no mayor a seis (6) meses, a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado, para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes, so pena de incurrir en una mala conducta y, en consecuencia, **responder solidariamente en el pago de la indemnización moratoria** a que haya lugar si el afiliado ha debido recurrir a los tribunales para el reconocimiento de su pensión o cesantía y el pago de costas judiciales.

Por su parte, la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 14, dispone que *"salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción"*.

34. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2017^[50], sostuvo que *"las autoridades ante las que se interponga una solicitud de carácter pensional, en principio, deben resolver la misma dentro de los quince días hábiles siguientes a su interposición. Salvo que se trate de una petición elevada ante la extinta Cajanal, ahora la UGPP^[51], en cuyo caso el término para resolver es de 4 meses o que se refiera al trámite efectivo para el reconocimiento y pago de una mesada pensional, caso en el cual, la administradora de pensiones cuenta con 6 meses a partir del momento en que se radique la solicitud para realizar las diligencias necesarias tendientes al pago de la mesada"*^[52].

Conforme con las normas previamente señaladas y la jurisprudencia constitucional se tiene que:

(i) Dentro de los quince (15) días siguientes a la interposición de una solicitud pensional, la administradora debe informar al peticionario sobre el estado en el que se encuentra su trámite, las razones por las cuales ha demorado la respuesta y la fecha en la que responderá de fondo sus inquietudes^[53].

(ii) Las solicitudes pensionales deben resolverse en un término no mayor a cuatro (4) meses, contados a partir de la presentación de la petición^[54].

(ii) Los fondos de pensiones cuentan con seis (6) meses, a partir de la solicitud, para adoptar todas las medidas necesarias que faciliten el pago efectivo de mesadas pensionales^[55].

(iii) La entidad debe emitir un pronunciamiento de fondo, es decir, que las solicitudes se resuelvan materialmente y, además, notificarlas al petitionerio^[56].

35. En síntesis, todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas a las entidades encargadas de reconocer prestaciones sociales y a recibir una respuesta en los términos establecidos por la ley y la jurisprudencia constitucional, esto es, a obtener respuesta oportuna y de fondo..."

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia T-230 de 2020 se ocupó de la canalización de las peticiones, a propósito de la expansión de los medios tecnológicos y avances en materia de TIC que permiten la comunicación de los usuarios a través de diferentes plataformas, indicando al respecto, lo siguiente:

(...)

“4.5.6.1. Formas de canalizar las peticiones. El derecho de petición se puede canalizar a través de medios físicos o electrónicos de que disponga el sujeto público obligado, por regla general, de acuerdo con la preferencia del solicitante. Tales canales físicos o electrónicos pueden actuarse de forma verbal, escrita o por cualquier otra vía idónea que sirva para la comunicación o transferencia de datos^[61].

4.5.6.1.1. Ahora bien, los medios físicos pueden definirse como aquellos soportes tangibles a partir de los cuales es posible registrar la manifestación de un hecho o acto. Dentro de los más comunes para la presentación de solicitudes se destacan la formulación presencial – ya sea verbal o por escrito– en los espacios físicos destinados por la autoridad, y el correo físico o postal para remitir el documento a la dirección destinada para tal efecto. En cualquiera de los dos eventos, al petitionerio debe asignársele un radicado o algún tipo de constancia sobre la presentación de la solicitud, de manera que sea posible hacer su seguimiento.

Por su parte, los medios electrónicos son herramientas que permiten la producción, almacenamiento o transmisión digitalizada de documentos, datos e informaciones, a través de cualquier red de comunicación abierta o restringida. Esta última supone un diálogo entre sujetos –al menos un emisor y un receptor– en el que se da una

transmisión de señales que tienen un código común¹⁶²¹. Estas herramientas tecnológicas se encuentran contenidas en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), que son “el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.”¹⁶³¹ Dentro de estos servicios se resaltan los de telemática e informática en los que se ubica la Internet¹⁶⁴¹, hoy por hoy, medio que, por excelencia, facilita la transmisión de información y comunicaciones entre la población.

4.5.6.1.2. De acuerdo con el artículo 5 del CPACA, la formulación de peticiones podrá realizarse por cualquier medio tecnológico disponible por la entidad pública¹⁶⁵¹. Y, de manera armónica con lo anterior, el artículo 7 del mismo código establece como deberes de las entidades, por una parte, adoptar medios tecnológicos para tramitar y resolver las solicitudes, y, por la otra, gestionar todas las peticiones que se alleguen vía fax o por medios electrónicos¹⁶⁶¹.

En este orden de ideas, el CPACA no se limita a unos canales específicos para permitir el ejercicio del derecho de petición, sino que, en su lugar, adopta una formulación amplia que permite irse adecuando a los constantes avances tecnológicos en materia de TIC’s. **En otras palabras, el marco normativo que regula el derecho de petición abre la puerta para que cualquier tipo de medio electrónico que sea idóneo para la comunicación o transferencia de datos, pueda ser tenido como vía para el ejercicio de esta garantía superior¹⁶⁷¹.**

4.5.6.1.3. Sin duda, los cambios tecnológicos han planteado retos en la actualización de los ordenamientos jurídicos, de manera que las facilidades que proveen puedan impactar de manera positiva la vida de la sociedad, así como el accionar de la administración pública. El régimen normativo nacional ha venido mutando para darle cabida a las TIC’s en el ejercicio de funciones públicas, por ejemplo, (i) en el reconocimiento de efectos jurídicos de los mensajes de datos (Ley 527 de 1999¹⁶⁸¹), (ii) haciendo parte de los deberes del Estado la utilización de canales digitales y (iii) flexibilizando los trámites ante la administración con la incorporación de herramientas tecnológicas (Ley 962 de 2005¹⁶⁹¹). Estos cambios han impactado el ejercicio del derecho de petición, como pasa a explicarse.

4.5.6.1.3.1. Con la Ley 527 de 1999¹⁷⁰¹ se abrió paso en Colombia al comercio electrónico y se reconocieron los efectos jurídicos que tiene la información compartida por medios electrónicos. En concreto, se dispuso que ante la exigencia normativa de que alguna información deba constar por escrito, ese requisito se satisface con un mensaje de datos¹⁷¹¹. Este último se define en la ley como: “[l]a información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”¹⁷²¹.

En la Sentencia C-662 de 2000¹⁷³¹, esta Corporación señaló que “[e]l mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma

eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.” Aunado a ello, se aclaró que el reconocimiento de dicha asimilación permite ajustar al derecho no solo a las prácticas modernas de comunicación, sino también a todos los adelantos tecnológicos que se generen en el futuro.

La información y contenido que se encuentre en un mensaje de datos tienen plena eficacia probatoria, dada la integridad que se predica de dicho instrumento (siempre que su contenido no se hubiere alterado), característica que puede satisfacerse a partir de los sistemas de protección de la información como la criptografía y las firmas electrónicas^[74]. Frente al grado de confiabilidad del mensaje, se debe precisar que este “será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.”^[75] Al respecto, la Corte manifestó que “los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.”^[76]

En este orden de ideas, las peticiones formuladas a través de mensajes de datos en los diferentes medios electrónicos habilitados por la autoridad pública –siempre que permitan la comunicación–, deberán ser recibidos y tramitados tal como si se tratara de un medio físico.

Por lo demás, los mensajes de datos que se utilicen, siguiendo los mismos parámetros básicos del ejercicio del derecho de petición, deberán poder determinar quién es el solicitante y que esa persona sea quien en definitiva aprueba el contenido enviado. Sobre el particular, el artículo 7 de la precitada Ley 527 de 1999 establece que la identificación del sujeto en un documento se podrá realizar mediante (i) la constatación del método utilizado, el cual deberá identificar al iniciador de la comunicación, a la vez que tendrá que permitir inferir la aprobación de su contenido. Aunado a ello, (ii) dicho método deberá ser “tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”^[77]. En general, este tipo de medios exigen sistemas de protección de la información como la criptografía (posibilidad de crear un perfil con una contraseña que solo conozca el titular de la cuenta) o también la firma digital, esto es, un tipo de firma electrónica acreditada que ofrece seguridad sobre la identidad del firmante y la autenticidad de los documentos en que se utiliza (art. 28, L.527/99^[78]).

Finalmente, se debe demostrar que la petición remitida por medios electrónicos cumple con las características de integridad y confiabilidad (art. 9, L.527/99), es decir, que el canal utilizado cuente con condiciones que permitan realizar un seguimiento al mensaje de datos, tanto desde el momento en que fue enviado por el originador hasta que fue recibido por su destinatario, a efectos de establecer si su contenido resultó o no alterado en algún punto.

Cumplidas tales exigencias, las cuales se resumen en (i) determinar quién es el solicitante, (ii) que esa persona aprueba lo enviado y (iii)

verificar que el medio electrónico cumpla con características de integridad y confiabilidad, las autoridades no podrán negarse a recibir y tramitar las peticiones que sean formuladas ante ellas por medio de mensajes de datos, a partir de cualquier tipo de plataforma tecnológica que permita la comunicación entre el particular y la entidad.

4.5.6.1.3.2. Por otro lado, con la Ley 962 de 2005^[29] se impulsa la modernización de la administración pública, a partir de la reducción y eliminación de trámites innecesarios ante las entidades del Estado o que pudieran realizarse de manera más rápida con apoyo de las TIC. Por tal motivo, el objeto de la ley se encaminó a “facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública”^[80].

Para ello, se integran los medios tecnológicos en el funcionamiento del Estado. Así, el artículo 6 de la ley dispone que las entidades podrán atender los trámites y procedimientos que sean de su competencia, a partir de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, con miras a materializar los principios constitucionales que deben guiar la función administrativa, tal como aparecen consignados en el artículo 209 de la Constitución^[81]. En la Sentencia T-013 de 2008^[82], esta Corporación se refirió a la aplicación de la Ley 962 de 2005 en los trámites relacionados con el ejercicio del derecho fundamental de petición, siendo los canales tecnológicos una de las posibilidades que tienen las personas para acercarse a la administración pública.

Igualmente, con esta misma finalidad el Decreto 019 de 2012^[83], estipuló que las autoridades deben incentivar el uso de TIC’s para que los procesos administrativos “se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”^[84]. Y, a su vez, se determinó que la presentación de solicitudes, quejas, recomendaciones o reclamos podría realizarse a través de medios electrónicos, cuando los interesados residan en una ciudad diferente a la de la sede de la entidad^[85].

Con esta normativa, se refuerza la obligación de las entidades públicas de utilizar medios tecnológicos para hacer más fácil el contacto con el Estado, así como facilitar el ejercicio del derecho fundamental de petición, en los términos en que ha venido siendo expuesto^[86].

4.5.6.1.4. De lo que se advierte hasta el momento, queda claridad respecto del deber de las autoridades de garantizar la atención personal al público y de disponer de medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, incluyendo para ello el uso de medios alternativos^[87]. De esta manera, las autoridades deben contar con vías suficientes que les permitan a las personas elegir entre medios físicos y electrónicos para formular sus solicitudes^[88]. En todo caso, cabe resaltar que los medios tecnológicos por sí solos no constituyen canales suficientes para garantizar el pleno desarrollo del derecho en mención, por cuanto, si bien los avances en materia de TIC han sido amplios, no todas las personas disponen hoy en día de los recursos o herramientas necesarias –como un computador– para lograr su plena efectividad. En ese sentido, resulta imperativo que se mantengan aún las vías físicas.

En la línea de lo expuesto, por ejemplo, en la ya citada Sentencia T-013 de 2008, la Corte se pronunció sobre una acción de tutela interpuesta por quien había presentado una solicitud ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con el fin de que se expidieran dos certificaciones laborales. En la respuesta otorgada por la entidad demandada, se le informó a la actora que ese tipo de trámites solo podían ser adelantados a través de la página web entre los días 1 a 10 de cada mes, por lo que debía direccionar su solicitud. Al abordar el estudio del caso, **la Sala de Revisión reiteró el deber de las autoridades públicas de contar con canales digitales, como páginas web, para que por medio de la Internet se pudieran adelantar trámites ante ellas. También resaltó que el ejercicio del derecho de petición no puede limitarse a canales exclusivos de comunicación, sino que, por el contrario, “los ciudadanos deben estar en posición de escoger, de acuerdo con sus posibilidades de acceso a un computador, qué medio implementar, ya sea el derecho de petición en documento físico que se radica en las dependencias de cada entidad, o a través de la página web correspondiente.”**¹⁸⁹¹ En consecuencia, consideró que la Secretaría de Educación había vulnerado el derecho de petición de la accionante, al restringir el ejercicio de su derecho a la vía tecnológica.

Lo anterior resulta de especial trascendencia, como lo dispone la ley, a efectos de materializar el derecho de las personas ante las autoridades a “[p]resentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto. // Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público.”¹⁹⁰¹ En efecto, en concordancia con esta disposición normativa, y dadas las posibilidades que hoy brindan los medios electrónicos, es claro que, por regla general, el deber de las autoridades de brindar atención al público, ya no se circunscribe a un horario de atención dispuesto por las entidades, sino que, ante la existencia de vías tecnológicas disponibles las 24 horas y que habilitan canales de comunicación, las solicitudes deberán recibirse en cualquier momento, sin que ello suponga la obligación de responder de manera inmediata, sino en los términos legales establecidos para tal efecto.

En este orden de ideas, como ya se anunció en el apartado anterior, una de las excepciones a la citada regla, refiere a lo previsto en el artículo 15 del CPACA que habilita a las autoridades para exigir que ciertas peticiones se presenten por vía escrita (en físico), para lo cual, deberán facilitar a los interesados formularios que permitan estandarizar tales solicitudes. Esta posibilidad, que podría leerse en un primer momento como una limitación al ejercicio del derecho de petición, por cuanto se restringe la elección del medio a utilizar por parte del interesado, fue avalada por esta Corporación, al considerar que se trata de una medida extraordinaria de la que se pueden valer las entidades públicas, sujeta a estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹¹¹.

4.5.6.1.5. En suma, las solicitudes que se presenten ante las autoridades podrán realizarse por vía verbal, escrita o cualquier otro medio idóneo que sirva para la comunicación, para lo cual, por regla general, el particular tendrá la posibilidad de escoger entre canales físicos o electrónicos que hayan sido habilitados por la entidad. Cada autoridad tiene la posibilidad de determinar cuáles son los espacios tanto físicos como electrónicos de que dispondrá para mantener comunicación con la ciudadanía, teniendo en cuenta sus funciones, presupuesto y posibilidad de atención efectiva. En todo caso, siguiendo lo dispuesto en la ley y conforme a la jurisprudencia se aclara que cualquier tipo de medio tecnológico habilitado por la entidad y que funcione como un puente de comunicación entre las personas y las entidades, podrá ser utilizado para el ejercicio del derecho fundamental de petición. De ahí que, siempre deberá ser atendido por los funcionarios correspondientes para dar respuesta a las solicitudes, quejas, denuncias y reclamos que se canalicen por dicho medio..." NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO

Bajo este panorama y de cara a lo expuesto por la entidad accionada al sustentar la impugnación, es claro que no le asiste razón, cuando advierte que no se entiende presentada la petición del accionante y por ende no existe obligación de tramitar la solicitud indemnización sustitutiva deprecada por éste por el hecho de que la misma se realizó través de un correo electrónico no habilitado para ello, pues cierto es, que el correo electrónico `atencion@colpensiones.gov.co`, es un puente de comunicación entre las personas y Colpensiones; situación diferente es que éste solo esté habilitado para las notificaciones judiciales — tal como lo afirma el accionado—, luego, es un contrasentido el advertir que nada de lo que llega a ese correo se lee, clasifica o tramita. En ese orden, tal como lo indicara el juez de primera instancia, era obligación de la entidad accionada remitir la solicitud a la dependencia competente para darle trámite al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 1455 de 2015², normativa replicada en la Resolución Interna de

² Artículo 21. Funcionario sin competencia. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o

Colpensiones No. 343 de 2017 “por la cual se reglamenta el trámite interno de las peticiones, quejas, reclamos y sugerencias presentadas ante la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones”, que en su artículo 9 estableció:

ARTÍCULO 9o. TRASLADO A ENTIDAD COMPETENTE. En caso de que una vez recibida y estudiada una solicitud se establezca que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones no es la autoridad competente para atender la petición o para iniciar la actuación que se solicita, deberá informarlo en el acto al interesado si éste actúa verbalmente, o dentro del término de cinco (5) días a partir de la recepción si obró por escrito. En este último caso, Colpensiones deberá enviar el escrito a la autoridad competente enviando copia del oficio remitido al peticionario.

PARÁGRAFO: Si el asunto es recibido en una dependencia de Colpensiones diferente a la responsable de dar respuesta, se procederá a hacer el traslado correspondiente, sin necesidad de informar sobre el particular al peticionario.

En este evento los términos para responder se contarán a partir de la fecha en que se radicó la solicitud en Colpensiones.

Ahora, se allegó con la presente impugnación informe de Colpensiones en el que da cuenta del cumplimiento del fallo de primera instancia, advirtiendo que el día 01 de septiembre de 2021 se envió al correo santiagoorozco268@gmail.com respuesta a la solicitud con constancia de acuse de recibido³, en vista de lo cual consideran existe carencia de objeto por hecho superado.

responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

³ Ver archivo denominado “24Anexo1.pdf” del expediente electrónico

Así las cosas, una vez analizada la respuesta a la petición objeto de este amparo y la cual se encuentra anexa en el expediente electrónico⁴, advierte la Corporación que la misma cumple con los criterios establecidos por la Corte Constitucional, en el entendido que, este tipo de solicitudes, al tenor de lo dispuesto por inciso 4° del artículo 15 de la ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 1 de ley 1455 de 2015⁵, la entidad accionada ha dispuesto que su trámite se realice de manera escrita (física) a través de formularios estandarizados los cuales debe radicar en cualquier punto de atención del Colpensiones-PAC, y en ese sentido, se le informó al accionante de manera clara y completa el paso a paso y los documentos requeridos para dar trámite a su solicitud de indemnización sustitutiva.

En este caso no es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1555 de 2015⁶, y advertir que se trata de una petición incompleta que requiere por parte del accionante

⁴ Ver archivo denominado "25Anexo2.pdf" del expediente electrónico

⁵ **ARTÍCULO. PRESENTACIÓN Y RADICACIÓN DE PETICIONES.** (...) "Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito, y pondrán a disposición de los interesados, sin costo, a menos que una ley expresamente señale lo contrario, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitar su diligenciamiento. En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios..."

⁶ **ARTÍCULO 17. PETICIONES INCOMPLETAS Y DESISTIMIENTO TÁCITO.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

la ejecución de una gestión adicional a efectos de que la entidad accionada emita una respuesta de fondo, pues tal como se advirtiera en precedencia, la solicitud elevada por el accionante al tratarse de una prestación económica —indemnización sustitutiva—, ha dispuesto la entidad accionada debe ser radicada por escrito en los puntos de atención al ciudadano de Colpensiones-PAC, a efectos de evitar alguna suplantación o riesgo que afecte el reconocimiento de un derecho económico, y así le fue informado al accionante en la citada respuesta.

En ese sentido, debe decirse que acorde con la jurisprudencia constitucional, no es de resorte del juez constitucional ordenar que sea en forma positiva o negativa, lo importante y esencial es que se resuelva acorde con lo solicitado y se comunique al interesado. En la siguiente decisión de la Alta Corporación se indicó:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en este mismo sentido que la respuesta a los derechos de petición, la cual puede ser favorable o no para el peticionario, (i) debe ser reconocido como un derecho fundamental que se encuentra en conexidad con la garantía de otros derechos fundamentales; (ii) debe ser resuelto en forma oportuna, esto es, dentro del término legal que se tiene para resolver; (iii) debe dársele una respuesta de fondo respecto de lo que se ha solicitado, de una manera clara, precisa y congruente; (iv) como ya se indicó en el párrafo anterior, debe ser dada a conocer al peticionario; y (v) se aplica por regla general a entidades públicas pero también a organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

También, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar, que, una vez superada la vulneración del derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.⁷”

Igualmente, en la sentencia T-358 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señala:

“El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado”.

Así las cosas, al verificarse que la petición objeto del presente amparo ya fue resuelta y notificada a la accionante, el presente amparo pierde su eficacia y razón de ser, dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En ese orden de ideas, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, el 27 de agosto de 2021, al carecer de objeto la presente acción de tutela al haber operado un hecho superado, dado que al accionante se le dio respuesta a la petición elevada el 06 de julio de 202.

⁷ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En consecuencia, se **NIEGA** el amparo del derecho fundamental de petición invocado por el accionante, toda vez que la presente acción constitucional carece de objeto, tal y como se esbozó en precedencia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, el 27 de agosto de 2021, al carecer de objeto la presente acción de tutela al haber operado un hecho superado, dado que al accionante se le dio respuesta a la solicitud elevada el 06 de julio de 2021.

En consecuencia, se **NIEGA** el amparo del derecho fundamental de petición invocado por el señor JORGE IGNACIO ATEHORTÚA, toda vez que la presente acción constitucional carece de objeto, tal y como se esbozó en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del

término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Plinio Mendieta Pacheco

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ff17333d82fcbc661d00f6a61161fd96f5e602dddd1a2867102c815b2
44067ad**

Documento generado en 07/10/2021 04:21:36 PM

**Valide este documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

CUI: 050346100141201380079

Nº INTERNO: 2021-1580-2

CONDENADO: JHON JAIRO RENDÓN RESTREPO

DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS

MOTIVO: RECURSO DE QUEJA

Medellín, siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta No. 090

1. ASUNTO

Decide la Sala lo pertinente con relación al recurso de queja interpuesto por el condenado Jhon Jairo Rendón Restrepo, contra el auto proferido el 30 de agosto de 2021, donde el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia, declara desierto el recurso de apelación interpuesto por su abogado, toda vez que el mismo careció de falta de argumentación.

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL RECURSO INTERPUESTO

El siguiente es el contexto de la audiencia de lectura de sentencia que se cumplió por parte del Juzgado Penal del Circuito de Andes el día 20 de agosto calendas, en lo que atañe a la actuación que tiene que ver con el recurso de queja propuesto:

Luego de dar lectura a la decisión de condena en contra del señor Jhon Jairo Rendón Restrepo, por hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, imponiéndosele una pena de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión, la defensa manifiesta “interpongo recurso de apelación su señoría”².

Asimismo, el juez cognoscente interroga al procesado si desea hacer uso del recurso de apelación, significando el ciudadano “doctor no voy a apelar nada”³.

Seguidamente, se le pregunta a la defensa sobre la manera como sustentará el recurso de alzada, reconociendo que será “por escrito dentro del termino de los 5 días de ley”⁴.

El juez de primer grado, declaró desierto el recurso de apelación al tenor del artículo 179 A del CPP, para lo cual expuso “El señor defensor del acusado, dejó entrever la inconformidad con la decisión, interponiendo el recurso ordinario de apelación; de ahí que implementado el trámite de rigor, una vez que se dispusiera el traslado de ley, el recurrente guardó silencio, esto es, no aportó escrito alguno de sustentación donde presentara los argumentos de derecho que lo llevaron a sentar la disidencia. En este orden de ideas, acorde a lo

² Audiencia de lectura de sentencia de fecha 20 de agosto de 2020. Min. 1:55:30

³ Audiencia de lectura de sentencia de fecha 20 de agosto de 2020. Min. 1:57:10

⁴ Audiencia de lectura de sentencia de fecha 20 de agosto de 2020. Min. 1:58:35

normado por el artículo 179A del Código de Procedimiento penal, incorporado por el artículo 92 de la ley 1395v de 2010, SE DECLARA DESIERTO el recurso en cita"⁵.

3. DEL RECURSO DE QUEJA

La actuación fue recibida en esta sala de decisión el día 06 de octubre 2020, por remisión que hiciera el Juzgado Primero de Ejecución de penas y medidas de Seguridad de Antioquia.

El señor Jhon Jairo Rendón Restrepo, en calidad de condenado allega escrito en el que solicita se analice porqué se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por su abogado defensor frente a la decisión de condena que fuera proferida en su contra, pues en su sentir, tal determinación vulnera su derecho de defensa.

En ese orden de ideas, amparado en el artículo 83 C.N., requiere se verifique por parte de la Magistratura si se incurrió en algún error por parte del juez conocedor de la causa a la hora de emitir el fallo de condena.

4.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Colegiatura, de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional, tiene competencia para decidir el recurso de queja interpuesto por el procesado, por ser en contra de una decisión de un Juez Penal del Circuito de este Distrito Judicial, del cual se es funcionalmente el superior, en observancia de lo dispuesto por el artículo 179C del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 94 de la Ley 1395 de 2010.

⁵ Carpeta digital. Documento 29 auto declara desierto recurso.

En el caso bajo análisis, queda claro que el juez penal del circuito de Andes declaró desierto por falta de sustentación el recurso de apelación que interpuso la defensa del procesado, al hallarlo penalmente del delito acusado, providencia leída el 20 de agosto de la presente anualidad.

A través del recurso de queja el proponente reclama, se analice las razones de la declaratoria de desierto, pues tal determinación, vulnera su derecho a la defensa.

En ese contexto, ha de señalarse preliminarmente que los artículos 179B, 179C y 179D de la Ley 906 de 2004, adicionados con la Ley 1395 de 2010, establecen la procedencia y trámite del recurso de queja para aquellos asuntos en los cuales el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el cual deberá interponerse en el término de ejecutoria de la respectiva decisión.

Luego, debe ser enviado al superior competente con las copias de las actuaciones necesarias para resolver y dentro del término de tres días siguientes al recibo, el recurrente deberá presentar sus argumentos, pues de no cumplirse con esa carga se desechará.

En ese orden, la queja fue establecida originalmente en la legislación procesal penal para que el superior funcional –Ad-quem- analice la corrección de la decisión del inferior –A-quo- consistente en denegar el recurso de apelación.

En otras palabras, el recurso de queja no fue concebido en la normatividad para cuestionar situaciones como la planteada por el censor. Para fundamento de lo expuesto, basta ver lo dispuesto en el artículo 179 B del Estatuto Procedimental Penal de 2004, el cual, relativo a la procedencia de este recurso, establece: “Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación,

el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso”

Como se aprecia, el recurso de queja es viable únicamente cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, lo que no sucedió en este caso, pues el juez cognoscente declaró desierto el recurso de alzada por no sustentarse el mismo, en el termino establecido por la legislación procesal penal para el efecto.

En este orden de ideas, si nunca hubo pronunciamiento por el juez de primera instancia acerca de la negativa del recurso de apelación, como aquí acontece, el recurso de queja es del todo improcedente.

Lo esgrimido obliga a la Corporación a desestimar el escrito petitorio del señor Jhon Jairo Rendón Restrepo.

Sin que se precise más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de queja presentado el condenado Jhon Jairo Rendón Restrepo contra la decisión tomada por el Juzgado Penal del Circuito de Andes, al declarar desierto el recurso de apelación impetrado por la defensa.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUELVASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
79cd89136bd24e84e5c0ed1a4dc3daff37be07f2f58980fc6ddf96e8f8abf3b3
Documento generado en 07/10/2021 04:22:07 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 050456000360201700591
INTERNO: 2020-0674-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y
EXTORSIÓN TENTADA
ACUSADO: ELIECER ENRIQUE CANTERO BENÍTEZ
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Medellín, siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 090

1. ASUNTO

Se ocupa la Colegiatura de resolver la apelación formulada por la defensa contractual del señor Eliecer Enrique Cantero Benítez en contra de la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 54 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, tras encontrarlo

¹ | presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

responsable en calidad de cómplice de los delitos concierto para delinquir agravado y extorsión agravada tentada.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Fueron plasmados por el fallador de primer grado de la siguiente manera:

Los hechos por los que se contrae la presente actuación, tuvieron su génesis entre el 09 y 14 de marzo de 2018 en el municipio de Chigorodó-Antioquia, cuando el señor HENRY VAHOS GARCÍA, supervisor de ventas de la empresa Bavaria fue contactado por el hoy procesado ELIECER ENRIQUE CANTERO BENÍTEZ, empleado de la empresa LADYCAR, distribuidora de productos Bavaria, con la finalidad de informarle que era requerido por unos sujetos presuntamente integrantes de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (Clan del golfo), ante lo cual el señor VAHOS le solicitó que le suministrara los datos o el número de la persona que lo requería para contactarlo, no entregándole información en tal sentido, respondiendo el hoy procesado que mejor lo acompañaba para que cumpliera la cita con estas personas, lo cual se concretó para el 14 del mes de marzo de 2018, en el establecimiento denominado "El Chaparral" Jurisdicción del Municipio de Chigorodó, donde concurrieron a la cita la víctima HENRRY VAHOS, el hoy procesado ELICIER ENRIQUE CANTERO y el coprocesado RAFAEL DARIÒ VALERRAMA GRISALES, encuentro en el que éste último le exigió en nombre de la organización criminal Clan del Golfo la suma de dos mil (2.000) pesos por cada caja de cerveza que distribuyera en la zona.

El 18 de noviembre de 2017 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín-Antioquia, fueron celebradas las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación por las conductas punibles de Concierto para delinquir agravado en calidad de autor (Art. 340-2 C.P.) y Extorsión Tentada (Art. 244 y 27 C.P.) e imposición

de medida de aseguramiento en contra de ELIECER ENRIQUE CANTERO BENÍTEZ.

El 30 de noviembre de 2018 la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme a los cargos imputados. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al Juzgado Tercero penal del Circuito Especializado de Antioquia, quien asumió la tarea en esa misma fecha, sin variación de la imputación.

El 31 de enero de 2019, en audiencia de formulación de acusación el delegado de la Fiscalía General de la Nación cambió parcialmente la calificación jurídica dada en la imputación, acusando a Eliecer Enrique Cantero Benítez, por su presunta participación en la ejecución de las conductas punibles de Concierto Para Delinquir Agravado en calidad de cómplice (Arts. 340-2 y 30 Inc. 3º C.P.), en concurso con extorsión agravada Tentada a título de cómplice (Arts. 244 y 245 numeral 3º, 27 y 30 Inc. 3º C.P.), conductas cometidas bajo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el art. 58 numeral 10, obrar en coparticipación criminal, por hechos ocurridos entre el 09 y el 14 de marzo de 2018 en el municipio de Chigorodó-Antioquia.

La audiencia preparatoria se cumplió el 04 de abril de 2019, mientras que el juicio oral tuvo lugar en las jornadas del 11 y 16 de octubre de 2019, 11 de febrero, 11 y 12 de junio de 2020, fecha última donde se expusieron los alegatos de clausura, se

anunció el sentido de fallo, condenatorio, y se hizo la audiencia de individualización de pena —artículo 447 del CPP.

La lectura de la correspondiente sentencia se postergó para el 23 de julio de 2020. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha providencia al considerar que hubo una indebida apreciación de la prueba por parte del fallador, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El fallador de primera instancia, tras efectuar un recuento de los hechos, los alegatos finales, las pruebas recaudadas durante el juicio oral y las estipulaciones realizadas entre las partes, llegó a la conclusión de que la Fiscalía acreditó la existencia de la organización delincuenciales autodenominada “Carlos Vásquez del Clan del Golfo”, que la misma delinque en los municipios de Apartadó, Mutatá y Chigorodó, que el procesado hacía parte de la misma, al servicio de un presunto integrante de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y que su colaboración se circunscribió a ser el enlace para reunirse con el administrador de Bavaria en la zona de Urabá a fin de cobrar una extorsión de \$2.000 por cada canasta de cerveza que se vendiera en la región.

Refiere en su decisión que la declaración del acusado es contundente frente a la materialidad de las conductas enrostradas, argumentando que al ser abordado el procesado por Rafael Darío Valderrama, conocido con el remoquete de Mauricio, aquél le pregunta quienes conducían los vehículos de la empresa Bavaria, enseñándole las placas, para posteriormente enseñarle una foto en su celular de una persona contra quien tenían orden de asesinarlo por ser integrante de la policía, sorprendiéndose al ver que se trataba de Henry Vahos el nuevo administrador de Bavaria en Urabá, diciéndole el acusado al jefe de las autodefensas gaitanistas que él se encargaría de hablar con él, pero que esa persona no tenía facultades para entregar dinero; respondiendo preguntas en el interrogatorio cruzado, tales como que conoce a Rafael Darío Valderrama de tiempo atrás como transportador, comerciante de cerdos y ganado, nunca miembro de alguna organización criminal, comenzando a sospechar desde el 7 de marzo de 2018 cuando aquel le comunicó lo que sucedía con Henry Vahos, siendo Rafael Darío quien le dijo que le llevara la razón al señor Vahos para reunirse con él, pero no le dijo el motivo de la reunión.

Acorde con el mandato de Mauricio, el procesado se comunicó con Henry Vahos a su celular el 9 de marzo de 2018 reuniéndose en la sede donde funcionaba Bavaria, donde le hizo saber al administrador de Bavaria que unas personas lo estaban necesitando para hablar con él, que le dijera cuando se podían reunir, agregándole que era mejor que asistiera y él lo acompañaría, no le dijo qué organización lo requería ni que

tenían una foto suya y lo estaban buscando para matarlo, reunión que se llevó a efecto el 14 de marzo de 2018 en el estadero Chaparral, asistiendo ambas personas, a reunirse con Rafael Darío Valderrama – alias Mauricio-. En dicho cenáculo el procesado se apartó para no escuchar la conversación, sin embargo, destaca el a-quo que toda la prueba (de cargos y de descargos) da cuenta que alias Mauricio, miembro de la organización Clan del Golfo le manifestó a Henry Vahos que la empresa criminal le exigía a Bavaria el pago de \$2.000 por cada caja de cerveza que distribuyera en la zona para poderlos dejar trabajar, de lo contrario se atuvieran a las consecuencias y la respuesta se la hiciera llegar con el imputado.

Asimismo, se contó con la declaración del investigador de la Fiscalía Sr. John Alexander Sánchez Henao, quien en su función de investigador en la zona de Urabá desde hace 11 años, manifestó que para el año 2017 desempeñaba sus funciones en el GAULA de esa región del Departamento de Antioquia, tuvo bajo su dirección una investigación por extorsiones cometidas en los municipios de Apartadó y Chigorodó, la cual inició el 18 de julio de ese calendario año tras información suministrada por un ciudadano que se presentó de manera voluntaria sin suministrar los datos de identidad por seguridad, indicando ser comerciante del municipio de Apartadó y en la plaza central de ese municipio fue abordado por alias Mauricio, integrante de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, citándolo a una reunión con esa organización criminal y otros comerciantes, en la cual en efecto concurrieron alias de Mauricio, del cual aportó su número celular, Gabriel y el Indio.

Información que pudo corroborar con una segunda fuente anónima que también dijo ser comerciante en estos municipios, donde igualmente era víctima de extorsión por parte de la organización Clan del Golfo, Frente Carlos Vásquez, en cabeza de los alias Mauricio, El Indio y Pómulo, quienes citaron a diferentes reuniones a los varios comerciantes de la región, una de ellas en zona rural del municipio de Carepa y otra en el barrio Alfonso López de Apartadó, donde El Indio explicó la razón y monto de las exigencias económicas, mientras que alias Mauricio se presentaba como la persona encargada de recaudar el cobro de las extorsiones.

Aseveró el investigador haber recibido información del supervisor de venta de la empresa Bavaria, Sr. Henry Vahos, quien el 14 de marzo de 2018 denunció que la empresa Bavaria venía siendo víctima de extorsión por integrantes de la A.G.C., por intermedio de Eliecer Enrique Cantero Benítez, quien el 09 de marzo de 2018 se contactó personalmente con él, diciéndole que aquellos actores armados ilegales requerían hablar con él, y posteriormente recibió llamadas telefónicas por parte del acusado en fechas del 13 y 14 de marzo siguientes, desde la línea celular iniciada en 310 y terminada en 79, perteneciente a al procesado.

Se solicitó búsqueda selectiva en base de datos por período de un mes a la empresa de telefonía móvil CLARO a la cual se encontraba inscrita la línea celular de Eliecer Enrique, con la finalidad de obtener el registro de llamadas entrantes, salientes

y datos biográficos entre el 01 de enero de 2018 hasta la fecha, encontrando que la línea móvil en efecto se encontraba registrada a nombre del acusado.

Esa misma operación se realizó con la línea celular suministrada por la fuente no formal frente a alias Mauricio, sujeto que estaba recaudando el dinero de las extorsiones en los municipios del Urabá antioqueño, la cual iniciaba en 311 y terminada en 544, cuyas escuchas permitieron establecer que este sujeto en una de sus conversaciones le indicó a otro presunto integrante de la organización que seguiría utilizando una nueva línea móvil con el número 322 247 8429, de la cual encontró como dato relevante que, de la línea celular 310 681 6179 perteneciente a Eliecer Enrique Cantero Benítez se habían realizado tres llamadas a la línea 322 247 84 29, el cual era el número telefónico que alias MAURICIO había suministrado en una de sus conversaciones interceptadas para que lo pudieran contactar.

Comunicaciones telefónicas que se registraron en la antena de Chigorodó-Antioquia, celda No. 322627 (municipio donde se encuentra el arraigo familiar y social del procesado), los días 13 de marzo de 2018 a las 22:59 horas; 14 de marzo de 2018 a las 14:35 horas y 14 de marzo de 2018 a las 15:11 horas, lo cual resultó relevante para el investigador toda vez que el señor Henry Vahos le había manifestado que fue contactado por Cantero Benítez el 09 de marzo de 2018 y el 14 de marzo siguiente el acusado se encontró con la víctima en el sector conocido como El Puente de Chigorodó, donde el encartado le dijo que a la reunión no podían llevar celulares ni movilizarse en

su vehículo particular, debiendo desplazarse en la motocicleta del procesado, quien lo llevó hasta el bañadero de razón social El Chaparral, ubicado en la vía que de Chigorodó comunica a Apartadó-Antioquia, donde llegó alias Mauricio y le realizó la exigencia económica al denunciante Henry Vahos, quien además agregó que Cantero Benítez estuvo presente en la reunión.

También se contó con la declaración vertida por la víctima Henry Vahos García, quien manifestó haber conocido al señor Enrique Cantero porque trabajaba para la empresa de logística Ladycar, indicando que el día 09 de marzo de ese calendario cuando Cantero lo llamó por teléfono y luego se reunieron en las instalaciones de la empresa, donde le contó que unas personas lo habían querido abordar en la calle, pero menos mal no lo hicieron porque lo conocían a él, que no sabía qué organización era, pero como era conocido en el municipio le habían solicitado que lo contactara, el testigo le indagó si tenía forma de entregarle el contacto de la persona que lo requería, porque era primer vez que le sucedía algo así y deseaba poder establecer contacto telefónico para no tenerse que encontrar con ellos, pero Eliecer Enrique le dijo que no tenía contacto de ellos, ya que solo lo abordaban en el municipio y le daban la razón; le agregó que estuviera tranquilo que no era nada peligroso, que quería acompañarlo para que no fuera solo, que fuera y escuchara solamente. Refirió que el procesado lo llamó en reiteradas oportunidades.

En lo tocante a los testigos de descargos, aquellos solo refieren lo que el procesado les comentó, a cada uno por su lado sobre las extorsiones, sin embargo, no precisan fecha en que se entregó tal versión, solo se ubican en el mes de marzo de 2018.

También arribó al foro el testigo Rafael Darío Valderrama Grisales- conocido con el alias de Mauricio- quien a pesar de manifestar que la extorsión contra Bavaria la cuadró exclusivamente con su jefe, el imputado no sabía en qué trabajaba él, sorprendiéndose cuando lo vio en la reunión porque en ningún momento le dijo que asistiera, afirmando que aquel no pertenecía a la organización, y tampoco le contó sobre el plan de extorsionar a Bavaria, concluyendo el juez singular que su declaración es contradictoria, soportando punto a punto sus análisis.

En suma, sostuvo la Judicatura que el comportamiento desplegado por Eliecer Enrique Cantero Benítez es típico de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada tentada a título de cómplice, toda vez que, sin hacer parte de la organización criminal implicada en el cobro de extorsiones a comerciantes de la región, esto es, del Frente Carlos Vásquez de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo, se dispuso a prestar una ayuda relevante con un comportamiento dirigido a que alias Mauricio miembro de dicha organización criminal encargado de realizar las exigencias económicas a comerciantes y empresas de la región, ejecutando actos propios de un cómplice a fin de organizar lo necesario para coordinar una reunión con Henry Vahos administrador de

Bavaria con interés exclusivo del Clan del Golfo donde Rafael Darío Valderrama alias Mauricio le haría una exigencia económica a dicha empresa a través de Henry Vahos con destino a la estructura criminal.

En cuanto a la antijuricidad y la culpabilidad, señala que el procesado con su comportamiento lesionó de manera eficaz los bienes jurídicos de la seguridad y el patrimonio económico, sin que su conducta se encuentre amparada bajo alguna causal de ausencia de responsabilidad penal, máxime tratándose de personas imputables, que tenían capacidad de comprender y auto determinarse conforme esa comprensión.

En relación a la dosificación punitiva y teniendo en cuenta los cargos por los cuales se le acusó y se solicitó condena, se le impuso al señor Eliecer Enrique Cantero Benítez una pena de 54 meses de prisión y multa de 2350 SMLMV por el delito de Concierto Para Delinquir Agravado y Extorsión Agravada Tentada en calidad de cómplice. Igualmente, se le impuso al procesado como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, y se les negó todo tipo de subrogados penales, por expresa prohibición del artículo 68A, disponiendo en consecuencia su reclusión intramural a fin de que paguen la pena impuesta.

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

En copioso escrito, el abogado Yeison Samuel Vanegas Zapata, defensor del acusado, luego de relacionar los hechos objeto de acusación y las razones del a-quo para proferir sentencia condenatoria con su censura, manifiesta los errores en que incurrió el fallador a la hora de estructurar el delito, con precario raciocinio para explicar la estructuración del dolo en las conductas, a partir de ese supuesto actuar del procesado.

Censura el análisis realizado por el fallador de instancia, en lo que respecta al elemento subjetivo doloso, pues en su sentir *“Debía entonces probar la fiscalía, que el señor ELIECER ENRIQUE CANTERO BENITEZ, sabía que, en dicha reunión, se exigiría a la empresa Bavaria la suma de 2.000\$ por cada canasta de cerveza distribuida en la región de Urabá. No obstante, tanto las pruebas de cargo, como las de descargo coinciden en que este nunca supo a ciencia cierta, que era lo que se hablaría en dicha reunión. Es cierto que el procesado pudo inferir que se trataría de alguna exigencia; sin embargo, tal pensamiento no resulta suficiente para configurar ese conocimiento exigido por el artículo 22 del código penal”*, por cuanto *“La realidad procesal, demostró que alias mauricio nunca le contó a Cantero, el propósito criminal que él y su organización tenían. Esa circunstancia fue corroborada por los testigos Henry Vahos, Rafael Valderrama alias mauricio y el mismo Eliecer Cantero”*, para finalizar concluyendo *“En estas condiciones, el a quo, tenía el deber de estudiar la configuración de las categorías dogmáticas en el caso en estudio, a partir de una adecuada valoración de prueba. Maxime que esta defensa informó al Despacho, sobre la aparición de un error de tipo que se presentó por la ausencia del dolo en las conductas. De haber sido estudiada la propuesta de la defensa, no hubiese quedado otro camino que absolver por atipicidad”*.

A modo de cuestionamiento plantea varias circunstancias inobservadas por el a-quo que debieron ser analizadas a partir

de la sana crítica, postulados lógicos, máximas de la experiencia y principios de la ciencia, a saber:

- 1- Si Eliecer Cantero, era cómplice de las conductas y conocía el plan criminal, ¿Por qué ser, el mismo, la persona que buscaría a Henry Vahos?, ¿No le habría resultado mejor, que Vahos hubiese sido contactado por otro integrante del clan del golfo y así no levantar sospechas? La lógica indica que quien quiera llevar a cabo un plan criminal, buscaría los medios adecuados para consumar el acto y no ser descubierto.
- 2- Si Eliecer Cantero, era cómplice de las conductas y conocía el plan criminal ¿Por qué abordar al señor Henry Vahos en la planta de Bavaria? ¿No sería mejor haberlo abordado en otro sitio, donde no hubiese podido ser reconocido? La lógica de un delincuente se aleja del actuar del procesado. Si la intención era llevar a cabo conductas criminales, el último lugar que habría elegido para llevar una información, sería su sitio de trabajo. Más aún cuando en dicho lugar es ampliamente conocido, cuenta con muchas cámaras y otros elementos que podían ayudar en su identificación.
- 3- Si Eliecer Cantero llevaba más de 25 años trabajando para la empresa Bavaria en la región de Urabá. ¿Será que no conocía, en 25 años de trayectoria, que Bavaria no pagaba extorsiones? Si alguien conocía las políticas de Bavaria era el procesado, quien, con 25 años al servicio de la empresa, contaba con el conocimiento suficiente sobre esa situación. Por lo que bajo esas condiciones, haciendo un análisis a partir de la sana crítica, interpela ¿cómo pensar que Eliecer

Cantero, aun sabiendo que era imposible obtener pagos de parte de Bavaria, haya estado confabulado con el clan del golfo para hacer esas exigencias? un hombre medio como Cantero, no habría desarrollado tal propósito, máxime cuando de primera mano sabe que es imposible.

- 4- - ¿Por qué razón el informe de cruce de llamadas, aportado al plenario, solo cuenta con 4 llamadas efectuadas, únicamente, los días 13 y 14 de marzo de 2018, entre Cantero y alias Mauricio? Si Cantero era parte del plan criminal, debería haber más contactos telefónicos. Inclusive desde mucho antes de esas fechas e inclusive después. Asevera que las máximas de la experiencia, o si se quiere la lógica del delincuente, indican que planear una extorsión a una empresa de tal magnitud, requiere de tiempo y organización. Por ello, tendrían que haber más contactos telefónicos y más encuentros. Sin embargo, como quedó probado, estas personas solo se comunicaron los días referenciados.
- 5- La declaración del testigo Néstor Andrés Henao Beltrán fue contundente al afirmar que la utilidad por distribución de canasta de cerveza en la región, ascendía a setecientos pesos (700\$). Manifestación que encontró sustento en la rendida por su defendido, llamándole la atención: Si el procesado sabía que la utilidad que dejaba una canasta de cerveza distribuida en la región de Urabá era de 700 pesos. ¿Por qué razón el precio de la exigencia económica superaba el 200% de la utilidad real, es decir \$2.000 por canasta? Se supone que, si su defendido integraba el plan criminal, habría asesorado a la estructura criminal sobre esas cifras para lograr concretar una exigencia razonable. La

lógica del delincuente, en este tipo de delitos, consiste en exigir cifras que se puedan llegar a lograr.

- 6- La defensa no entiende, porque no se le dio valor a lo manifestado en juicio por el ciudadano Rafael Darío Valderrama Grisales alias mauricio, en su sentir, era el testigo más importante dentro del trámite. Ese deponente explicó ¿cuál fue la razón del plan? ¿con quién armo el plan? y ¿quién era su jefe? Expuso las razones por las cuales acudió a su defendido, afirmando que aquel no tenía conocimiento sobre plan criminal en concreto, aduciendo que Cantero Benítez, no tiene nada que ver con lo que sucedía.
- 7- Debate si Cantero hacía parte del plan criminal ¿Cómo explicar que este haya llamado a su jefe a contarle que estaban buscando a Henry Vahos para asesinarlo, justo en el momento en que alias Mauricio lo abordó? O ¿Cómo explicar que Cantero haya enterado a varios de sus compañeros de trabajo, que a vahos lo estaban buscando? Las reglas de la sana crítica, evidencian que ningún hombre que tenga un propósito criminal de esta naturaleza, habría hecho lo que hizo cantero. Por el contrario, un delincuente nunca pondría sobre aviso a sus compañeros de trabajo, máxime cuando estos pueden resultar afectados por estas conductas.
- 8- ¿Por qué no continuaron con el plan criminal aun después de la salida de Henry Vahos de la región? Si el procesado hacía parte del plan criminal, hubiese buscado la forma de ubicar a otro empleado de la empresa Bavaria, pues no tenía ni idea de la denuncia que ya se había interpuesto.

Con los anteriores yerros puestos de presente, arguye el censor que el a-quo incurre en una violación indirecta de la ley sustancial, a partir de errores de hecho que se configuran por falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad, que desencadenan falsos raciocinios.

En ese orden de ideas, y ante las múltiples falencias que pone de presente, acude al principio de in dubio pro reo, para lograr la absolución de su defendido de los delitos enrostrados, debiendo ordenarse su libertad inmediata.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud en lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, artículo 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

5.2. Problema jurídico

Acogiendo la limitación temática que impone la apelación, la Sala se ocupará de resolver los aspectos objeto de apelación presentados por la defensa del procesado, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

La censura contra la sentencia de primer grado centra la discusión jurídica en la valoración probatoria para definir la participación y de suyo, responsabilidad del acusado en los delitos endilgados por ente persecutor.

Para controvertir el argumento de la participación y responsabilidad, el defensor controvierte las apreciaciones del fallador de instancia buscando evidenciar los yerros cometidos al analizar la prueba de cargo, en especial por la construcción de los máximas de la experiencia, reglas de la lógica y principios de la ciencia, por la tergiversación del contenido de los testimonios, porque se les dio un alcance diverso al que realmente tenía o por la desatención de la prueba de refutación, todo ello para concluir que no existe soporte válido en la condena.

Al compás de lo señalado, La Sala resalta que la tesis del opugnante, se asemeja a un ataque de la decisión de primera instancia en sede extraordinaria de Casación, pues su análisis se afinsa en la violación indirecta de la ley sustancial, a partir de errores de hecho que se configuran por falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad, que desencadenan en su sentir, falsos raciocinios.

No obstante, el raciocinio develado por el censor, habilita a la Corporación para que aborde el estudio de la decisión en los puntos que, en realidad, controviertan la decisión del juez de

instancia, de allí que se ofrecerá respuesta acorde con cada explicación que prospere en su disertación.

Dicho lo anterior, lo primero que advierte la Sala es que la responsabilidad del procesado, tal como la planteó el cognoscente, está soportada en inferencias indiciarias, lo que impone de suyo su análisis en conjunto, esto es, dentro del contexto en que ellas se presentan, pues particularizar el indicio o fraccionarlo para examinarlo insularmente, solo contribuye a debilitar su naturaleza demostrativa, que es lo que buscan el recurrente cuando reprocha separadamente cada una de las conclusiones del fallador de instancia al extremo de presentarlas como producto de simples especulaciones, cuando en verdad hizo un estudio exhaustivo de la prueba.

Pero no solo son indicios los que llevan al conocimiento del juez a emitir sentencia de condena en contra del aquí procesado, fue al detalle el estudio del testimonio de los testigos de cargo y de descargo, que lo llevó a concluir que las incongruencias en la declaración del procesado arribaban a su participación en la conducta criminal, no obstante, el haberse demostrado con suficiencia la existencia de la estructura criminal autodefensas gaitanistas de Colombia.

Por demás arguyó que su disertación además de encontrar eco en los testimonios de Henry Vahos y del investigador de la fiscalía Jhon Alexander Sánchez Henao, las declaraciones de descargos reafirmaron la ocurrencia de los delitos investigados, pues era diáfano que en el municipio de Chigorodó operaba

una subestructura del clan del Golfo, misma que se dedicaba entre otras actividades a cometer delitos de extorsión, hallándose asimismo demostrada la exigencia económica realizada el 14 de marzo de 2018 a Henry Vahos como administrador de Bavaria ocurrida en el sector conocido como estadero Chaparral jurisdicción de Chigorodó, misma que no se consumó.

Y, precisamente por el contexto de los hechos y la forma en que ellos se presentaron era indispensable abordar el análisis de la prueba en un todo que permitiera conocer circunstancias de tiempo, modo y lugar, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho punible, para establecer la fuerza demostrativa de la prueba que soportó la conclusión a la que llegó el juez cognoscente y que no es compartida por el recurrente.

Esa estimación fue entendida palmariamente por el a-quo y por eso se encargó de analizar ampliamente la prueba para mostrar paso a paso la manera en que Eliecer Enrique Cantero Benítez participó en las conductas punibles que le fueron enrostradas, nótese que estimó la manera como Cantero Benítez arrimó a Henry Vahos, los detalles que contó sobre las conversaciones con alias Mauricio así como la interrelación con aquel, el haber acompañado a Vahos al encuentro con alias Mauricio aun cuando esa labor no fue peticionada, la coartada con sus amigos al contarles lo que estaba sucediendo, lo que facilitó la revelación de múltiples detalles que estructuraron hechos relevantes en pos de demostrar la responsabilidad que

en el concierto para delinquir y la extorsión tentada tuvo el procesado.

Sumado a ello, la manera como se llevaron a cabo los hechos tomó gran importancia en el análisis, tanto por los argumentos contradictorios del procesado con el testigo de descargo Rafael Darío Valderrama alias "mauricio", como por los elementos de juicio aportados al plenario; además por qué el procesado a Henry Vahos no le dijo el nombre de la persona que enviaba la razón del encuentro, incluso deja entrever que no le dijo que era de parte del clan del golfo sino que unos muchachos lo necesitaban; tampoco le dijo a Vahos que Rafel Darío lo estaba buscando para asesinarlo; se negó en dos oportunidades a suministrarle a Vahos el teléfono de Rafael Darío cuando por lo menos para el día 13 de marzo de 2018, un día antes de los hechos ya lo sabía; ni la víctima Vahos ni el victimario directo Valderrama - alias Mauricio - le solicitaron a Cantero acompañamiento a la víctima a la reunión, sin embargo, siempre se mostró insistente para que Vahos asistiera a la misma e interesado y atento en acompañarlo, inferencias razonables que desembocan en una exigencia de condena.

De todo este contexto el juez halló demostrada la responsabilidad del procesado, y, lo que en conjunto considera suficiente para proferir en contra del acusado sentencia condenatoria, conclusión que controvierte el apelante al señalar que los hechos indicadores no fueron debidamente acreditados al haberse tergiversado el contenido de la prueba – desconociendo las reglas de la lógica, experiencia y la ciencia -

o desatendido la refutación que a la misma se le hizo con el testimonio de Rafael Darío Valderrama.

Pero el reproche del censor no tiene vocación de prosperidad, primero porque el Juzgado *A quo* estuvo atinado cuando demeritó la credibilidad del testimonio absuelto por el mismo procesado y el señor Rafael Darío Valderrama, al tratar de sacar exculpante al acusado.

Además de lo anterior, tal como se viene ratificando del examen al material probatorio allegado a la causa, se nota que el Juzgado de primer nivel procedió correctamente cuando apreció el testimonio de la prueba de descargos, por cuanto dichos testimonios carecían de prueba alguna que los corroborara, y por ende todo lo dicho por ellos se encontraba huérfano en el proceso como consecuencia de que la defensa no cumplió con la obligación que le correspondía de llevar pruebas al proceso que abonaran todo lo dicho por sus testigos.

En contra de lo anterior se podría decir que la Magistratura está abandonando los axiomas que en materia penal orientan el principio de la carga de la prueba, ya que es innegable que conforme con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política y en el artículo 7º C.P.P. como resultado del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le concierne es al Estado por intermedio de su órgano persecutor, en este caso la Fiscalía General de la Nación. Pero de igual manera, pese a que dicha carga demostrativa no se

puede invertir, no se puede desechar que acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal de corte acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «la *incumbencia probatoria*»², tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma el impugnante en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta, lo cual no sucedió en el presente asunto, porque, como ya se dijo, el recurrente no allegó ningún tipo de prueba que permitiera ratificar lo dicho por los testigos de cargo.

Si bien señaló la prueba e indicó algunos aspectos en los que no está de acuerdo con el mérito otorgado por el A quo a dicho testimonio, no identificó las máximas de la experiencia que, según dijo, desconoció el juzgador en su proceso de valoración.

² El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba «*le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico*».

Mucho menos, precisó las razones por las cuales su aplicación resultaba necesaria para corregir la conclusión cuestionada. En ninguno de estos eventos, precisó la regla de la experiencia que considera aplicable.

Por el contrario, las postulaciones planteadas por el recurrente, no constituyen ni hacen alusión a un comportamiento humano adquirido con el uso, práctica o el vivir y, menos aún, que sean el resultado de prácticas colectivas sociales que, por lo consuetudinario de estas, se repitan dadas las mismas causas y condiciones, y produzcan con regularidad los mismos efectos y resultados³.

En este punto de la exposición, vale la pena recalcar, que no pueden ser tenidas como válidas las apreciaciones subjetivas hechas por el defensor de Eliecer Enrique Cantero Benítez, en cuanto a que Si Eliecer Cantero, era cómplice de las conductas y conocía el plan criminal, ¿Por qué ser, el mismo, la persona que buscaría a Henry Vahos?, ¿No le habría resultado mejor, que Vahos hubiese sido contactado por otro integrante del clan del golfo y así no levantar sospechas? La lógica indica que quien quiera llevar a cabo un plan criminal, buscaría los medios adecuados para consumar el acto y no ser descubierto. Para el efecto debe recordarse que el mismo Cantero Benítez quiso hacerse pasar por un simple transmisor de la información, sin tener incidencia en lo que estaba sucediendo, y en esa medida se reconoce el argumento de la defensa, porque es claro que con su actuar buscó los medios para que se consumara el acto

³ CSJ SP, 1 jun. 2016, rad. 45585.

criminoso, alegando ser inocente de lo que estaba pasando, pues implemente estaba transmitiendo una información, esto es, buscaba, bajo esa ingenua postulación, no ser descubierto como un participante dentro del entramado criminal.

En esa misma línea, en sus manifestaciones el señor Cantero Benitez puntualizó *“yo le dije Henry si usted le da miedo ir por allá yo lo acompaño para que usted no vaya solo y eso fue lo que hice, yo acompañe a Henry para que él no fuera sólo la reunión”*, esto es, el mismo procesado se ofreció a llevarlo hasta el lugar del encuentro donde se iban a realizar las exigencias extorsivas, contrario a lo manifestado por el testigo Rafael Valderrama, quien de manera tajante indicó que nunca le solicitó al procesado que realizara tal labor, lo que permite arribar a una única conclusión, Cantero Benítez quería asegurarse de que el señor Henry Vahos asistiera a la cita acordada, y de hecho así se entiende cuando en su interrogatorio señala *“El acompañamiento le quise dar a Henry es porque yo sabía que Henry es una persona que no conoce la zona, lo iban a llevar a un sitio, entonces de pronto no sabía para dónde era, y le dije Henry si quieres yo la acompañó”*.

Es de anotar que la anterior deponencia se contrapone con lo expresado por el mismo Rafael Darío Valderrama Grisales, quien en sede juicio oral averó, al preguntársele el por qué Eliecer Cantero acompañó a Henry Vahos, *“Porque el señor cantero fue acompañar a el compañero a la reunión, porque el compañero le daba miedo ir solo, porque de pronto le fuéramos a hacer algo”*, contradicción esta, que no cuenta con soporte

alguno, pues tanto Henry Vahos como Eliecer Cantero manifestaron que este último, se ofreció a acompañarlo. Lo anterior solo reafirma la tesis que la Sala viene sosteniendo.

Dígase además, que de lo escuchado en el interrogatorio al señor Eliecer Enrique, pretende pasar inadvertido e ingenuo ante todo lo que sucedió, no obstante, fueron varias las labores que emprendió de manera unilateral, como suele hacerlo un participante de la estructura armada, porque de lo contrario no tendría sentido que todo su actuar fue con la devota voluntad de ayudar a alguien que no conocía – Henry Vahos – con el cual no tenía ninguna relación pues llevaba algunos días en el sector como representante de ventas de Bavaria.

Ahora bien, en algunos apartes de su declaración manifiesta que algunas labores las ejerció de esa manera – como propias – porque sintió que también lo estaban amenazando a él, y en razón de ello, colaboró, pero es que en esta punto, también se evidencian irregularidades en su dicho, pues bajo que supuesto se imagino ello, más aun, cuando nunca le dijeron que lo amenazaban o que debía ayudar pues de lo contrario atentarían contra su familia, máxime cuando a Rafael Valderrama lo conocía desde los años 90, pues llegó a contratar sus servicios para repartir el surtido de Bavaria. Con naturalidad debió aquel decirle que sino le ayuda lo mataban o atentarían contra algún miembro de la familia, lo que nunca sucedió.

Además, en su declaración Rafael Valderrama al preguntársele cuál fue el favor en concreto que le solicitó al procesado, aquel

puntualizó *“Que necesitaba hablar con el señor Henry Baos, de parte del Clan del Golfo”*. Se pregunta entonces la Corporación, ¿por qué Eliecer Cantero se evidenció con sus actos tan vinculado en las labores realizadas para con Henry Vahos? Interrogante que solo ratifica el grado de colaboración que tuvo en el entramado criminal.

Irregular también se avistan sus atestaciones cuando de manera pormenorizada detalló lo que Rafael Valderrama le dijo en su primer encuentro, esto es, que, Henry Vahos era un policía y lo iban a asesinar, postulaciones que nunca le refirió al representante de Bavaria, por el contrario *“Yo le dije que había una gente que me habían abordado y me habían preguntado por él, y que en el municipio de Chigorodó me había abordado otro señor y me había mostrado una fotografía de él diciendo que necesitaban hablar con él, qué necesitaban darle una razón, yo en ese momento no le dije a Henry que estaban diciendo que lo iban a matar, me pareció pues que no era lo correcto, que no debía decir yo sino que lo debía decir la otra persona, yo nunca le dije a Henry de La amenaza de que lo iban a matar, entonces Henry me dijo yo tengo el carro varado yo me voy para montería y cuando ya vaya a regresar le aviso para que vayamos a la reunión”*. Se pregunta la Corporación que lo llevó a guardarse tal información, pues la lógica, en este tipo de situaciones enseña que, si su intención era salvaguardar la integridad y vida de Henry Vahos, debió contarle en su integridad lo que sucedía, para que así, estuviera preparado ante cualquier avistamiento irregular que se presentara.

A su vez quedó claramente demostrado con los dichos del testigo de cargos que el intermediario entre los extorsionistas y él, fue el señor Eliecer Enrique Cantero Benítez, pues a pesar de que en reiteradas oportunidades les solicitó el número de la persona que lo solicitaba, aquel nunca se lo dio, a pesar de que a Rafael Valderrama lo conocía desde los años 90 y sabía dónde lo podía localizar por ser ampliamente conocido en la zona, ello entendiéndose, que de primera mano no tuviera el contacto telefónico, fácil si era ubicarlo, pues así como acudió a Mario Carvajal para que le diera el número de Henry Vahos, porque no hacer lo propio frente a la petición del representante de ventas de Bavaria, saliendo nuevamente a relucir más dudas que resoluciones de convencimiento frente al dicho del procesado. En esa medida la experiencia general indica que cuando este tipo de inconvenientes suceden, esto es, se acude ante una persona, para ser el enlace de un actuar ilícito, aquella en la medida de sus posibilidades, trata de alejarse de evidencias que lo puedan vincular de manera directa, pero en este caso, por el contrario, Eliecer Cantero se abrogó facultades que al parecer no tenía, pero que solo afianzan su participación en los hechos en mención.

De otro lado, el recurrente manifiesta su desconcierto en la decisión de instancia al no darle el valor probatorio a lo manifestado en juicio por el ciudadano Rafael Darío Valderrama Grisales alias "Mauricio", al que considera el testigo más importante dentro del trámite, pero vuelve el censor a quedar corto en su crítica porque no debate el análisis que

sobre el particular hizo el juez de instancia, por el contrario del plexo probatorio se evidencia que fue contundente el análisis que de tal testimonio hizo el fallador primigenio, resaltando una a una las contradicciones en las que entró con el testigo Rafael Darío Valderrama, conocido con el alias de Mauricio, sujeto que afirmó que en momento alguno le pidió a Cantero que acompañara a la víctima a la reunión, solo que hiciera el favor de llevarle la razón y le avisara a él la fecha de la misma, al punto que se sorprendió cuando vio a Cantero en el lugar donde se reunió con Henry Vahos, así como también las ordenes impartidas por aquel fueron cumplidas por el procesado, precisamente cuando le dijo a Cantero que al encuentro la víctima no podía llevar carro ni celulares, ingresando al sitio de encuentro en la moto de Cantero y sin celular.

Es cierto que cuando declaró en el proceso Rafael Darío Valderrama, dicho individuo adveró sobre la ajenidad del procesado Eliecer Enrique en las delincuencias de extorsión confesadas por él, por cuanto aquel no tenía conocimiento de lo que estaba sucediendo, pero, de igual manera, considera la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinado al descalificar la credibilidad de lo declarado en tales términos por el testigo de marras, primero por cuanto dicho deponente, como buen peón en una partida de ajedrez, actuó con la intención de proteger o de favorecer a su encubridor y cómplice, por cuanto él, como consecuencia de su calidad de delincuente confeso, nada tenían que perder y segundo en la actuación existen pruebas, con las cuales se demuestra que el ahora procesado Cantero

Benítez colaboraba con la estructura criminal de las autodefensas gaitanistas de Colombia en el Urabá antioqueño, pues no existe otra razón de peso, para que aquel arriesgara sus 25 años de trabajo por solo llevar razones – para salvaguardar la vida e integridad de su familia- cuando tal razonamiento no encontró soporte alguno.

Es así como la coartada defensiva no fue descartada inmotivadamente, sino con soporte en bastantes razones conducentes para concluir que el testigo es mendaz, en suma, porque: *i)* tenían interés en favorecer al procesado, motivados por vínculos de amistad y participes de la estructura criminal; *ii)* no hay soportes suficientes de que aquel desconociera lo sucedido, *iii)* es inverosímil el motivo que el señor Eliecer Cantero esbozó para desplazarse y acompañar a Henry Vahos a la reunión y *iv)* la proactividad con la que actuó Cantero Benítez distan mucho de un hombre que solo quería salvaguardar la integridad suya y de su familia.

En ese orden es claro, la prueba presentada por la defensa de Eliecer Enrique Cantero Benítez, no goza de mayor entidad, como para afectar el poder de convicción que generan las evidencias introducidas al juicio, por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, que demuestran que el señor Eliecer Enrique, fue la persona que estuvo en contacto con Henry Vahos trasladándole información acerca de la extorsión contra Bavaria, así como fue aquel quien se desplazó al encuentro con el integrante de las autodefensas gaitanistas de Colombia, lugar donde le informaron los pormenores de la “vacuna” para que

siguieran trabajando y que estuvo en contacto y en compañía de Rafael Darío Valderrama Grisales confeso integrante de dicho grupo al margen de la ley, por lo cual se puede llegar la conclusión de que el procesado prestó una ayuda o contribución para la realización de los punibles desaprobados, mediando un acuerdo previo a la realización de las conductas investigadas.

Al margen de lo hasta ahora expuesto, el petente de manera genérica y a modo de dicho sea paso, echa de menos que el sentenciador de primer grado no hubiera valorado el error de tipo por ausencia de dolo, que planteó como tesis defensiva en sus alegatos finales, pero valga reiterar, no desarrolla en esta instancia. Par mayor ilustración, el argumento fue expuesto en el recurso de alzada con las siguientes palabras *“En estas condiciones, el a quo, tenía el deber de estudiar la configuración de las categorías dogmáticas en el caso en estudio, a partir de una adecuada valoración de prueba. Maxime que esta defensa informó al Despacho, sobre la aparición de un error de tipo que se presentó por la ausencia del dolo en las conductas. De haber sido estudiada la propuesta de la defensa, no hubiese quedado otro camino que absolver por atipicidad”*.

El tema así expuesto solo es un enunciado, que no tuvo ningún desarrollo argumentativo, al margen del sesudo análisis realizado por el sentenciador primigenio, siendo contundente respecto a la valoración realizada a efectos de establecer que el procesado conocía y participaba de la estructura criminal, tal como lo explicó en el fallo impugnado, sin que se aprecie yerro alguno en la valoración de la prueba, el que tampoco devela el recurrente. Nuevamente, acude a enunciados genéricos que

soporta en su personal forma de evaluar la prueba, la cual no fue omitida, sino valorada de forma distinta a la expresada por el letrado, quien insiste en afirmar, sin acreditarlo fundadamente, que no se demostró la conducta dolosa de su prohijado.

Distanciado de esas exigencias del recurso de apelación y de la debida argumentación propia del recurso de alzada, las expresiones de inconformidad consignadas por el actor se basan en una valoración general, escueta y abstracta desde su particular perspectiva acerca de la forma como él entiende que ocurrieron los hechos, pues en verdad eso fue lo ofrecido al limitarse a exponer a manera de interrogante su personal e interesada apreciación de los diversos medios de prueba, con la aspiración de que la Corporación considere ese ejercicio de mejor valor que el plasmado en la instancia primaria.

Como resultado de todo lo expuesto, no tiene asidero que la defensa postule la hipotética presencia de duda desde la exposición de un contexto probatorio disímil y alternativo conjugado con críticas inanes en cuanto al mérito suasorio de la prueba, a manera de interrogantes que, en su sentir, no se compaginan con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia.

Esto para significar que los argumentos del censor, no solo son irrelevantes, sino que resultan contradictorios, pues de una parte afirma que no se probó la comisión del ilícito que le enrostran, pero tampoco justifican en forma adecuada, los argumentos

expuestos por el fallador de instancia a efectos de acreditar su teoría.

Sumado a ello, es bastante criticable el proceso de contradicción de la prueba de cargo efectuado por este profesional del derecho, pues censura la investigación del ente persecutor, así como la participación de su prohijado en los hechos materia de investigación, pero no aporta ningún elemento material probatorio que diese cuenta de una manipulación grosera, señalamiento erróneo o cualquier otro aspecto que restara poder suasorio a la prueba arrimada, dejando todo en simples conjeturas y argumentos que -aunque muy respetables- carecen de relevancia jurídica, para efectos de restablecer la presunción de inocencia que fuera desvirtuada acertadamente por la Fiscalía durante el juicio oral.

Por consiguiente, los argumentos de la defensa se ofrecen insuficientes para infirmar las reflexiones plasmadas por el *a quo* acerca de la convergencia de los requisitos legales para dictar condena en contra de Eliecer Enrique Cantero Benítez, al compadecerse los racionios del sentenciador con los elementos de juicio recaudados valorados conforme la sana crítica.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c79dc6b49bdc76ed3bcafccebe28d865713f2b6dde867a7330571
16817350a96**

Documento generado en 07/10/2021 04:21:21 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO:	053616000337201800018
INTERNO:	2020-0794-2
DELITO:	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO:	JAIME ARTURO OQUENDO
DECISIÓN:	CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, siete (7) de octubre dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 090

1. ASUNTO

Concierne al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuestos por el abogado Jaime Chacón Gómez en su condición de representante judicial de víctimas, en contra de la sentencia emitida el 20 de agosto de 2020 por el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, mediante la cual

¹ | presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

absolvió al señor Jaime Arturo Oquendo del cargo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El a-quo delimitó el aspecto fáctico en los siguientes términos:

“El día 19 de junio de 2018, se recibió por parte de la comisaría de Familia de municipio de Ituango, denuncia de oficio por la presunta comisión de delitos de actos sexuales con menor de 14 años, de la cual fue víctima la niña M.J.G.H. de 5 de edad, en donde se identificó como presunto autor al señor JAIME ARTURO OQUENDO, anexando la denuncia anónima que puso en conocimiento la presunta agresión sexual a la menor por el joven Jaime apodado “Chum” y el respectivo examen médico legal a la víctima”.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Elevada solicitud de audiencia preliminar de formulación de imputación y de medida de aseguramiento, solicitada por la fiscalía 17 delegada contra JAIME ARTURO OQUENDO, se concentran las audiencias preliminares mentadas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ituango con Funciones de Control de Garantías, el 23 de octubre de 2019 se formuló imputación al mentado ciudadano por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado (artículo 209 C.P.), cargos a los cuales no se allanó. Accediendo al pedimento de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Se presentó escrito de acusación por el mismo cargo el día 19 de diciembre de 2019, correspondiéndole la actuación por

reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, tramitando la diligencia correspondiente el día 31 de enero de 2020, en donde el delegado del órgano de instrucción presentó al inculcado los mismos cargos fácticos y jurídicos.

El 11 de marzo de la misma anualidad tuvo ocurrencia la audiencia preparatoria y el juicio oral se desarrolló durante los días 6 de mayo y el 28 de julio, última calenda en que las partes expusieron sus alegatos de conclusión y el titular del Despacho emitió sentido absolutorio del fallo; el 20 de agosto del mismo año se dio lectura a la sentencia que ahora se examina en su legalidad, merced a que la representación de víctimas manifestó su inconformidad con lo allí decidido y con oportunidad hizo la sustentación respectiva.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

En el fallo materia de revisión², el funcionario de primera instancia, después de recordar los hechos que motivaron el proceso y los alegatos de conclusión de las partes, plasmó las consideraciones del caso.

En el punto, indicó que en el asunto se centraría en determinar si el grado de eficacia de los elementos de prueba allegados son suficientes para fundamentar la determinación de los hechos relevantes, valorando los elementos de la persuasión racional o

² Folio 14 – 47 de la carpeta digital rotulada “2019-00073 folio 64 al 98 – juicio-sentencia-sustentación del recurso”.

la sana crítica; pasando a continuación a citar la normativa que regulan los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria y el contenido literal de la conducta punible endilgada.

En ese orden, partiendo del hecho de que para el a-quo del debate del juicio oral impide que se pueda emitir un fallo de condena en contra de Jaime Arturo Oquendo fue escasa e insuficiente para lograr el objetivo pretendido, en el entendido que "la pobre labor de investigación", no permitió llevar a juicio elementos de prueba convincentes.

Luego trae a colación las dudas que se evidenciaron sobre la ocurrencia de los hechos desde la audiencia de la formulación de acusación, la inadecuada identificación del procesado y la falta de precisión en las circunstancias fácticas que rodearon los hechos objeto de investigación, exponiendo su análisis en los testimonios de la comisaria de Familia Elizabeth Álvarez Ruiz, la galena Natalia Martínez Arias, y los testigos Blanca Cecilia Zapata Espinoza, Flor María Correa Zapata y Kelly Tatiana Ramírez Quintero.

Con base en lo anterior concluye el juzgador que la falta de claridad sobre aspectos tan cruciales cómo, cuándo y dónde se llevaron a cabo los hechos, da al traste con la pretensión punitiva estatal.

Siguiendo con su argumentación, afirma que más allá de que las versiones sobre el relato coincidente de cómo fueron los actos sexuales era algo que debía aclarar la fiscalía o al menos

proporcionar elementos y ahondar en el tema para poder estructurar un argumento que permitiera establecer que el hecho (s) ocurrieron, pero además, fue insuficiente el material probatorio arrojado por el acusador, echando de menos la entrevista o valoración psicológica, la cual pudo arrojar mayores elementos para soportar la veracidad en los dichos de la víctima, explicándose el por qué de las versiones de la infante, de sus problemas de ubicación espacial y temporal frente a los hechos, el motivo de su negativa a contestar como fue tocada en sus partes íntimas y todo aquello que podría aportar el mentado documento, mismo que pudo ser recaudado sin problema alguno, pero que no fue de interés para el ente persecutor.

Refirió además que la valoración médico legal realizada a la menor dejó serias dudas sobre la ocurrencia del punible, primero porque no se logró referencia de cuando ocurrió el presunto acto sexual, también porque el mismo en establecer que el eritema que presentaba la paciente no es necesariamente causa de un tocamiento de ese tipo sin confirmar a qué se debía el enrojecimiento encontrado en la infante.

De otro lado, si bien en la diligencia de juicio oral se habló de una persona de nombre Carmen, misma que puso en conocimiento los hechos materia de investigación, la fiscalía no procuro traer ese crucial testigo a la vista pública, considerando que *“si la razón era el temor de la misma a represalias, pues las herramientas que se le dan al ente acusador son dispuestas por la ley y pudo hacer uso de ellas en aras de protección a esa*

testigo, más aun cuando se trata de la integridad y formación sexual de un menor de lo que se investiga su vulneración".

Escasea la identificación que del acusado se hace, al tiempo que los testigos comparecientes no fueron indagados sobre si reconocían al procesado como el vecino, o Jaime o el alias "chum", como la persona que había realizado tocamientos contra la menor víctima, considerando la inexistencia de prueba directa del acaecimiento de la conducta endilgada al procesado.

Finalmente de los testimonios se acopiaron varias descripciones que no fueron concretadas por la fiscalía, es decir la menor en la evaluación médico legal, relata que es tocada con la "chola" haciendo referencia a un pene, en su vagina, la cuidadora inicial de la infante Blanca Zapata refirió que la menor le dijo que "JAMIE me toca, me lleva la mano para que le toque el pene de él", reiterando que la niña le dijo que él si se tocaba, y le llevaba la mano para tocarlo a él, por otra parte, la testigo Flor Correa Zapata, expresó que la niña le manifestó que la tocaba con los dedos y le mostraba el pene, por último, de la entrevista de la menor rendida bajo normas del protocolo SATAC fue clara la investigadora en relatar que la niña no manifestó con que había sido tocada que solo se remitía a firmar que habían tocado su vagina, una sola vez y que Jaime su vecino lo había hecho, carga que le correspondía aclarar a la Fiscalía General de la Nación, limitándose a aportar dichos testimonios, sin que se hayan desvirtuado las declaraciones de las partes, por lo que resolvió emitir una sentencia absolutoria.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El representante de víctimas en su escrito de impugnación, luego de narrar los hechos y los fundamentos del a-quo para emitir condena, estimo que con la absolució del procesado se vulneraron los derechos de la víctima, pues en su sentir, "muy seguramente", con las versiones de la comisaria de familia del municipio de Ituango, doctora Paola Andrea Gutiérrez Marín y el jefe de la unidad básica de investigación de la misma municipalidad Int. Diego Alberto Giraldo Quintero se habría podido obtener información de la persona responsable en la omisión de la práctica de la entrevista a la menor víctima, así como también en el juicio se hubiera recopilado información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevaron acabo los hechos criminosos contra la infante.

Recrimina que no se hubiera escuchado en el juicio a personas que tuvieran conocimiento directo del hecho, así como investigadores que realizaron labores de campo en la investigación.

Asimismo, afirma que debió decretarse la nulidad de lo actuado, pues al no conocerse la edad del procesado, el juez cognoscente carecía de competencia para adelantar el trámite de conocimiento, así como también no se escuchó a la menor en el estrado.

A la postre censura la débil investigación que realizó el ente persecutor en la causa, lo cual conllevó a la decisión

absolutoria, invocando a través del amparo al debido proceso, rehacer el trámite procesal en mención.

Para finalizar, reescribe copiosa jurisprudencia, así como también menciona los artículos 44 de la constitución política, 11 de la ley 1098 de 2006 y 137 de la ley 906 de 2004.

6. PRONUNCIAMIENTO NO RECURRENTE

En su calidad de no recurrente, el defensor del procesado manifestó, tal como lo señaló en los alegatos finales, la evidente duda probatoria que flotaba en la presente causa, por cuanto la fiscalía no logró derruir la presunción de inocencia que cobijaba su defendido.

Señala que no se logró demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, elementos trascendentales para afinar la teoría del caso del ente persecutor, máxime cuando no se puede invocar la condena de una persona con pruebas gaseosas, pues en su sentir, no se puede “cual escopeta regadera a ver con un disparo a cuantos les doy”.

Refiere que el asunto de la edad del investigado – a través de una petición de nulidad- fue un tema debatido en su momento, el cual se decidió de manera negativa a su querer por parte del a-quo, por lo que en esta oportunidad no es viable retomar el

mismo, ante decisión absolutoria que favorece los intereses de su defendido.

En ese orden de ideas, solicita se confirme la decisión de instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

7.2. Problema jurídico

Plantea el representante del victimas dos temas para ser dilucidados en la apelación: uno, rotulado como principal, procurando la nulidad de lo actuado con fundamento en la falta de competencia del juzgado de primera instancia y segundo por violación al debido proceso; y, otro subsidiario, persiguiendo la revocatoria de la sentencia absolutoria objeto de censura y en consecuencia, demandando la condena del procesado.

En ese orden, por virtud del principio de prevalencia se analizará como primer problema jurídico si en el proceso de aducción probatoria se ha incurrido en quebrantamiento de normas de

rango fundamental o legal que impliquen nulitar lo actuado por violación a garantías y derechos fundamentales.

Superado el análisis anterior, se procederá a valorar los medios probatorios debidamente incorporados al proceso penal para determinar si existen sustentos que permitan confirmar o, por el contrario, su poder suasorio no permite edificar una sentencia absolutoria imponiéndose la obligación de emitir una decisión de condena.

- **De la alegada nulidad por falta de competencia y violación al debido proceso.**

Respecto a la nulidad por falta de competencia es preciso mencionar que en la diligencia de formulación de acusación, el juez conecedor de la causa, una vez hecha la presentación de las partes, solicitó a las mismas emitieran pronunciamiento sobre causales de impedimento, recusación o nulidad que invalidaran lo actuado, manifestando el apelante “sin ninguna novedad señoría”³, audiencia que llegó a su fin sin novedad alguna. Con total tranquilidad y sin que se elevaran solicitudes nulitatorias transcurrieron la diligencia preparatoria de juicio oral y la práctica probatoria del juicio oral.

Ya en sede de alegaciones finales, la defensa del procesado solicita la nulidad de lo actuado por cuanto por falta de competencia debido a que “existe atemporalidad de la denuncia, no existe una fecha específica de la aparente ocurrencia de estos hechos, en nuestras cuentas da que para la

³ Diligencia de formulación de acusación de fecha 31 de enero de 2020. Min: 3: 48

fecha en que fue colocada la denuncia el señor Jaime Arturo Oquendo era menor de edad y eso fundamentado en que la denuncia y eso fundamentado en que la denuncia fue colocada el 18 de julio de 2018 y Jaime Arturo nació el 2 de diciembre de 1999⁴, siendo increpado por el a-quo quien le cuestiona “doctor verifique esa afirmación, haga la cuenta bien”⁵, fundamentando su reproche, en el entendido si bien el procesado cuenta con 19 años de edad para la fecha de la denuncia, al no saberse la fecha exacta de los hechos, los mismos pudieron haber ocurrido cuando aquel era menor de edad, basándose en el testimonio de la señora Flor Marina Correa Zapata.

El a-quo decreta un receso par resolver la solicitud y emitir el correspondiente sentido del fallo, por lo que, una vez reanudado el trámite, solicita al delegado del ente acusador, así como a la representación de víctimas, manifestación sobre el pedimento de nulidad elevado por la defensa. Al unísono ambos sujetos procesales manifestaron que no tenían observación alguna⁶.

Para resolver el asunto puesto de presente, el juez singular manifestó que una vez escuchados los registros de audios, en ninguno de sus apartes, se oyó a la testigo Flor Marina Correa Zapata hablar de la ocurrencia de los hechos desde hacía un año atrás, así como tampoco logró ubicarse elemento material de prueba que diera a pensar, la minoría de edad del procesado, al momento de los insucesos, concluyendo que no

⁴ Diligencia de juicio oral- alegaciones finales- de fecha 28 de julio de 2020. Min 28:50

⁵ Diligencia de juicio oral – alegaciones finales- de fecha 28 de julio de 2020. Min 29:32

⁶ Diligencia de juicio oral – sentido del fallo- de fecha 28 de julio de 2020. Min 1:35

procedía la petición, significando además, al ser un auto de trámite no procedía recurso alguno⁷.

Frente a lo solicitado por el representante de víctimas, encuentra la corporación que el planteamiento del apelante sobre la falta de competencia es extemporáneo, porque en la audiencia de formulación de acusación, es el escenario propicio para que las partes e intervinientes **“expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere,** y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”⁸.

Además de ello, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que las solicitudes de nulidades presentadas en sede de juicio oral deben ser resueltas por el fallador en la sentencia que de fin a la instancia, por ello, el a-quo debió rechazar de plano dicha solicitud, pues esas peticiones se resuelven, tal como ya se ha dicho, en la providencia.

Una decisión que ya la Corporación perfila, sosteniendo la ausencia de afectaciones sustanciales que ameriten nulidad en este caso, tiene un antecedente vertical, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal⁹, en situación similar a esta, argumento:

⁷ Diligencia de juicio oral – sentido del fallo- de fecha 28 de julio de 2020. Min 7:18

⁸ Negrillas fuera del texto original.

⁹ CSJ-SP radicación 58.395 del 25 de noviembre de 2020.

Lo anterior se aviene a la decisión legislativa de generar un espacio procesal amplio y específico para que la defensa, si a bien lo tiene, haga las solicitudes ya referidas sobre el escrito de acusación, así como a la consagración del juicio oral como el escenario natural para rebatir la pretensión punitiva del Estado.

Ello también se desprende de la organización del proceso en varias etapas, en cada una de las cuales deben agotarse las actuaciones que se erigen en presupuesto de las asignadas a las fases siguientes. Así, por ejemplo, la concreción de la acusación es presupuesto de la delimitación del tema de prueba y, a su vez, este determina el descubrimiento probatorio. En la misma línea, estas actuaciones son la base de la explicación de la pertinencia, y lo que se decida en la audiencia preparatoria incide la práctica de las pruebas en el juicio.

Sumado a lo anterior, el hecho de que la defensa no está obligada a pedir la aclaración de la acusación ni a cuestionarla en algún otro sentido (*porque, valga la repetición, ello puede hacer parte de su estrategia frente a esta actuación de su antagonista*) no implica que esté habilitada para paralizar, a su antojo, alguna de las fases subsiguientes, a través de una solicitud de nulidad centrada en supuestos defectos de la premisa fáctica de los cargos, cuya corrección pudo haber solicitado en la fase procesal dispuesta para ello.

Según se indicó, si no hace uso de la oportunidad que le brinda el ordenamiento jurídico frente a esa actuación –de parte- de la Fiscalía, el siguiente escenario para cuestionar los cargos es el juicio oral, durante el debate probatorio, los alegatos de conclusión –*clausura*-, la interposición de recursos, etcétera.

(...)

Lo anterior reafirma la idea de que el legislador, dentro de su libertad de configuración, estableció los escenarios procesales en los que son procedentes algunos debates, en orden a dotar de orden y funcionalidad la actuación. Ello se traduce en que algunos temas, cuya trascendencia no se discute, sean impertinentes en algunas fases de la actuación.

Aunque lo anterior es suficiente para concluir que la solicitud presentada por la defensa es manifiestamente impertinente, por lo que debió ser rechazada de plano, no puede pasar inadvertida la falta de sustentación de la pretensión, pues el defensor se limitó a opinar que los cargos son indeterminados, pero no dedicó una sola línea a analizar el contenido de la premisa fáctica de la acusación, donde se mencionaron detalladamente los procesos afectados por la inacción que se le imputa al procesado, las consecuencias que de ello se derivaron y se hizo notar que algunos de ellos correspondían a delitos de homicidio, lo que dio lugar a la inclusión de la circunstancia de

agravación prevista en el artículo 415 del Código Penal. Igualmente, allí se precisaron los lapsos durante los cuales esas actuaciones estuvieron a cargo de GONZÁLEZ HERRERA y se dijo expresamente que este, además de propiciar la prescripción de la acción penal, omitió declarar la ocurrencia de dicho fenómeno jurídico”.

Además de ello, existe por parte del censor falta de interés para recurrir ese aspecto por el recurso de alzada, en tanto no fue alegado por él ante el a-quo, ni fue motivo de pronunciamiento por su parte, recuérdese que se pierde el interés jurídico para acudir en sede de apelación cuando en oportunidad previa legalmente prevista no alega el presunto yerro, que en esta oportunidad alega. Así ha sido determinado en decisiones del máximo tribunal de la justicia ordinaria, al señalar que *«los temas no censurados con relación al fallo del juez a quo, o aquellos que fueron resueltos en las instancias acogiendo sus solicitudes»*¹⁰, no pueden ser decididos a través del presente recurso, salvo las excepciones establecidas por la jurisprudencia de ese alto órgano colegiado.

Ahora bien, la determinación del juez, encaminada a la no concesión de la petición que elevara la defensa en su momento, valga resaltarse, tampoco fue cuestionada, sino aceptada por el profesional de víctimas que representa a la menor, tanto así, que no efectuó ningún reparo frente a esa decisión en desarrollo de la vista pública, ni en el trámite del proceso ordinario.

Para concluir los disertos del recurrente, la primera instancia se pronunció en la sentencia, sobre el tópico, que en esta

¹⁰ Cfr. CSJ. AP. 28 de septiembre de 2016, Rad. 48443.

oportunidad alega como nulitatorio, encontrando la Corporación que los mismos se fundamentan a su vez, en los argumentos de la sentencia absolutoria, pues bajo el raciocinio del juez de instancia, ni la fecha de los hechos ni los momentos de ocurrencia de los mismos, fueron demostrados, siendo uno de los aspectos trascendentales para no derruir la presunción de inocencia que cobijaba al procesado.

Por tanto, la solicitud de nulidad deprecada resulta abiertamente improcedente, además de las razones ya mencionadas, supone abrir otro espacio procesal para prolongar un debate que ya fue objeto de controversia y que fue resuelto por el juez competente, lo que devela un desconocimiento por parte del abogado representa de víctimas del principio de preclusividad, el cual señala que cada trámite procesal se cumple a partir de etapas previstas en tiempo y oportunidades diferentes, las cuales son obligatorias para el juez y los demás sujetos procesales, por lo que una vez superadas impiden devolver la actuación.

Como otro punto de disenso, alega el representante de víctimas la violación del debido proceso, punto que afinca, en adicional argumento de nulidad, pues en su sentir, se deriva la violación del mismo de la “comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso”, las que identifica en la falta de diligencia por parte de la Fiscalía General a la hora de realizar una adecuada labor investigativa, y que ello derivo en que no se lograra la identificación del procesado y no se escuchara a la menor víctima.

En este evento, el opugnante para argumentar su pretensión invalidatoria, se limitó a consignar “por cuanto no se identificó al procesado lo cual se desprende de la omisión de concretar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, y esto nos llevó a la duda respecto del juez competente para conocer del asunto, toda vez que al no tenerse probado la fecha de ellos hechos no se estableció si el procesado era menor o mayor de edad para ese momento” y, a renglón seguido, dice: “No se escuchó a la menor como un derecho fundamental que ella tiene como víctima”.

Lo transcrito impide precisar las normas vulneradas, sin que además se pueda determinar, con exactitud, lo pretendido, pues no señala de qué manera se menoscabaron los derechos sustanciales de los sujetos procesales y tampoco insinuó, siquiera, cómo se superaban los parámetros que determinan la nulidad: convalidación¹¹, protección¹², instrumentalidad de las formas¹³, trascendencia¹⁴ y residualidad¹⁵ con el propósito de identificar la falencia que alteró el rito legal.

Al respecto habrá de decirse que resulta al menos complejo, cuando no impropio, interferir en tópicos pertenecientes a las esferas interiores del delegado fiscal que para ese entonces estaba encargado de ese despacho, y menos deducir de su postura un síntoma siquiera de descuido, dejadez o impericia trasuntos de vulneración de caros derechos procesales, si lo que

¹¹ Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

¹² El sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

¹³ Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

¹⁴ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

¹⁵ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

sin interferencias se nota es que, a lo sumo aflora una discrepancia en punto de la estrategia, que el representante de víctimas cree calificar mejor que la del representante del ente acusador.

Pero si lo que el apelante busca es afianzar su premisa nulitatoria en que debió adelantarse una adecuada investigación penal -A efectos de hacer justicia para el interés de la víctima- trayendo testigos contundentes para demostrar la responsabilidad penal del procesado, debe recordarse que el ordenamiento procesal penal que gobierna el modelo acusatorio el encargado de tramitar la acción penal es la Fiscalía General de la Nación, por lo que en un modelo procesal en el que la regla general es la legalidad, la persecución penal es un deber jurídico y no una facultad (discrecional), como bien lo enfatizó el artículo 2º del Acto Legislativo No 03 de 2002: ***“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...”***, y no solo eso sino que en la norma superior se estableció el efecto que tal naturaleza imperativa acarrea: ***“No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal,...”***. Es por ello que es la misma Fiscalía quien realiza controles con el fin de determinar si el hecho que se pone en conocimiento de las autoridades se subsume dentro de la descripción típica de un delito, la decisión de admitir una denuncia no implica, el derecho del denunciante a obtener una acusación y menos una sentencia; la fiscalía investigará si hay elementos materiales probatorios o evidencia física que sustenten la denuncia presentada y, en caso de haberlos,

proceder a ejercer la acción penal, conforme al delito que estime demostrado.

El sistema adversarial con tendencia acusatoria exige el ejercicio y sostenimiento de la acción penal por medio de un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral, es decir, la acusación, en los sistemas adversariales y acusatorios, es un acto de parte insustituible, pues no puede haber juicio sin acusación previa; en Colombia la Fiscalía, como dueño de la acción penal, según el artículo 250 de la Constitución Política, tiene la obligación y el deber de solicitar la audiencia de formulación de acusación cuando surjan elementos materiales probatorios que lleven a configurar un comportamiento típico y respecto de una persona de la cual surgen indicios de participación en su comisión.

Esto último se articula con la exigencia de la verificación de los principios que rigen las nulidades procesales, según la jurisprudencia del órgano de cierre de la justicia ordinaria pacíficamente lo ha decantado¹⁶, en concreto para este caso con el de trascendencia, porque aún si aceptásemos, solo en gracia de discusión, que existe irregularidad en la decisión del Juez cognoscente de adelantar las audiencias correspondientes conforme a las normas legales y constitucionales, ninguna

¹⁶ La jurisprudencia tiene establecido que el decreto de la nulidad procesal está condicionado a la previa demostración de que el yerro judicial supere las previsiones de los siguientes principios: "Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular." (CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; y, AP2399-2017, Rad 48965, 18 abr 2017, entre otras)

afectación real a los derechos de la víctima se avizora, cuanto más que las audiencias ante el juez de conocimiento discurrieron con absoluta normalidad, sin que en la misma se observen actos de las partes que ameriten el menor reproche, con lo que asimismo aplica aquí el principio de instrumentalidad.

En suma, como el cargo propuesto falta a la precisión y claridad exigidas, pues, se itera, el censor no identificó si la irregularidad afecta la estructura del proceso o las garantías de la víctima, así como la trascendencia para trastocar la legitimidad del trámite o su validez el reproche necesariamente debe ser inadmitido.

- **Sobre la responsabilidad penal del acusado**

Siendo entonces que los cargos de nulidad no prosperan, pasa la Corporación al estudio del segundo problema jurídico planteado al inicio de esta sentencia, que se propuso por el impugnante como subsidiario, y que tiene que ver con la existencia o no de prueba legalmente allegada a la actuación que persuade acerca de la ocurrencia de los comportamientos delictuosos enrostrados al señor Jaime Arturo Oquendo y por esa vía, establecer la responsabilidad penal que a éste le asiste.

Si bien como se dijo en el resumen de la impugnación, fueron en verdad sucintos y poco estructurados los argumentos vertidos por el censor – al punto de declarar desierto el recurso de alzada por indebida sustentación, pues en verdad no se atacó la decisión del a-quo sino partió de premisas subjetivas

inconsistentes- la Magistratura merced a la trascendencia del tema a decidir, verificará si el señor Juez de primera instancia realizó un correcto análisis del material probatorio que fue oportuna y legalmente incorporado al proceso, bajo las directrices de los artículos 380, 381 y siguientes de la Ley 906 de 2004, vale decir, que tras el examen del contenido conjunto de la prueba arrojada oportuna y legalmente a la actuación, se tiene persuasión más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad penal del procesado que amerite la emisión de una sentencia de condena, o si surge, para el Tribunal la misma convicción que terminó gobernando la mente del señor Juez de conocimiento, esta es, la absolución de los cargos en favor del procesado.

En ese sentido se debe tener en cuenta que el representante de víctimas pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas en pro de la justicia a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, sin embargo, tal como se ha planteado, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, nos lleva a examinar qué se probó en el juicio oral. Veamos:

La Fiscalía presentó en juicio a la comisaria de la familia para la época de los hechos Elizabeth Álvarez Ruiz, quien manifestó ser la persona que recibió la denuncia frente a las presuntas conductas abusivas por parte del señor Jaime alias "Chum", realizó procedimiento de restablecimiento de derechos a la

menor porque la niña estaba expuesta a estar en la calle, lo que facilitaba para que la menor fuera violentada en sus derechos. Afirma que nunca conversó con la menor por cuanto direccionó el caso a los profesionales psicosociales adscritos a su dependencia. Señala que la denunciante no le indicó las fechas en las cuales se llevaban a cabo los vejámenes sexuales, por lo que tal cual, la denunciante le informó los hechos, los plasmó en el documento en mención. Al final, tomó la decisión de ubicar a la pequeña en hogar sustituto, por cuanto los cuidadores no eran garantes de sus derechos.

Asimismo, se escuchó en la vista pública a la doctora Kelly Tatiana Ramírez Quintero quien en su calidad de entrevistadora de clínica forense a menores víctimas de abuso sexual, entrevistó a la menor víctima, realizando un recuento de todo lo dicho por la infanta. En su declaración expuso que un niño grande que se llama "Jaime" le tocaba la vagina, exponiendo que fue imposible determinar con que partes del cuerpo el victimario la tocaba a ella, tampoco logró ubicar espacio temporalmente lo ocurrido, pues solo le manifestó que eso solo paso una vez cuando estaba sentada sobre un muro.

Se contó con el testimonio de Blanca Cecilia Zapata Espinoza, quien, a inicios de su declaración, manifestó que conocía a la menor porque "ella la tenía en la casa porque supuestamente era de un hermano suyo"¹⁷. Frente a los hechos averó que inicialmente se enteró de lo que sucedía porque una vecina de nombre Carmen le contó que estuviera pendiente de la niña porque Jaime Oquendo la manoseaba, afirmaciones que

¹⁷ Audiencia de juicio oral de 28 de julio de 2020. Min. 1:19:52

corroboró con la menor quien le manifestó que “Jaime le cogía la mano de ella para tocarle el pene de el”¹⁸, desconociendo cuando sucedieron los hechos. Refiere que a la menor se la quitó el Bienestar Familiar cuando aquella tenía cinco años.

En sede de conainterrogatorio manifestó que tuvo muchos problemas con Jaime porque era muy maldadoso, así como tampoco observó algo raro de Jaime hacia la menor.

Asimismo, en el foro público hizo presencia la señora Flor María Correa Zapata, quien declaró sobre los hechos objeto de investigación, un día cualquiera una vecina de nombre Carmen se le acercó tanto a ella como a su mamá, para manifestarles que estuvieran pendiente de la menor porque Jaime tocaba a la niña. Rememora que ante esa situación, conversó con la menor, y aquella le informó que Jaime la había tocado con los dedos. Para finalizar narró “Yo le hice el reclamo a él, y me dijo que esas eran puras mentiras y se enojó”¹⁹.

Siguiendo con la prueba de cargo, se arribó el testimonio de la doctora Natalia Martínez Arias, quien realizó valoración médica a la menor víctima. En primera medida, señaló que la menor le comentó “Jaime me toca allá abajo las cositas y me pone la chola allá abajo y a mí me duele, Jaime es feo porque él no tiene juguetes y el va y me visita mucho”²⁰ al preguntársele por la chola la menor le esbozó “lo que tienen los hombres allá abajo”²¹, diciéndole además que el amiguito Daniel si es buena

¹⁸ Audiencia de juicio oral de 28 de julio de 2020 Min. 1:21:09

¹⁹ Audiencia de juicio oral 28 de julio de 2020. Min. 1:37:20

²⁰ Audiencia de juicio oral 28 de julio de 2020. Segunda sesión. Min. 5:40

²¹ Audiencia de juicio oral 28 de julio de 2020. Segunda sesión. Min. 5:48

persona porque le presta los juguetes. Exteriorizó que al valorar la niña le halló un eritema – enrojecimiento por trauma, rascado persistente o roce - en los labios mayores y menores, estableciendo que no hubo desgarros en su hímen. La experticia realizada no confirma el hecho ni tampoco lo descarta.

Como testigos de descargos se escucharon los testimonios de la señora Alba Rocío Oquendo y del procesado Jaime Arturo Oquendo, quienes no aportaron mayores elementos a la causa, porque obviamente sus intenciones se afincan en que el encausado salga bien librado del lío judicial.

Así las cosas, al rompe se advierte como evidente que no le asiste razón al censor cuando trata de hacer ver en el juicio se recogieron suficientes medios de conocimiento que sustenten el juicio de reproche contra el acusado Jaime Arturo Oquendo, pues la Fiscalía solo presentó a personas que son valoradas como testigos de oídas, mismas que en algún momento escucharon decir a la menor lo ocurrido.

El artículo 381 del ordenamiento procesal penal acusatorio dispone que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia y eso es precisamente lo que sucede en esta causa.

Claro se dejó en el debate oral que los testigos de cargo, si bien escucharon a la menor decir que la habían tocado, no obstante, cada uno de ellos, expone de manera distinta las palabras que salieron de boca de aquella con la cual aducía que un joven de nombre Jaime la había tocado en sus partes

íntimas, pero a más de ello, solo Blanca Cecilia Zapata Espinoza indicó que la persona que abusó de la menor correspondía al nombre de Jaime Oquendo – su colindante y con el cual tenían problemas de vecindad- pero curiosamente a esa persona le fue quitada su custodia por el mismo descuido que se tenía sobre ella, y de ello dio fe, la funcionaria que inicio el trámite administrativo doctora Elizabeth Álvarez Ruiz, comisaria de familia de la localidad de Ituango.

Se pregunta entonces, si es viable que quiera exculparse del descuido que tenía para con la menor, tratando de hacer a Jaime Oquendo como la persona que tocaba a la niña, toda vez, que ella trato de hacer ver a alguien de nombre Jaime Oquendo como la persona que tocaba a la niña.

En igual sentido, la señora Flor María Correa Zapata, manifestó que le había hecho el reclamo a Jaime por lo que había sucedido, sin embargo, no se especifico a que “Jaime” se le había hecho el mentado reproche, por lo que se desconoce a ciencia cierta, a qué persona se hace referencia.

Siguiendo con lo no acreditado en el juicio, tampoco fueron contundentes los testigos en afirmar cuando sucedieron los hechos, o ilustrar elementos de corroboración periférica que indicaran que en efecto, los fácticos sucedieron. Lo anterior lleva a concluir que la Fiscalía General de la Nación no cumplió con la carga probatoria que establece el inciso 2º del artículo 7º del CPP, para demostrar un hecho esencial que se relacionaba con el contexto fáctico de la acusación como la presencia del supuesto perpetrador en el lugar de los hechos, lo que no da

claridad sobre las afirmaciones de la menor y sus familiares acerca los hechos que le atribuyeron al procesado.

Además de las contradicciones, para este órgano Colegiado es evidente, que muchas de las pruebas que la Fiscalía llevó al juicio deben ser catalogadas como típicos “*testigos de oídas*”, porque se está en presencia de personas a quienes de manera directa o indirecta no les consta nada de lo acontecido, ya que lo único que hicieron fue replicar lo que a ellos les dijo la menor M.J.G.H.

Así tenemos que si analizamos el testimonio de la investigadora del CTI Kelly Tatiana Ramírez Quintero, la galena Natalia Martínez Flórez y las señoras Blanca Cecilia Zapata Espinoza y Flor María Correa Zapata, de bulto se tiene que dichos testigos sólo se enteraron de los sucesos libidinosos narrados por ellos como consecuencia de lo que le oyeron decir a la agraviada cuando la entrevistaron por diversas circunstancias relacionadas con su profesión u relación de parentesco, y gracias a ello se enteraron que alguien de nombre Jaime la tocaba en sus partes íntimas.

La misma suerte de escaso valor suasorio debe correr el testimonio rendido por la comisaria de familia Elizabeth Álvarez Ruiz, quien se limita a manifestar que recibió denuncia anónima e inicio proceso de restablecimiento de derechos a la menor, sin entrevistarse o conversar con ella, pues tal labor, la dejó en manos de los profesionales sociales adscritos a la dependencia que dirigía para la época de los hechos.

Sí bien es cierto que es parco e insignificante el poder suasorio o de convicción que emana de la pruebas testimonial de oídas porque dicha prueba contraría el principio de *inmediación* de la prueba testimonial consagrado en el artículo 402 C.P.P.²² ya que *«en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error: el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia...»*²³.

Pero de igual manera no se puede desconocer que a fin de conjurar las nocivas consecuencias de la prueba testimonial de oídas, acorde con los postulados del principio de la *originalidad de la prueba*²⁴, se aconseja acudir a la fuente de la cual el testigo de oídas obtuvo la información vertida en el proceso, lo que no ocurrió en el proceso, pues la menor víctima no fue arribada al estrado, a efectos de dar a conocer de primera mano lo sucedido.

Por otra parte, la Sala no puede desconocer que acorde con el contenido del artículo 128 C.P.P. se le impuso al ente acusador la obligación de identificar e individualizar a la persona que abusaba de la menor, por lo que la consecuencia que podría generar el incumplimiento de dicha obligación no sería otra diferente de la que no podrá salir airosa en sus pretensiones punitivas, porque para que se pueda proferir una sentencia

²² En cuya virtud *«el testigo solo podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir»*.

²³ PARRA, QUIJANO JAIRO: Manual de Derecho Probatorio. Página # 345. 17ª Edición. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C. 2.009.

²⁴ El cual preceptúa que la prueba debe conseguirse en su fuente de origen inmediata, sin que sea necesaria la presencia de intermediarios.

condenatoria en contra de una persona, además del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. también se torna como indispensable que el procesado se encuentre plenamente individualizado e identificado.

Sobre lo anterior la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, ha dicho:

“Como se observa, las irregularidades derivadas de la omisión o errores en la identificación o individualización del acusado, resquebrajan el debido proceso, en concreto, las formas que lo estructuran, al ser la identificación, o en este caso la individualización del procesado, un presupuesto procesal para emitir sentencia, y al desconocerse los preceptos procedimentales que exigen la demostración de esa circunstancia como fin propio del trámite, pues el ordenamiento procesal penal impone su acreditación, es clara la trasgresión de este garantía...”²⁵.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que el ente acusador no cumplió a cabalidad con la obligación que le asistía de identificar al procesado como aquella persona que abusaba de la menor M.J.G.H, pues si bien los testigos mencionaron a un tal Jaime, no hubo una sola pregunta que fuera direccionada a establecer que esa misma persona era la que se encontraba en la sala de audiencias, o si aquel vecino que acusaba la menor como su victimario, era el mismo ciudadano que estaba siendo procesado en la presente causa, Por lo que es claro que no se superó ese yerro que se podría presentar respecto de la identidad del perpetrador del ilícito proceder.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 de julio de 2011. Proceso # 34779.

El sentenciador de primera instancia dejó expresa constancia de las múltiples contradicciones en las que incurrieron los testigos, además del escaso valor probatorio allegado por los testimonios de la Fiscalía.

En estas condiciones no se puede concluir sin más que los testimonios allegados por el ente persecutor tengan la contundencia suficiente para dar por demostrada la participación del acusado en el evento criminoso por el que fue convocado a juicio, por lo que debe dar aplicación al inciso 2º del artículo 381 del CPP, lo que conduce a confirmar la sentencia de primera instancia, por razones diversas a las aducidas por el *A quo*, - quien se centró en la falta de prueba sobre la identidad del autor del hecho-, en observancia rigurosa del principio constitucional de presunción de inocencia, contenido en el artículo 7 del C.P.P., sobre el cual la SP de la CSJ en decisión del 8 de septiembre de 2015, radicado 39149, indicó lo siguiente:

“... De esa manera, la presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que “una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*”.²⁶

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que “corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”. Es decir, el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente

²⁶ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-205-03

responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2)

Incluso, el Estatuto de Roma prevé esta garantía fundamental e indeclinable en todos los asuntos de su competencia, al precisar en el artículo 66 que: i) "Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable", ii) "Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado", y iii) "Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable."

Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. "Esto es así, porque ante la duda de la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado..."²⁷

Las estipulaciones celebradas entre las partes solo apuntan a la demostración de la materialidad de una infracción en contra de M.J.G.H, pero la responsabilidad del acusado no fue certeramente demostrada, ya que solo se cuenta con los testimonios de oídas con las falencias que se avizoraron y en estas condiciones resulta improcedente la emisión del juicio de reproche, de manera acertada como lo razonó el fallador de primer grado.

Al final de estos disertos, lo que queda claro entonces es que la ausencia de una adecuada investigación en los momentos posteriores a la denuncia penal y las omisiones probatorias

²⁷ Sobre el punto, véase Corte Constitucional sentencias C-252-01, C-774-01, C-416-02, y C-205-03.

avizoradas en la audiencia de juicio oral por parte del delegado de la fiscalía, así como la falta de técnica para asumir los interrogatorios de los testigos, dieron al traste con evidencias sólidas que pueden indicar la autoría y la responsabilidad del señor Jaime Arturo Oquendo.

En suma, la Sala es de la opinión consistente en que si bien hubo fallas en la investigación, no le asiste la razón a los reproches y demás reparos que en la alzada el representante de víctimas formuló en contra del fallo confutado, por cuanto el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por el apelante.

Siendo, así las cosas, a la Colegiatura no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el recurrente en la alzada.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en las calendas del 20 de agosto de 2020 por parte del Juzgado Promiscuo Penal del Circuito de Ituango, mediante la cual se absolvió al procesado Jaime Arturo Oquendo, de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la

nación los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal**

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
3ced9517d244f0eea82e24784a3fab31c745b7fd3a07774c20471d
cf715303b2

Documento generado en 07/10/2021 04:21:50 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto que excluye prueba

**Medellín (Ant.), seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
(Aprobado mediante Acta No. 257 de la fecha)**

mediante Acta No. xxx de la fecha)

ASUNTO A DECIDIR

La Sala profiere la decisión que corresponda en la definición de la apelación interpuesta por la defensa de Rubén Arias López, contra la decisión que dispuso negar su solicitud de exclusión de pruebas, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá – Antioquia, durante la audiencia preparatoria realizada el 5 de marzo de 2021.

SITUACIÓN FÁCTICA

Relacionada en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“El día 18 de junio de 2008¹, en el municipio de Amagá -Antioquia, en el casco urbano, más exactamente en el sector del centro conocido como "Calle de los juzgados", la menor L.C.M.S nacida el 14 de octubre del año 2000, fue enviada por su abuela, la señora Gloria del Socorro Sánchez de Marín, a un establecimiento comercial donde tomaban fotografías para que averiguara el valor, porque esta necesitaba unas fotos para su tarjeta de identidad.

¹ Folio 10 y 11, expediente digital de primera instancia.

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

*Cuando la menor de edad arriba al establecimiento comercial, **Rubén María Arias López**, le indica que lo acompañe a la parte trasera del negocio, estando allí, el procesado corrió una cortina negra, acto seguido sentó a la menor en sus piernas y procedió a tocarle los brazos, cuerpo, piernas y después le bajó el pantalón hasta las rodillas, procedió a meterle la mano dentro de los interiores, empezó a acariciarle la vagina e introdujo sus dedos por dicha cavidad, señala la víctima que se movía mucho porque no quería que le hiciera nada ya que con las uñas sentía que la lastimaba. La menor empezó a llorar, pero el acusado seguía realizando los tocamientos señalados, en ese momento L.C.M.S decidió tirarse de las piernas del presunto agresor, subió su ropa y salió a donde su abuela que se encontraba haciendo unas compras.*

*Así, Gloria del Socorro Sánchez de Marín, abuela de la menor, luego que ésta le narró lo acontecido, procedió a reclamarle a **Rubén Arias López**, pero este no le manifestó nada, ese mismo día interpuso la correspondiente denuncia a las autoridades.”*

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 27 de abril de 2020, se celebró ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá – Antioquia, audiencia de formulación de imputación por el delito de acto sexual con menor de 14 años. No se llevó a cabo audiencia de medida de aseguramiento.

Se presenta escrito de acusación el día 23 de julio de 2020, por idéntico delito al imputado, esto es, el punible de acto sexual con menor de 14 años, consagrado en el título IV, artículo 209 de la ley 599 del 2000.

La fase de juzgamiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo del circuito de Amagá – Antioquia, que avocó conocimiento de la causa el 6 de agosto de 2020; se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el día 2 de octubre de 2020.

A su turno, la audiencia preparatoria fue llevada a cabo el día 5 de marzo de 2021, la defensa solicita que se excluya como prueba la valoración psicológica realizada a la víctima por la Dra. Erika Herrera Marín, psicóloga del ICBF.

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

Petición que fue negada por el a quo primigenio, acto seguido el defensor interpuso recurso de apelación y fue denegado.

Ante la negativa de acceder a la apelación contra el auto que niega la exclusión de una prueba, la defensa técnica hizo uso del recurso de queja y el día 6 de abril de 2021, el Tribunal Superior de Antioquia con ponencia del Magistrado René Molina Cárdenas, decidió que se debía dar trámite al recurso de apelación señalando el artículo 359 de la ley procesal penal vigente inciso final *“Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.”*

El Juzgado Único Promiscuo del Circuito De Amagá – Antioquia, acatando la decisión del superior jerárquico concedió el recurso en alzada

DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Durante el decurso de la audiencia preparatoria, las partes promovieron sus solicitudes probatorias². En punto de solicitud de inadmisión, rechazo o exclusión, la Fiscalía General de la Nación se abstuvo de hacer cualquier manifestación, mientras que la Defensa solicitó la exclusión de la valoración psicológica realizada a la presunta víctima, cuyo contenido pretende incorporarse al juicio mediante el testimonio de la psicóloga Erika Herrera Marín del ICBF.

² Folio 20, expediente digital de primera instancia.

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

DE LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN

La defensa de **Arias López** fundó su solicitud de exclusión de la valoración psicológica que se le hizo a la menor víctima, cuyo contenido pretende incorporarse al juicio mediante el testimonio de la psicóloga Erika Herrera Marín adscrita al ICBF, exponiendo que la misma tiene un vicio de ilegalidad porque atenta contra el debido proceso³. A continuación, se citan los argumentos vertidos por el togado de la defensa, a la hora de incoar su pretensión.

“El primero de ellos consiste en que la realización de dicha valoración psicológica se hizo de forma irregular, toda vez que como consta en los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, La Unidad Básica de Investigación Criminal de Amagá ordenó la realización de la valoración psicológica el día 18 de noviembre de 2012 y ésta de forma paradójica fue realizada el día 8 de noviembre de 2012, no existiendo coincidencia alguna.

También se argumentó que existió una violación al debido proceso porque dicha valoración no se realizó con la respectiva Cámara Gessell, ni se tuvo en cuenta el artículo 150 en su inciso 3 de la Ley 1098 de 2006, en donde se ordena que debe existir un cuestionario previo realizado por el Defensor de Familia”.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El titular del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Amagá-Antioquia⁴, decidió negar la solicitud de exclusión probatoria.

Sostuvo el juzgador que existe una interpretación errónea del artículo 150 inciso 3 de la ley 1098 de 2006. Señala que el menor cuando acude como testigo como mínimo necesita la presencia del defensor de familia,

3 Grabación filmográfica de audiencia Preparatoria y de sustentación de recurso.

4 Grabación filmográfica de audiencia

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

se debe seguir los protocolos cuando el menor es testigo y las preguntas deben hacerse por escrito con previo control material, pero que olvida la defensa que no se está hablando de la menor como testigo de un proceso, sino de una prueba autónoma, de orden psicológico y no es de referencia.

Señaló que la prueba de la cual solicita exclusión no es el testimonio de la menor víctima, sino la valoración psicológica que le hiciera el ICBF por intermedio de una psicóloga. Insiste el despacho que es una valoración de una profesional sobre el riesgo psicológico que eventualmente pudo haber tenido por la comisión de un delito una presunta víctima, quedando por fuera de contexto la interpretación o la aplicación que se pretende del artículo 150 inciso 3 de la ley 1098 de 2006. En consecuencia, considera legal y procedente la prueba que fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación.

ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

Aduce la defensa que lo que busca es un pronunciamiento por parte del tribunal frente a dos argumentos que no fueron tenidos en cuenta por el juez para resolver la decisión pues solo se refirió el juzgador al art 150 de la ley 1098 del 2006, esto son los relacionados con una violación al debido proceso porque no se siguió el procedimiento establecido para la realización de la respectiva valoración psicológica, que se realiza en base a una entrevista, pues no se hizo en cámara Gessel como lo ordena el artículo 206 de la Ley 906 de 2004 y, de otro lado, existe inconsistencia entre la fecha ordenada para la valoración -18 noviembre de 2012 y el día en el que se llevó a cabo – 8 de noviembre de 2012-.

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

La Fiscalía General de la Nación⁵, se opuso a la solicitud de exclusión promovida por la Defensa en la medida que se habla de exclusión a la luz del artículo 360 de la ley 906 de 2004, y que esta procede cuando la prueba al momento de ser practicada no se hizo con los medios idóneos encajados dentro del ordenamiento penal.

En torno a las fechas considera que en nada afecta la legalidad de la valoración que se le realizó a la menor, la que además cumplió con todos los requisitos legales, que si bien es cierto no se realizó con la cámara Gessell, existen circunstancias que impiden la realización sea por circunstancias de marginalidad o porque no se cuenta con el recurso. Por consiguiente, se habilita la posibilidad de grabarla con el celular, grabadora o cualquier medio que esté a la mano.

En cuanto a las fechas de orden y realización de la valoración, estimo que podía ser producto de un error, pero nunca constitutivo de irregularidad que amerite exclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería del caso resolver el recurso de apelación promovido contra la decisión que niega exclusión de pruebas en sede de audiencia preparatoria, sino fuera porque se advierte una irregularidad sustancial por vulneración al debido proceso y que conlleva a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión objeto de alzada, conforme a lo previsto por el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

⁵ Grabación filmográfica de audiencia de sustentación de recurso.

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

La primera instancia, al momento de resolver la solicitud de exclusión probatoria respecto de la valoración psicológica realizada por Erika Herrera Marín, psicóloga del ICBF, realizada a la menor y presunta víctima, desconoció su deber de motivar las decisiones judiciales, pues limitó su intervención a referirse única y exclusivamente a uno de los tres aspectos planteados por la defensa para sustentar su petición.

El impugnante, para sustentar su petición en sede de la audiencia preparatoria, indicó que aquella valoración psicológica se hizo de forma irregular, pues estaba ordenada para realizar el día 18 de noviembre de 2012, pero en realidad tuvo lugar el día 8 de noviembre de esa anualidad, adicionalmente, la entrevista no se realizó en cámara de Gesell, lo cual era necesario a la luz del artículo 206 de la Ley 906 de 2004, y de contera, no se tuvieron en cuenta los protocolos establecidos en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006.

Por su parte, el juez de instancia, limitó su intervención en lo atinente al artículo 150 del Código de la Infancia y Adolescencia, asegurando que no era necesaria la presencia del comisario o defensor de familia para abordar una entrevista psicológica de una menor, máxime, cuando lo que se pretende no es incluir en el acervo probatorio a la menor como testigo, sino obtener la declaración de una testigo experta, dejando sin resolución lo atinente a la disconformidad de fechas en la practica de la precitada entrevista ni la necesaria grabación en cámara de Gesell adverdada por la defensa.

De tal suerte, ante la ausencia de pronunciamiento de fondo del a quo, se encuentra vedado para esta instancia realizar estudio alguno respecto de la decisión por la cual se niega exclusión de pruebas, pues

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

socavaría la garantía de la doble instancia y el derecho a la impugnación que hace parte integral del debido proceso.

En consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado a partir la decisión de primera instancia calendada el 5 de marzo de 2021 , para que el a quo se pronuncie de fondo sobre la solicitud de la defensa refiriéndose a todos los asuntos planteados por ésta -*artículo 55 de la Ley 270 de 1996*-.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto del 5 de marzo de 2021 proferido por el Juez Promiscuo del Circuito de Amagá – Antioquia conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Remítanse de inmediato las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

RADICADO CUI	050306000321200800010
N. I.	2021-1258-3
DELITO	Acto sexual con menor de 14 años
ACUSADO	Rubén Arias López
ASUNTO	Apelación de auto

Firmado Por:

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
cb0e5b058568efe4c0cedac7750f9ec67663676ee941267f5bee8dccd0678f9a
Documento generado en 06/10/2021 05:12:16 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, octubre siete (07) de dos mil veintiuno (2021)

N° Interno : 2021-0949-4
Auto (Ley 906/2004) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 001 60 00357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos
Decisión : Revoca y **CONCEDE LIBERTAD
CONDICIONAL**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 117

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión respecto del recurso de apelación que interpusiera el sentenciado JONATHAN HORACIO ALCINA LEÓN, frente a la decisión proferida el *9 de junio de 2021* por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, a través de la cual se le denegó la solicitud de libertad condicional.

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del *6 de mayo de 2016*, el *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, declaró al procesado *Jonathan Horacio Alcina León*, penalmente responsable de la conducta punible de *Lavado de activos*, y, en consecuencia, se le impuso la pena principal de *120 meses de prisión*, decisión objeto de apelación y confirmada por la Sala Penal de este Tribunal el 23 de junio de 2017, y así mismo recurrida en casación, encontrándose pendiente de la respectiva decisión en la H. Corte Suprema de Justicia.

El juzgado de conocimiento, a través de providencia del *9 de junio de 2021*, por tercera vez, negó la solicitud de *libertad condicional* impetrada por el penado, ya que pese a haber descontado las tres quintas partes de la pena impuesta y haber tenido un conducta ejemplar al interior del penal tal como lo exige el *artículo 64 del código penal*, la valoración de la conducta, que se desprende de las circunstancias fácticas que rodearon el injusto penal por el que se condenó al señor ALCINA LEÓN, insertas en la respectiva sentencia condenatoria, impide que en su caso concreto opere el reconocimiento de la libertad condicional en razón a las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos juzgados y de su participación en los mismos, que se reflejaron necesariamente en el potencial daño irrogado al bien jurídico con el comportamiento reprochado en su oportunidad al sentenciado y que, desde la perspectiva de los fines de la pena, no permiten sostener que, al menos hasta este momento de su tratamiento penitenciario, acredite el cumplimiento

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

de tal requisito.

Recuerda el A quo, que Jonathan Horacio Alcina León fue capturado el 23 de marzo de 2015 en el aeropuerto José María Córdova cuando transportaba la cantidad de \$999.930.000, acción desplegada por el penado que debe ser valorada de manera negativa, recordándose así mismo que en la providencia proferida el 06 de mayo de 2016, confirmada en segunda instancia el 23 de junio de 2017, se condenó al señor JONATHAN HORACIO ALCINA LEÓN, por transportar esa gruesa suma de dinero sin que se hubiese logrado justificar su proveniencia lícita; proceder reprochado con mayor severidad teniendo en cuenta que, el dinero que llevaba consigo, y de conformidad con las apreciaciones realizadas por la segunda instancia se puede inferir que se encontraba vinculado con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, pues gracias a la información de una fuente humana se pudo saber que ese dinero proveniente de la ciudad de Cúcuta a Medellín tenía como destino financiar el accionar criminal de la organización “Los Pachely”, información precisa que conllevó a la captura de ALCINA LEÓN.

Además, tuvo en cuenta el juzgado de primera instancia que al momento de su captura, el hoy procesado trató de justificar la suma dineraria, indicando que, provenía de los activos de una empresa legalmente constituida y que respondía a la razón social de Agropecuaria El Búfalo, por lo cual estimó que a dicha persona no solo le bastó con transportar una alta cantidad de dinero sino que además, trató de inducir en error a los funcionarios de policía que realizaron el procedimiento de captura tratando de darle tintes de legalidad al dinero transportado; ello para generar

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

impunidad en su actuar y salvaguardar los casi mil millones de pesos que trasladaba.

En cuanto al juicio de ponderación entre los distintos requisitos, refirió el señor juez que al valorarse la buena conducta calificada al interior del penal, el cumplimiento de más de las 3/5 partes de la pena impuesta, y las actividades de estudio y trabajo realizadas para redimir pena y como tratamiento resocializador, no resultan suficientes para considerar que se han cumplido las finalidades de la ejecución de la pena y obtener por esta vía la libertad condicional pues la valoración negativa de la conducta tiene mayor peso que los restantes requisitos que, aunque satisfechos, no dan viabilidad al beneficio liberatorio.

Por lo expuesto, estima el A quo, el cumplimiento de más de las 3/5 partes de la pena impuesta, el buen comportamiento que ha exhibido el sentenciado dentro del centro de reclusión, las actividades de estudio y trabajo realizadas para redimir pena como tratamiento resocializador, no resultan suficientes para considerar que se han cumplido las finalidades de la ejecución de la pena, y obtener por esta vía la libertad condicional, pues en el otro lado de la balanza y con un mayor peso, se encuentra la valoración de la conducta punible por la cual se juzgó.

ARGUMENTOS DE APELACIÓN

En sus argumentos de disenso, expuso el señor Jonathan Horacio Alcina León que de los 3600 días a los cuales fue condenado, ha cumplido 2.267 días privado de la libertad en el EPC

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

Bellavista, y a ello suma aproximadamente 365 días de redención de pena por estudio y 83 días reconocidos por trabajo, para un total de 2715 días, que equivalen al 75% de la pena impuesta y, por lo tanto, más de las 3/5 partes de la sanción penal.

Recuerda el censor que el juez A quo en lo decidido abrió la posibilidad de que en oportunidad posterior lograra acceder al sustituto de la libertad condicional, pero en su criterio desconoce que a partir del cumplimiento del factor objetivo para acceder a dicho beneficio, ha descontado un 15% adicional, al cual de igual manera se le debería incrementar el tiempo transcurrido para resolver los recursos interpuestos, generándose la incertidumbre de si es que en realidad tendría que descontar la totalidad de la pena impuesta.

Por consiguiente, llama la atención de cara a la ponderación que debe realizar el funcionario judicial entre los elementos a analizar para otorgar la libertad condicional, con fundamento en el artículo 64 de la ley penal, pues en su caso, a más de haber cumplido la mayoría de la pena impuesta se ha comprometido con su proceso de reinserción social.

Frente al aspecto subjetivo del canon aludido, resalta el censor su conducta al interior del penal, calificada como buena y ejemplar, además de contar con el concepto favorable del mismo establecimiento.

En el mismo contexto del citado artículo 64, señala que es una persona con arraigo en la sociedad y con interés de reincorporarse a su entorno dado que lo espera su núcleo familiar,

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

compuesto por su compañera permanente y dos hijos de 6 y 9 años de edad, además de su señora madre.

Disiente de lo argumentado por el juez de primera instancia en torno a que la valoración de la conducta se finca en las circunstancias fácticas por las cuales fue sentenciado, razonamiento que, en su entender, se aparta de los contornos fijados en la sentencia C – 757 de 2014, que censura una segunda valoración de los hechos luego de emitirse la respectiva condena, debiéndose justipreciar en su lugar, todos los aspectos favorables y desfavorables que se tuvieron en cuenta en sede de conocimiento por el Juzgador, como de igual manera se ha tratado en decisión STP4236-2020, radicado 1176 del 30 de junio de 2020, de la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden de ideas, recaba en que la valoración acerca de la procedencia del sustituto reclamado no debe ser frente a sus antecedentes sino de cara a su proceso de resocialización, pues de lo contrario, sus esfuerzos ningún efecto cobrarían, por lo tanto, retoma decisión de la H. Corte Suprema de Justicia, bajo radicado 1176, en la cual dicha Corporación refirió que *“no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional a partir solo de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena debe ser examinadas por los jueces ejecutores, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que de contera debe ser analizado.”*

De cara a lo expuesto, censura el que en primera instancia se haya dado más relevancia a la gravedad de la conducta por la cual fue sentenciado, más no a su proceso de resocialización

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

Además, señala, lo argüido en primer grado frente a la imposibilidad de conceder el sustituto debido a circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedió el delito, se torna abstracto y no era suficiente para negar dicho sucedáneo.

Que, así mismo, se refirió el A quo a unos medios de prueba de los cuales nada concretó, lo cual, en su criterio, comporta así mismo un nuevo análisis que excede los límites del delito de lavado de activos por el cual fue sentenciado, aludiendo ya a situaciones relacionadas con ilicitudes como el Concierto para delinquir o financiación de grupos al margen de la ley.

De otro lado, refiere que en la sentencia de primera instancia, emitida el 06 de mayo de 2016, adujo el juez que no proferirá condena por circunstancia de mayor punibilidad alguna, lo cual obliga a su ubicación en el cuarto mínimo como ámbito punitivo de movilidad y para efectos del monto de la sanción a imponer, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, deberá tenerse en cuenta que la conducta por la que se procede no reviste una mayor gravedad de la determinada por el legislador para el tipo penal en sí mismo considerado. Además, en el estudio de la procedencia de los mecanismos sustitutivos y subrogados penales, el A quo en ningún momento hizo aseveración negativa en su contra, por lo cual se extraña que en la fase de ejecución de la pena en que se encuentra no se haya tenido en cuenta ese aspecto, que de manera evidente le resulta favorable.

Según lo expuesto, solicita revocarse lo decidido

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

en primera instancia y, en su lugar, le sea concedida la libertad condicional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo señalado en el artículo 33, numeral 1º de la Ley 906 de 2004, es competente la *Sala Penal* del *Tribunal Superior de Antioquia*, para resolver de los autos proferidos en primera instancia por los *jueces penales del circuito especializado*, con las limitaciones expresas que sobre el particular impone el artículo 204 *ibídem*, en concordancia con el Artículo 31 de la Constitución Política de Colombia.

Sobre lo que es motivo de estudio, cabe precisar que respecto a la libertad condicional regulada por el artículo 64 de la ley 599 de 2000, con las modificaciones de la Ley 1709 de 2014, es ineludible la valoración de la gravedad de la conducta por la cual se condenó, como se desprende de su tenor literal:

“El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”

Así las cosas, son varios los derroteros a partir de los cuales ha de analizarse la procedencia o no de la libertad condicional bajo la óptica del canon 64 citado, partiendo de la valoración de la conducta punible; verificando luego que el condenado hubiese cumplido las 3/5 partes de la pena a imponer, que el sentenciado haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario que brinde convencimiento al juez de que *no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena*, y demostrar arraigo familiar y social.

En cuanto al factor objetivo, cabe recordar que el 6 de mayo de 2016 Jhonathan Horacio Alcina León fue sentenciado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia a 120 meses de prisión, decisión confirmada por esta misma Sala Penal el 23 de junio de 2017. De tal modo que 120 meses se traducen en 3.600 días, cuyas 3/5 partes son 2.160 días, guarismo éste que permite determinar el cumplimiento del factor matemático de la norma estudiada, toda vez que al descontarse entre tiempo físico y a título de redención de pena, 2.715 días (hasta la decisión del A quo), tal como fue verificado a partir de las gráficas elaboradas por el juzgado de

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

origen, es posible concluir que en realidad fue superado el término de las 3/5 partes de la pena a imponer *-2.160 días-*.

Ahora bien, las razones expuestas en el auto interlocutorio que deniega la libertad condicional solicitada por el señor Alcina León, obedecen principalmente al mayor peso que cobra la valoración negativa de la conducta punible de Lavado de activos por la cual fuera sentenciado, lo que, en sentir del juzgador, no permite en esta oportunidad acceder a tal petición.

Frente a esa argumentación del funcionario, critica el señor Jonathan Horacio que se haya ocupado tan solo de la valoración de la conducta objeto del fallo, sin tener en cuenta otros aspectos valorados desde la sentencia condenatoria de primera instancia que le pudieran resultar favorables de cara al otorgamiento de la libertad condicional, y así mismo, debería sumarse el proceso de resocialización que viene adelantando al interior del establecimiento penitenciario, el cual es bueno, pues durante el tiempo de su permanencia en el establecimiento penitenciario se ha dedicado a estudiar y a laborar como lo respalda la respectiva cartilla biográfica; además, su arraigo social y familiar, pues cuenta con una familia y en caso de acceder al sustituto se ubicaría en la ciudad de Cúcuta, junto con su compañera permanente, y sus dos hijos menores de edad.

Así pues, de lo que aquí se trata es de establecer si a partir de dicho pronunciamiento judicial, por virtud del cual el declarado responsable se encuentra privado de la libertad, es posible encontrar los elementos necesarios para resolver de

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

manera favorable su pretensión enmarcada en el artículo 64 de la Ley Penal o, si por el contrario, ello no es posible dado el incumplimiento del ámbito subjetivo de la norma.

En ese orden de ideas es claro, y se reitera, que la concesión del mecanismo liberatorio está supeditada a la valoración por parte del juez de conocimiento de la gravedad del delito o delitos por los cuales purga la pena el sentenciado, siendo ese factor uno de los que debe tener en cuenta el juez para determinar su procedencia, pero no es el único, pues también deben valorarse otros alusivos al proceso de resocialización del interno durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-757 de 2014, teniendo como referencia la Sentencia C-194 de 2005, determinó, en primer lugar, cuál es la función del juez al momento de analizar la procedencia del sustituto en estudio, que consiste básicamente en establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado, pero valorando dentro de ese marco aspectos como la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización del sentenciado y su arraigo familiar y social.

De ahí que el estudio del Juez no se haga solamente desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado, sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta¹, y en punto a todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el

¹ CSJ Sentencia T 118060 del 27 de julio de 2021.

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

De cara a lo expuesto, en sentencias C-233 de 2016, T-640 de 2017 y T-265 de 2017, la H. Corte Constitucional señaló que, para facilitar la labor de los jueces al momento de analizar si procede o no la libertad condicional, estos deben tener en cuenta siempre, que la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana.

Y es así como la H. Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela en la aludida providencia *T 118060 del 27 de julio de 2021*, así como en la *STP4236-2020*, citada por el impugnante, ha precisado de igual manera que *“no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional únicamente a partir de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena también debe ser examinada por los jueces ejecutores, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que de contera ha de ser estudiado”*.

Con base en lo indicado en precedencia se colige que no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional a partir solo de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena también debe ser examinada por los jueces, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que pasará a analizarse a continuación.

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

En anterior oportunidad, para negarse el sustituto de la libertad condicional cobró mayor relevancia al momento de analizar aquellos aspectos contenidos en el artículo 64 de la ley penal, la gravedad de la conducta punible atribuida al sentenciado, tal como fuera analizada en la sentencia condenatoria emitida contra el señor Alcina León, al señalar el juez de conocimiento que el procesado puso en peligro efectivo el bien jurídico tutelado por la disposición trasgredida, esto es, el orden económico y social, puesto que al introducir en el sistema económico capitales obtenidos ilícitamente, se ocasiona una pérdida de confianza en el sistema financiero y en general, en la institucionalidad, pero además por lo considerado en segunda instancia por esta Sala de decisión, cuando se hizo énfasis en la mayor gravedad de la conducta delictiva, habida cuenta que de acuerdo a la información de una fuente humana, el dinero incautado tendría como destino financiar el accionar criminal de la organización “Los Pachely”.

Sin embargo, son varios los factores que inciden en un cambio de postura en esta oportunidad, para acceder a la solicitud del recurrente, aceptando de paso sus argumentos esgrimidos en la alzada, pues, sin echar de menos que la conducta por la cual fue emitida sentencia en su contra contiene elementos que permiten afirmar su gravedad, lo que en principio significó un impedimento para acceder a sus solicitudes iniciales de la misma naturaleza, cobran ahora mayor peso los otros aspectos, como su proceso de resocialización, evidenciado en su constante propósito de reincorporarse a la sociedad, respetando los bienes jurídicamente protegidos, a lo que se suma el significativo paso del

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

tiempo, durante el cual se ha surtido el cumplimiento de la mayor parte de la pena impuesta.

Así pues, se tiene que el señor Alcina León fue sentenciado a 120 meses de prisión, es decir, 3.600 días, cuyas 3/5 partes son 2.160 días, cifra que en esta oportunidad ha sido superada con creces, si se tiene en cuenta que al momento de decidirse lo pertinente en primera instancia descontaba 2.715 días, a lo que se suman 116 días hasta el día de hoy octubre 6, en que se pone a circular el proyecto de esta decisión, para un total de 2.831 días, es decir, supera casi en dos años el límite de las 3/5 partes de la sanción impuesta.

Y no obstante ese largo período de tiempo privado de su libertad y la reiterada negativa a su solicitud de libertad condicional, ha sido persistente en su indeclinable propósito de resocialización, cumpliendo diferentes actividades con esa finalidad, al interior del establecimiento penitenciario, como lo evidencia por ejemplo, el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Medellín- Antioquia- en resolución de fecha 18 de mayo de 2021, certificando la conducta señor Alcina León al interior del penal, como ejemplar y conceptuando, en consecuencia, de manera favorable el otorgamiento de su libertad condicional.

Lo anterior sin dejar de lado diferentes soportes sobre las capacitaciones recibidas por dicha persona durante todo el tiempo de privación de su libertad, como ocurre con el certificado

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

del SENA que acredita su participación y cumplimiento del curso de formación académica Redes e Internet, con duración de 30 horas del 12 de diciembre de 2017; reconocimiento de la dirección del INDER de la Alcaldía de Medellín por el compromiso y la participación activa del enjuiciado en diferentes actividades deportivas impartidas por el Instituto Deportivo del 4 de diciembre de 2019; certificado del Sena sobre la participación y cumplimiento del curso de formación académica Microsoft Word, Excel e Internet, con duración de 40 horas del 1 de diciembre de 2019 y certificado del Sena sobre la participación y cumplimiento del curso de formación académica Acciones de Prevención en Salud Metal, con duración de 40 horas, del 12 de diciembre de 2019.

Adicionalmente, en esta oportunidad ALCINA LEÓN allegó certificado del 10 de septiembre de 2020, el cual da fe que asistió al curso denominado "*Proyecciones Económicas con Perspectiva Inteligente*".

Y en cuanto al arraigo familiar y social del sentenciado, en el proceso existe declaración del 13 de mayo de 2020, de la señora Lina Marcela Mora Sánchez, ante la Notaría 7º del Círculo de San José de Cúcuta, en la cual manifestó ser la compañera permanente del señor Jonathan Horacio Alcina León y tener en común una hija menor de edad, cuyo registro civil también se adjuntó. Así mismo, tal como lo manifestara el señor recurrente, indica la señora Mora Sánchez, que residen en la avenida 2 # 1 – 58, edificio Manhattan, barrio Lleras Restrepo, de la ciudad de Cúcuta.

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

El análisis de los elementos reseñados, permite señalar, tal como fue anunciado en precedencia, que si bien en principio la gravedad de la conducta fue el obstáculo para acceder a la libertad condicional reclamada por el interno, cierto es que a este momento, acompasado ese tópico con el considerable tiempo durante el cual ha permanecido privado de la libertad y las permanentes actividades laborales y de capacitación que ha desplegado al interior del establecimiento carcelario, que inequívocamente evidencian su disposición para reincorporarse a la sociedad y su familia, bien puede reevaluarse el anterior criterio y de esa manera concluir como posible el otorgamiento del sustituto, en la medida que la valoración frente al conjunto de criterios consignados en el artículo 64 de la ley penal, ha permitido en esta oportunidad una mayor ponderación de éstos últimos aspectos, los que precisamente son indicativos de que ya no se hace necesario el cumplimiento de la pena impuesta al sentenciado en establecimiento de reclusión.

Desde la óptica de los fines de la pena, lo evidenciado es que el de resocialización es palmario y se ha sobrepuesto a la necesidad de que la pena continúe purgándose en establecimiento de reclusión con fines de prevención general y retribución justa, en la medida que el señor Jonathan Horacio Alcina León evidenció su compromiso de reinserción social y familiar al interior del establecimiento donde se encontraba, sin que sea necesario que continúe en dicho lugar, y con mayor razón si se

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

tiene en cuenta que a la fecha no ha tenido lugar la decisión que corresponda en sede de casación.

En consecuencia, será revocada la decisión de primera instancia a través de la cual fue negada la libertad condicional al señor JONATHAN HORACIO ALCINA LEÓN, y, en su lugar se le concederá el beneficio, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso de acuerdo a las exigencias establecidas por el artículo 65 de la ley penal, por un periodo de prueba equivalente a 770 días, que es el restante para cumplir la totalidad de la sanción penal impuesta. El cumplimiento de dichas obligaciones deberá garantizarlo mediante caución por valor de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526).

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de revisión, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva. En su lugar, **CONCÉDASE LA LIBERTAD CONDICIONAL** al señor JONATHAN HORACIO ALCINA LEÓN.

SEGUNDO: El sustituto se surtirá por un periodo de prueba de SETECIENTOS SETENTA (770) DÍAS, dentro del cual el señor ALCINA LEÓN deberá observar los compromisos fijados

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado : Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

en el artículo 65 de la ley penal, cuyo cumplimiento garantizará mediante caución por valor de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) y suscribirá diligencia compromisoria.

De igual forma, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno, y **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se efectúe comunicación a las partes interesadas, en torno a lo que fue materia de decisión, una vez lo cual se retornarán las diligencias ante el Juzgado de origen.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

**FIRMA ELECTRÓNICA
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**FIRMA ELECTRÓNICA
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**FIRMA ELECTRÓNICA
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

N° Interno : 2020-1138-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00 357 2016 00058
Enjuiciado: Jonathan Horacio Alcina León
Delito : Lavado de activos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y
cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo
dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

4120cc93c8a3980e9bde6acdd1ea62e2eee358e4a651266008eae40
801c3d7

Documento generado en 07/10/2021 11:09:10 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, siete (07) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 2020-0162-4
Sentencia ordinaria Ley 906 de 2004 – 2ª Instancia

Mediante escrito allegado a esta Corporación por parte del defensor del procesado LORENZO MANUEL BARCENAS VERTEL, solicita una respuesta de fondo a su solicitud de nulidad que presentara después de producirse el fallo condenatorio en contra de su defendido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia.

Al respecto, se le informa al memorialista que esta Sala Penal es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia condenatoria aludida, mas no frente a la mencionada solicitud de nulidad presentada por la defensa, así fuese de manera paralela ante el juzgado de primera instancia. Por lo tanto, ningún pronunciamiento se emitirá al respecto, y como quiera que el memorial en que solicita la nulidad está dirigido directamente al A quo, se dispone su envío al referido despacho para que se adopte la decisión a que hubiere lugar.

Así las cosas, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se informe el contenido del presente auto a la parte interesada.

CÚMPLASE

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

23fcb41cb2e95b50d7904dc4374a32e78fd32b8c2ef7a66fce8dbb61807036b7

Documento generado en 07/10/2021 12:21:17 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 0500022040002021 **NI:** 2021-1522-6
Accionante: WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA
Accionado: JUZGADO PRIMERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y DIRECCION EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL MEDELLIN – ANTIOQUIA- CHOCO
Decisión: Concede
Aprobado Acta No.:168 octubre 7 del 2021
Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, octubre siete del año dos mil veintiuno

VISTOS

El señor William de Jesús Hernández Molina, solicita la protección constitucional al derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, presuntamente vulnerado por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Medellín – Antioquia- Choco.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor William de Jesús Hernández Molina, quien ostenta el cargo de Asistente Jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, que el pasado 21 de septiembre del presente año, presentó solicitud de vacaciones, por haber laborado dos años de manera ininterrumpida, indicando que disfrutaría de las mismas desde el 21 de diciembre de 2021, hasta el 7 de febrero de 2022, solicitud a la cual acompañó del certificado de disponibilidad presupuestal CDP emitido por la Dirección Seccional con el que se garantiza el pago de emolumentos a su favor y el respectivo estudio de vacaciones.

Comenta que el titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante resolución 027 del 22 de septiembre de 2021, denegó la solicitud de vacaciones, por necesidad del servicio, por cuanto no hay disponibilidad presupuestal

para sufragar los costos de un reemplazo; interponiendo recurso de reposición, el cual fue igualmente negado.

Por la anterior situación, considera que su derecho al trabajo digno se encuentra siendo vulnerado.

Como pretensión constitucional solicita se ordene a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Medellín – Antioquia- Choco, emita certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) para reemplazo con el fin de garantizar la prestación del servicio en el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; así como al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia proceder a emitir el correspondiente acto administrativo concediendo el disfrute de los dos periodos de vacaciones solicitados.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 27 de septiembre de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Medellín – Antioquia – Choco, y al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Así mismo, se ordenó vincular a la presente acción constitucional al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial sede Bogotá.

El Doctor Juan Carlos Peláez Serna, en calidad de **Director Ejecutivo Seccional**, indicó que, en efecto, el accionante y su nominador, radicaron solicitud de disfrute de vacaciones, para lo cual se expidió el respectivo CDP No. 056221 del 16 de septiembre de 2021, para garantizar el pago de vacaciones y prima de vacaciones para el solicitante HERNANDEZ MOLINA, en el disfrute de sus vacaciones entre el 20 de diciembre de 2021 y el 7 de febrero de 2022.

Comenta que mediante oficio DESAJME21-3805 del 16 de septiembre de 2021, se informa que, debido a la asignación presupuestal existente, no era posible expedir disponibilidad presupuestal para autorizar el reemplazo para el cargo de Asistente Jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para el periodo deprecado. por cuanto la adición presupuestal para este rubro se encuentra sujeta a lo dispuesto en la Circular PSAC11-44 de noviembre 23 de 2011 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; y, como se indicó en la Circular

DESAJME18-5220 expedida por esta Dirección Seccional, la cual continúa vigente para su aplicación, la apropiación presupuestal para el rubro “Servicios prestados por vacaciones personal titular” se encuentra con restricciones presupuestales para el presente año.

Siendo procedente únicamente emitir dicho certificado de disponibilidad presupuestal para el reemplazo de jueces que pertenezcan al régimen de vacaciones individuales y excepcionalmente a empleados que pertenezcan al mismo régimen vacacional que laboren en despachos con planta de 3 o menos empleados.

De otra parte, refiere que la entidad que representa de ninguna manera tiene injerencia en las decisiones adoptadas por el titular del Despacho, por lo que nada tiene que ver en la negativa proferida por el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia la cual es una decisión emitida por el respectivo nominador en ejercicio de la función administrativa, sin que él como director, según las competencias atribuidas en la ley 270 de 1996, tenga injerencia alguna.

Advierte que la disponibilidad para el disfrute de vacaciones del accionante fue otorgada según lo exige la ley, sin que la falta de disponibilidad para efectos de un reemplazo, constituya argumento válido para negarlas, ni puede ser una patente de curso para trasladar la responsabilidad frente a los derechos de un servidor al ordenador del gasto, quien solo actúa como ejecutor de un presupuesto previamente establecido.

Anota así mismo que esa Dirección, es una entidad que depende del presupuesto nacional y no cuenta con presupuesto propio, y en ese sentido debe esperar y solicitar las apropiaciones correspondientes para sus gastos a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en Bogotá, que consolida todas las necesidades a nivel nacional y las solicita al Ministerio de Hacienda.

Por lo tanto, aduce, hasta que se expida otra circular diferente a la PSAC11-44 por parte del Consejo Superior de la Judicatura, la Unidad de Planeación para la asignación de los recursos sólo va a autorizar los reemplazos de los Jueces que pertenecen al régimen de vacaciones individuales y a empleados que laboren en despachos de vacaciones individuales cuya planta de personal sea de 3 o menos personas.

Indica de otro lado, que en el particular no se cumplen los parámetros establecidos de cara a la configuración de un perjuicio irremediable, urgencia o gravedad que torne impostergable el ejercicio de la acción de tutela y la intervención del juez constitucional.

Por todo lo dicho, afirma que la dependencia a su cargo no ha vulnerado su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas de que gozan todos los empleados, y así

queda demostrado en el certificado de disponibilidad presupuestal expedido para cancelar vacaciones y prima de vacaciones de la accionante.

Por su parte, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** manifestó no ser competente para pronunciarse respecto a lo manifestado por el accionante, de si es veras o no, por cuanto no tiene ningún tipo de relación laboral, reglamentaria, convencional o contractual con el accionante, no es ni ha sido su empleador, razón por la cual no tiene conocimiento de su situación laboral y administrativa concreta.

Así mismo refiere que es importante señalar que, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, o quien haga sus veces - sección del presupuesto rama judicial, es la entidad competente para ejecutar sus recursos según como maneje sus novedades de nómina para el disfrute del periodo de vacaciones de sus funcionarios, así como para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal para nombrar los reemplazos de estos, dependiendo la necesidad del servicio.

Por lo anterior considera que no es la entidad competente para acceder ni pronunciarse respecto a lo deprecado por el accionante por lo que solicita al despacho denegar la acción de tutela por ser improcedente.

Finaliza indicando que al ser la Rama Judicial una entidad las apropiaciones presupuestales no se asignan a las entidades por actividades específicas, cada entidad en su autonomía le corresponde ejecutar los recursos al interior de la entidad. Comenta que dichos recursos son aprobados por el Congreso de la República mediante la Ley Anual de Presupuesto, queda en cabeza de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, en este caso, de la **RAMA JUDICIAL**, ubicado en la sección presupuestal 2701 de la Ley 2063 de 2020,¹ en virtud de la autonomía presupuestal establecida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Por lo anterior informa, que la Rama Judicial en la presente vigencia tiene un presupuesto aprobado para atender su gasto de funcionamiento de **\$4.737.475.927.000**, y de conformidad con lo anterior, corresponde a la Rama Judicial, en el marco de la autonomía presupuestal que la Constitución Política y el Estatuto Orgánico del Presupuesto le otorgan, contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hace parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones señaladas.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado que no se puede interferir en la ejecución del presupuesto de las entidades, so pena de invadir la órbita de competencia de cada una de ellas.

Así las cosas, solicita se deniegue la acción de tutela y se proceda con la desvinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto no se encuentra vulnerando ningún derecho fundamental al accionante.

Por su parte, el Doctor Jairo Guarín, en calidad de Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, indica que en efecto el empleado WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, solicitó le fuera concedido dos periodos de vacaciones que tiene causados a la fecha, pero que dicha solicitud fuere denegada por cuanto la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial no expidió el respectivo CDP para el reemplazo de esta persona.

Comenta que la normatividad bajo la cual se ampara la Dirección para no expedir el CDP de reemplazo, en nada tiene que ver con los Juzgados de Ejecución de Penas, que como bien se conoce, tienen un régimen de vacaciones individual, por lo que dicha negativa constituye una vía de hecho, pues se da aplicación a la circular PSAC-11-44 en su numeral 6°, el cual hace alusión a los empleados con vacaciones colectivas, no entendiéndolo como aplica una circular que nada dice acerca de los empleados con régimen de vacaciones individuales como es el caso de los Juzgados de Ejecución de Penas.

Hace alusión a otras decisiones emitidas por el Consejo de Estado en asuntos similares, en la que se le ordena a la Dirección Seccional de Administración Judicial realizar el trámite debido ante la Unidad de Planeación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para la emisión del respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

Cita decisiones como: el fallo de *“tutela del 28 de marzo del 2019 Radicado 05-001-33-33.027-2019- 00112 – Juzgado 27 Administrativo de Medellín Tutela el Derecho del trabajador y Ordena al Director Ejecutivo; que en un plazo de 48 horas solicite a la Dirección Ejecutiva nacional, la provisión de recurso y dentro del término máximo de 15 días, provea los recursos. - es apelada por la Administración y esta vez el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA-SALA CUARTA en sentencia del 6 de mayo del 2019- CONFIRMA LA SENTENCIA. E igualmente EL CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVA- SECCION QUINTA- en decisión del 25 de septiembre del 2019- Ordeno en similar evento a la Dirección Ejecutiva Seccional; que en un plazo de 48 horas. Solicite a la Dirección ejecutiva y provea los recursos necesarios. En Tutela Rad. 05001 31 03 018 2019 -00023-00, del 11 de febrero*

del 2019. Igualmente, el Juzgado 18 Civil de Circuito de Medellín, realiza la ponderación, entre las necesidades del servicio y el derecho de las vacaciones, y tutela concediendo las vacaciones del accionante y da la orden al Director Ejecutivo de Administración Judicial - Medellín o quien haga sus veces; para que en termino de 15 días provea los recursos. En similar sentido se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca; en tutela del 23 de septiembre del 2015 Radicado No.19001233300320140046900; donde no solamente ordenaba conceder las vacaciones, sino expedir la disponibilidad para el reemplazo.”

Deja en claro que el Despacho del cual es titular no se opone a que los empleados que laboran allí disfruten su periodo de vacaciones, pues es conocido que estos Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, manejan una alta carga laboral, pero debe manifestar que observa con preocupación que no se conceda el CDP para el reemplazo en este caso en concreto donde son dos periodos de vacaciones acumulados, esto es 50 días, en los que el Juzgado no podrá disponer de una persona y que además uno de los periodos de vacaciones coincide con los de la Asistente Administrativa del Despacho, existiendo un periodo de tiempo en el que solo podrá estar en compañía del sustanciador, para responder el cumulo de peticiones que ingresan por día.

Por último, indica que no encuentra una manera lógica para reorganizar las funciones dentro del Despacho cuando va a carecer de dos personas en uno de los periodos deprecados por el accionante, pues considera que la carga laboral es excesiva y no encuentra la manera de suplir la carga de estas dos personas.

Refiere que el despacho cuenta con muy poco personal, así mismo, que cuentan con aproximadamente 5.000 procesos entre mixtos, físicos y digitales, por el tema de la pandemia de COVID – 19, que ha hecho más engorroso el trámite por el manejo de la nube y el inconveniente que se tuvo con los computadores que fueron cambiados por la Dirección Seccional sin haber guardado respaldo de la información, habiéndose perdido más de un año de trabajo como el programa de penas cumplidas, que dice haber implementado desde que llegó a ese Despacho; así como otras funciones tales como:

“1. La gran carga que se tiene por parte de los Juzgados de ejecución de penas de Medellín y Antioquia, que obligo incluso que, en el año pasado, el Consejo Superior de la judicatura, realizar nombramientos de 8 empleados para Centros de Servicios de descongestión, hasta 31 de diciembre del 2021 (inclusive).

2. Que las labores que dispensa en este Despacho, es (entre muchas otras) de legalizar capturas de los condenados capturados con orden de captura (en términos breves), conceder libertades, bien por pena cumplida física o bien previa redenciones, pronunciarnos

sobre solicitudes de libertad condicional, domiciliarias, etc. Y contestar y tramitar habeas corpus, que, por la especialidad, casi que, a diario, estamos dando respuesta a estas acciones y Tutelas, en fin, las anteriores tienen que ver con el sacrosanto derecho de la libertad, y es obligatoria, resolver en términos preclusivos.

3. La gran carga, de peticiones, tiene a los funcionarios que proyectos en el despacho, el Jurídico, el Oficial Mayor y al juez, prácticamente colapsados, siendo entonces la falta de uno de esos cargos (al no nombrar el reemplazo), una carga excesiva, que haría nugatoria o imposible responder en términos todas esas decisiones que versan directamente con la libertad.

4. Su señoría entramos por el COVID; al proceso digital, digital mixto y físico, además de organizar los procesos en la nube, según el protocolo referido, esa labor la desempeña la funcionaria Administrativa, hemos tenido que apoyarla en las otras funciones; verbo y gracia a el suscrito Juez He apoyado en que está pendiente del correo; todo lo que llega hago reparto y envié por correo a secretaria. Lo anterior porque en plena pandemia llego el traslado de la administrativa y el funcionario que desempeñaba esas funciones no entrego el puesto y es un caos; posteriormente con el cambio de equipos del despacho se eliminaron procesos digitales, se eliminó el programa de penas cumplida y lo de estadística; con lo que los demás empleados del despacho han debido ayudar para establecer lo más prioritario que eran los procesos digitales y lo estadística; se ofició en su momento a la dirección Seccional de Antioquia y a Sistemas para ver si podíamos rescatar los documentos perdidos y ni siquiera nos han contestado.”

Por lo anterior deprecia se verifique la legalidad de la actuación desplegada por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, ponderar el valor de la justicia y la legalidad; por el uso arbitrario de la Dirección Administrativa de una CIRCULAR que no debía aplicar, para omitir la obligación de la Administración de proveer los recursos que para el disfrute del derecho a las vacaciones en los funcionarios de vacaciones individuales, es una vía de hecho que quien más que la propia justicia debe impedir que prosiga.

Así como lo argumentado respecto al cumulo de trabajo y la carencia de empleados para reorganizar las funciones,

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor WILLIAM DE JÉSUS HERNÁNDEZ MOLINA, solicitó se ampare en su favor el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Medellín – Antioquia – Choco.

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, lo es frente a la solicitud de emitir respuesta al requerimiento efectuado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia al juzgado fallador con el fin de informarle referente al tema de reparación de perjuicios, petición de la cual hasta la fecha de radicación de la presente solicitud no había obtenido respuesta.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o

especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso en concreto

En esta oportunidad concierne a la Sala determinar si la acción de tutela procede para dejar sin efecto la resolución 027 del 22 de septiembre de 2021, por la cual el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, negó el disfrute de las vacaciones a la asistente jurídica WILLIAM DE JÉSUS HERNÁNDEZ MOLINA, por necesidad del servicio, y ante la falta de presupuesto para nombrar su reemplazo, según lo informado por la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE MEDELLÍN.

La Resolución que negó las vacaciones del accionante es una manifestación unilateral de la voluntad de la administración, en este caso, del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, tendiente a producir efectos jurídicos; de ahí que sea menester analizar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario mediante el cual, cualquier persona, sea natural o jurídica, puede acudir ante los jueces de la república en todo momento y lugar, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular, en los casos expresamente señalados por la ley.

Es un instrumento de carácter residual, que sólo opera cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En razón del carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la H. Corte Constitucional ha sentado que no procede contra actos administrativos de carácter particular y concreto¹, en tanto que quien se cree afectado con ellos, cuenta con un mecanismo para atacarlos, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en otras palabras, con un medio de control así denominado, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el que puede, inclusive, solicitar la suspensión del acto que lo afecta.

¹ Sentencias T -094 de 2013, T 654 de 2014 y T 234 de 2015, entre otras.

Sin embargo no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa, pues el Juez constitucional debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea o eficaz, en virtud de las circunstancias del caso concreto, tales como las condiciones personales de vulnerabilidad del afectado; en el evento que no lo sea, el mecanismo de amparo procederá para provocar un juicio sobre el fondo de manera definitiva o transitoria, según el caso².

Si el accionante está en una situación de debilidad manifiesta y el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo³; si dicho mecanismo es idóneo y eficaz, pero existe la posibilidad de un perjuicio irremediable, dichas órdenes serán de carácter transitorio.

Frente a la acción de tutela contra actos administrativos, eventualmente procede de forma permanente cuando el Juez Constitucional estima que los medios o instrumentos de defensa judicial existentes no son idóneos ante una vía de hecho, para proteger los derechos del actor⁴.

Una vía de hecho, desde el debido proceso administrativo, se presenta cuando los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente del ordenamiento jurídico, en abierta contradicción con él, de tal forma que se aplica la voluntad subjetiva de tales servidores y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad⁵, caso en el cual, la tutela procede para restablecer el debido proceso administrativo.

El concepto de vía de hecho, entendido en el sentido amplio como arbitrariedad, después fue reemplazado por el de defecto, término acuñado para establecer uno o varios errores en una providencia judicial, que activa la procedencia de la acción de tutela para enervarlos, como causales específicas de procedibilidad.

Es por ello que la acción de tutela contra actos administrativos procede, siempre y cuando se evidencie un defecto o causal específica de procedibilidad, similar a los que se crearon por vía jurisprudencial, para permitir el ejercicio de la acción tuitiva contra providencias judiciales.

² Así lo reiteró en la T 208 de 2018.

³ Sentencia T 087 de 2018.

⁴ Sentencia T 957 de 2011.

⁵ Sentencia T 1082 de 2012.

Así las cosas, después de realizarse el test de subsidiaridad, se debe analizar si el acto administrativo atacado presenta una de las siguientes causales, por las cuales proceda la acción de tutela, para corregirlo:

“13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente.

13.2. Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que(i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobrepasar el procedimiento aplicable;(ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

13.3. Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que, de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

13.4. Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra lege.

13.5. Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

13.6. Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia

constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa. Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.

13.7. Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

13.8. Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas”.

En el caso concreto, el accionante WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, sin duda cuenta con un medio ordinario de defensa judicial para atacar la decisión del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se aprecia idóneo, al ser adecuado para determinar si la inexistencia de disponibilidad presupuestal para posesionar en su cargo a una persona que la reemplace, y no afectar el servicio de justicia, son motivos válidos para negar el disfrute de sus vacaciones.

Sin embargo, para el caso específico, ese medio de control se aprecia ineficaz, en la medida que suspender el acto administrativo que lo afecta, como medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, implica que la imposibilidad del disfrute de sus vacaciones se extienda indefinidamente, no siendo un medio eficaz y oportuno para la protección de un derecho sobre el cual no hay discusión, pues no se debate que el señor HERNÁNDEZ MOLINA, adquirió efectivamente el derecho a su descanso por vacaciones, cuyo reconocimiento, ante el cumplimiento de los requisitos legales, mal podría estar supeditado a la injusta y desproporcionada carga de exigirle al accionante, acudir a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que lo declare, continuando él, mientras tanto, desempeñando sus labores.

Según reposa en el trámite, el actor tiene acumulado dos periodos de vacaciones, y, por ende, está en una situación particular de debilidad, ante el connatural desgaste de su energía y su salud, que flexibiliza el test de residualidad de la acción de tutela, al necesitar con apremio que se resuelva prontamente, y de fondo, sobre el goce de un descanso reconocido a los trabajadores por los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, esto es, sobre un derecho fundamental. En efecto, la Corte Constitucional, reiteró que:

“Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso. El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador. La legislación laboral consagra como regla general, la obligación de todo empleador de dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores”⁶.

Así las cosas, y luego de estudiar los argumentos expuestos por las partes y las pruebas practicadas, se tiene que el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, incurrió en varios defectos y, en consecuencia, de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos.

Se acreditó en efecto que HERNÁNDEZ MOLINA, cuenta con el certificado presupuestal para el disfrute de sus vacaciones individuales, pues laboró ininterrumpidamente como empleado de la Rama Judicial, en el cargo de asistente jurídica; sin embargo, el referido despacho en la Resolución 027 del 22 de septiembre de 2021, dispuso no concederlas ante la falta de disponibilidad presupuestal para su reemplazo por vacaciones, pero esa exigencia no está prevista en ninguna norma, por lo menos, no se señala en el artículo 146 de la Ley 270 de 1996, y el nominador, no indicó el sustento legal de su afirmación, con lo cual incurrió en un defecto material o sustantivo.

Se evidencia, de la respuesta dada a la acción de tutela por el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, que la negativa a reconocer las vacaciones deprecadas por el accionante tiene sustento en que al no poder nombrar y posesionar el reemplazo del empleado, impide la adecuada prestación del servicio que debe dispensar su Despacho, el cual tiene alta carga laboral, y que en su sentir las disposiciones que invoca la

⁶ C 019 de 2004.

administración judicial para no otorgar el certificado de disponibilidad para designar un remplazo no cobija a los empleados de Ejecución de Penas por lo que considera que se debe ordenar a la Dirección de Administración Judicial otorgar el respectivo certificado. A su vez la referida Dirección como lo mencionó en su respuesta señala que la negativa a otorgar tal medida se funda en el hecho que solo existe autorización presupuestal para la designación de remplazo de jueces que disfruten de manera individual sus vacaciones.

El considerar entonces que no se deben otorgar las vacaciones porque no existe la posibilidad de contar con una persona que remplace al servidor al momento de salir a las vacaciones, si bien busca proteger la buena prestación del servicio resulta desproporcionada, por cercenar un derecho fundamental de un servidor de su despacho como lo es el del disfrute de sus vacaciones y no tiene en cuenta que el Juez Director del Despacho, tiene otros medios para prestar un adecuado servicio, cual es reorganizar las funciones de sus empleados, transitoriamente, dando prioridad a lo apremiante, como asuntos relacionados con la libertad, o acudir al Consejo Seccional de la Judicatura, para que entreguen una solución transitoria .

Ya la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en casos como el que aquí nos ocupa el servidor tiene varios periodos de vacaciones pendientes, con argumentos de necesidad de servicio no se puede negar el disfrute de las vacaciones en efecto señaló :

“Si bien la necesidad del servicio puede justificar el aplazamiento de las vacaciones de algunos empleados de la Rama Judicial, del régimen individual, esto no puede perpetuarse indefinidamente al punto de acumular diferentes periodos, pues ello implica el cercenamiento del derecho fundamental al descanso laboral”⁷

De otra parte, entrar mediante el mecanismo de la acción de tutela a inmiscuirse en la administración del presupuesto al interior de la Rama Judicial resulta ser un asunto ajeno a los Jueces de Tutela⁸, por lo que resulta improcedente entrar a dar órdenes sobre el manejo

⁷ TP 3242 de 11 de marzo de 2014, radicado 7197, STP 15391 de 20 de noviembre de 2018, radicado 101602, STP 1075 de 4 de febrero de 2019, radicado 102311, STP 5476 de 30 de abril de 2019, radicado 10411 ”

⁸ En la sentencia T 377 del 2001 la Corte Constitucional indicó : *Por consiguiente, al juez constitucional no le corresponde interferir, por vía de tutela, en las decisiones generales abstractas e impersonales confiadas por la Constitución Política a otras autoridades estatales, aunque si podría, en defensa de aquellas situaciones concretas y particulares que le competen, ordenar que se adopten medidas excepcionales con el propósito de salvaguardar los derechos de aquellos que, por quedar cubiertos en una decisión general, resultan discriminados y por tanto desprotegidos.*

del presupuesto visto que además existen otros mecanismos como ya se mencionó par poder organizar el trabajo al interior del despacho judicial.

Por todo lo expuesto, se amparará el debido proceso administrativo, trabajo digno, descanso y salud de WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, pero no en el sentido que pretende; es decir, ordenando disponibilidad presupuestal para el pago de una persona que la reemplace mientras disfruta de sus vacaciones, ello, por cuanto los jueces de tutela no pueden ordenar apropiaciones del gasto del presupuesto nacional, pues reemplazaría a las autoridades y procedimientos previstos para ello.

Así las cosas, se ordenará al JUEZ PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le conceda las vacaciones a WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, en la época que indique, sin supeditar su disfrute a la exigencia de contar con una disponibilidad presupuestal para designarle un remplazo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR el debido proceso administrativo, trabajo digno, descanso y salud de WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA; pero se **DENIEGA** su pedido respecto a que se

De tal manera que, tal como lo consideraron los jueces de instancia, mediante la acción de tutela no es posible sustituir al Gobierno Nacional en su gestión de formular y aplicar la política fiscal del Estado, como tampoco resulta procedente, con el propósito por demás loable de proteger los derechos fundamentales, cuestionar las decisiones que con respecto a ésta facultad se tomen, porque de ser posibles la sustitución y la disputa, tendríamos que concluir que el constituyente le confió al juez constitucional, por vía de tutela, el poder omnímoto de decidir en todos los asuntos públicos, incluyendo la dirección económica del Estado lo cual, además de impertinente, contradice abiertamente la Constitución Política. Este ordenamiento determina con claridad las funciones de los diferentes órganos del poder público delimitando las concurrencias, las cuales se establecen, como mecanismos de control y cooperación en la consecución de los fines del Estado, pero nunca como inmisiones o interferencias (Art. 113. C.P.).

Así las cosas, corresponde al Gobierno Nacional la formulación anual del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 de la Constitución Política y compete al Congreso Nacional su aprobación. Por su parte, esta Corporación es la encargada de estudiar y decidir respecto de su constitucionalidad, si en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se llegare a controvertir.

entregue un certificado de disponibilidad presupuestal para el pago de una persona que la reemplace mientras disfruta de sus vacaciones.

SEGUNDO: ORDENAR al JUEZ PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, conceda el disfrute de las vacaciones a WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, en la época que indique.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

bf25bc4bf9d1fe46eb4a579a5d7d6fb2e463e4cd3857ee91b06cbdc0139cc76f

Documento generado en 07/10/2021 03:32:49 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202100558 **NI:** 2021-1502-6
Accionante: DR. JUAN GUILLERMO RESTREPO MAYA EN REPRESENTACIÓN
DE ÁLVARO DE JESÚS TOBÓN CASTAÑEDA
Accionado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Decisión: Concede
Aprobado Acta No.: 168 octubre 7 del 2021
Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, octubre siete del año dos mil veintiuno

V I S T O S

El abogado Juan Guillermo Restrepo Maya solicita la protección constitucional al derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por parte de la Fiscalía General de la Nación.

LA DEMANDA

Manifiesta el profesional en el derecho que presentó derecho de petición ante la Fiscalía General de la Nación, así mismo que el día 8 de septiembre de 2021 recibió respuesta de manera parcial.

Como pretensión constitucional insta se tutele en su favor el derecho fundamental de petición e información, ordenándole a la Fiscalía General de la Nación le dé una respuesta de fondo y congruente con lo solicitado, refiriéndose a cada uno de los puntos de la solicitud presentada. Adjunta al

escrito de tutela el poder para actuar, copia del derecho de petición, y copia de la cedula de ciudadanía de su representado.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 23 de septiembre de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar a la Fiscalía General de la Nación, así mismo se ordenó la vinculación de la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia y a la Oficina de Tránsito y Transporte de Sonsón (Antioquia).

Con el fin de esclarecer puntos indefinidos en el presente trámite constitucional, se decretó una prueba de oficio, la misma iba dirigida a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia con el objeto de que indicara puntualmente sobre información de reparto de la investigación penal donde se encuentra inmiscuido el señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, no obstante, al culminar el término para pronunciarse no se recibió respuesta.

La Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, en escrito del día 24 de septiembre de 2021, manifestó que a la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón, le fue asignada la investigación, informó del traslado del derecho de petición al despacho asignado, asegura no ser competente para pronunciarse al respecto. Por lo tanto, solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela en contra de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia.

La Dra. Luz Stella Agudelo Ochoa Fiscal 120 Seccional de Sonsón, manifiesta que el derecho de petición objeto del presente trámite fue resuelto por medio del oficio 435 del 8 de septiembre de 2021 informándole al peticionario que en esa unidad no se adelanta investigación alguna en contra del señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, por ende, no se pronunció de fondo respecto de la solicitud, pues no es de competencia de esa fiscalía.

Relata que una vez indagó en la Oficina de Tránsito y Transporte de Sonsón, da cuenta que el señor Tobón Castañeda reporta comparendos y tiene

inmovilizado el vehículo con placas LIJ 496, por lo anterior, le dio traslado a la autoridad de tránsito competente, por medio de oficio 435 del 8 de septiembre de 2021.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el abogado Juan Guillermo Restrepo Maya quien actúa en representación de Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, solicitó se ampare en favor de su representado el derecho fundamental de petición invocado, presuntamente conculcado por parte de la Fiscalía General de la Nación.

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, lo es frente al derecho de petición presentado ante la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual solicitó información relativa a una limitación a la propiedad del vehículo identificado con placas LIJ 496, petición de la cual recibió respuesta parcial pues en su sentir no fue de fondo ni congruente con lo solicitado.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier

autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido

que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

Así las cosas, y siendo la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho fundamental de petición, pues conexo a él se pueden derivar otros derechos fundamentales; de lo anterior se extracta que la respuesta debe ser de fondo, clara, oportuna, congruente con lo solicitado, sin evasivas y efectuando la debida notificación al peticionario.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad del abogado Juan Guillermo Restrepo Maya, es que elevó solicitud ante la Fiscalía General de la Nación, donde solicitaba información puntual sobre el trámite de levantamiento de las medidas de limitación a la propiedad sobre el vehículo de placas LIJ496.

Ahora, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, informó a esta Magistratura que la investigación había sido asignada a la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón, por su parte la Dra. Luz Stella Agudelo Ochoa Fiscal 120 Seccional de Sonsón, niega dicha asignación de la investigación a la que refiere el accionante en el escrito de tutela, por ende, dio traslado de la petición a la Secretaría de Movilidad y Tránsito de Sonsón.

Bajo ese panorama, y dado que no se pudo establecer con exactitud el despacho fiscal que tiene a su cargo dicha investigación, pues la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia omitió pronunciarse en debida forma respecto del requerimiento efectuado, con el fin de esclarecer puntos indefinidos en el presente trámite constitucional respecto de esclarecer a que despacho se encuentra asignado el conocimiento de la investigación penal donde se encuentra inmiscuido el señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda y el vehículo automotor con placas LIJ 496; no obstante, transcurrido el término concedido no se recibió pronunciamiento coherente pues se le indica que la

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

investigación se encuentra en una Fiscalía de Sonsón y dicha autoridad niega tener tal investigación.

Frente al derecho de petición, y su trámite la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) cuando se muestra aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición².”

De lo anterior se colige entonces, luego de analizar el material probatorio recopilado considera la Sala que existe evidencia de que efectivamente se encuentra latente la vulneración al derecho de petición incoado por el demandante, pues en el trascurso del presente trámite no se logró establecer con exactitud cuál es el despacho competente, pues por información de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia el caso fue asignado a la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón, pero esta fiscal contradice dicha manifestación.

Así las cosas, es ostensible que el amparo incoado por el señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda a través de apoderado judicial deberá de concederse, ante la vulneración latente a sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, esta Sala ORDENARÁ a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, establezca cual es fiscalía asignada, bajo que radicado efectivamente se encuentra la actuación, una vez establecido lo anterior remitirá de manera

² Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

urgente la petición al despacho competente para que se dé trámite en debida forma al derecho de petición, lo anterior conforme la inconsistencia en lo manifestado por la Dirección de Fiscalías y la Fiscal 120 Seccional de Sonsón.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por el abogado Juan Guillermo Restrepo Maya quien actúa en representación del señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, en contra de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SE ORDENA a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, establezca cual es fiscalía asignada, bajo que radicado efectivamente se encuentra la actuación, una vez establecido lo anterior remitirá de manera urgente la petición al despacho competente para que se dé trámite en debida forma al derecho de petición, lo anterior conforme la inconsistencia en lo manifestado por la Dirección de Fiscalías y la Fiscal 120 Seccional de Sonsón.

TERCERO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

80d9f2ba084d987cbe439979e65ab5919b8db660a4c8efde4df103bf161a248e

Documento generado en 07/10/2021 03:32:35 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>