

RV: Accion de tutela

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

Mié 14/12/2022 14:17

Para: Recepcionprocesospenal <recepcionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>

Tutela primera

JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ

De: erich rafael del portillo gutierrez <eriking-10@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 14 de diciembre de 2022 2:04 p. m.

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

Asunto: Accion de tutela

Buenas Tardes

Señores

Corte Suprema de Justicia

Secretaria Sala de Casación Penal

Cordial saludo

Por medio del presente remito tutela del Señor Jairo Rafael Gonzales Gutiérrez y sus anexos para su conocimiento y fines legales pertinentes.

Atentamente,

Erich Rafael Del Portillo Gutiérrez
CC. No 72,221,526 De Barranquilla
T, P No 108.327 Del C.S. De La J.

De: Juzgado 02 Penal Circuito - Atlántico - Soledad <jpcto02soledad@cendoj.ramajudicial.gov.co>


Enviado: viernes, 2 de diciembre de 2022 5:55 p. m.

Para: erich rafael del portillo gutierrez <eriking-10@hotmail.com>

Asunto: RE: Solicitud de link de audiencia

Cordial saludo

Remito lo solicitado

 [2018-00102 Jairo Gonzalez](#)

Atentamente,

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD

Dirección: Carrera 21 No. 20 – 26, piso 1°

Palacio de Justicia de Soledad

Telefax: (95) 3885005 Ext. 4028

Página web: www.ramajudicial.gov.coCorreo Electrónico: jpcto02soledad@cendoj.ramajudicial.gov.co

Soledad – Atlántico, Colombia

ADVERTENCIA: El horario de recepción de peticiones y/o solicitudes, documentos o cualquier otro requerimiento o comunicación, físico o por este medio, es de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. En caso que el envío se dé con posterioridad a este horario y por medio digital, se tendrá recibida el día hábil inmediatamente siguiente.

De: erich rafael del portillo gutierrez <eriking-10@hotmail.com>**Enviado:** viernes, 2 de diciembre de 2022 11:21**Para:** Juzgado 02 Penal Circuito - Atlántico - Soledad <jpcto02soledad@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** Solicitud de link de audiencia

Buenos Días

Señores

Juzgado segundo penal del circuito de Soledad - Atlántico

Cordial saludo

RAD: 08-758-60-01-056-2018-00006-00 RI2021-00042

Por medio del presente correo de manera respetuosa acudo a su despacho para solicitar los links de audiencia de fecha:

27 de marzo /2019

16 mayo /2019

2 diciembre /2109

30 septiembre/2020

8 marzo/2021

Sírvase darle tramite en el menor tiempo a esta solicitud para su estudio.

Atentamente,

Erich Rafael Del Portillo Gutiérrez

CC. No 72,221,526 De Barranquilla

T, P No 108.327 Del C.S. De La J.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE TUTELAS

E.

S.

D.

ASUNTO: ACCIÓN CONSTITUCIONAL de tutela contra providencia judicial proferidas por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD-ATLANTICO Y LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**

Accionante: **JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ** a través de apoderado judicial

ERICH RAFAEL DEL PORTILLO GUTIERREZ Abogado titulado en ejercicio profesional identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma obrando como apoderado judicial del señor JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ identificado con la C.C. no 72.314.176 expedida en Santo tomas –Atlántico actualmente recluso en la Cárcel Judicial MODELO de la ciudad de Barranquilla patio 1, desde el día 09 de marzo del año 2018, comedidamente me permito manifestarle a los Honorables Magistrados que por medio de este escrito, instauró Acción Constitucional de **TUTELA**, consagrada en el artículo 86 de la C. N¹., y su Decreto Reglamentario No. 2591 de noviembre 19 de 1991, contra las Providencias Judiciales emitidas por los despachos judiciales **EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD Y LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA** por Transgresión y vulneración constante por Vía de Hecho, de los Derechos Fundamentales, el preámbulo a igual que los artículos

- 1 - (Estado Social de Derecho)
- 2 - (Fines Estado)
- 4- (Constitución Norma de Normas),
- 5 - (Primacía Derechos Inalienables),
- 28 –Toda persona es libre),
- 29 - Debido Proceso),
- 93 - (Tratados y Convenios),
- 94 - (Ampliación de Derechos y garantías)
- 228- (administración de justicia)

Se exponen los siguientes acontecimientos facticos en los siguientes términos VIA DE HECHO, POR DEFECTO FACTICO MATERIAL, DEFECTO PROCEDIMENTAL y DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL DE NUESTRAS ALTAS CORTES

¹ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

(CONSTITUCIONAL y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Sala de Casación Penal). NORMAS Y ARTICULOS DE LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS que hacen parte del Bloque de constitucionalidad., Todo esto de conformidad con los siguientes argumentos que a continuación sustentare

1-SUJETOS PROCESALES DENTRO DE LA PRESENTE ACCION CONSTITUCIONAL

Del accionante-legitimación activa

ERICH RAFAEL DEL PORTILLO GUTIERREZ identificado con la CC no 72.221.526 de Barranquilla Abogado en ejercicio portador de la T.P no 108.327 del C.S de la J

JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ identificado con la C.C. no 72.314.176 expedida en Santo tomas-atlántico actualmente recluso en la Cárcel Judicial modelo de la ciudad de Barranquilla patio 1, desde el día 09 de marzo del año 2018,

Del accionado -legitimación pasiva.

Lo constituye el **EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD-ATLANTICO** bajo la dirección del Señor juez **DR LUIGI CIANCI FLOREZ Y LA HONORABLE SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA MP DR DEMOSTENES CARMARGO DE AVILA** por Transgresión por Vía de Hecho, de los Derechos Fundamentales al Debido Proceso y en especial el Derecho Fundamental a la Libertad administración de justicia

2-ANTECEDENTES FACTICOS DE LA PRESENTE ACCION

1)- El día 09 de marzo del año 2018 mi representado **JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ** fue capturado en situación de flagrancia por personal de la policía nacional con sede en el municipio de soledad atlántico por denuncia penal instaurada por parte de la señora **BELKYS RADA PEDRAZA** en hechos ocurridos en la calle 14 no 4-23 dentro del casco urbano del municipio de santo tomas -atlántico siendo aproximadamente las 03;50pm la denunciante se encontraba haciendo la comida cuando **NEDIS GONZALEZ** quien es hermana de su pareja **JOSE GONZALEZ GUTIERREZ** le pregunta por su hija **ELEXIS FABREGAS** que es su hija mayor la mando a bañar y dormir como a eso de las 4.00 de la tarde no sintió a su hija **ELEXYS** y salió a buscarla dentro de la misma casa cuando entro al cuarto donde duerme y comparte con su pareja y mis hijas **ELEXYS** de 4 años **NASHELYS** de un año de edad observa al señor **JAIRO GONZALEZ** acostado en la cama al lado de su hija **ELEXYS** quien tenia los pantalones abajo y **JAIRO GONZALEZ** Con la mano derecha tocándole

las partes intimas a la menor ella grita y le reclama sobre esta situación lo cual no responde

2.la menor **ELEXIS FABREGAS** fue llevada al hospital de santo tomas el dia 09 de marzo del 2018 donde le practicaron examen sexológico practicado por la medico SARY ALVAREZ CAHUANA la medico concluye GENITALES se evidencia ERITEMA DE VULVA EN LABIOS MAYORES Y MENORS CON LACERACION DE LABIOS MENORES,HIMEN IMPERFORADO FORMA ANULAR RECTO LEVE ERITEMA NO LACERACIONES siendo capturado el señor JAIRO GONZALEZ por estos hechos dentro del proceso **087-58-600-1056-2018-00006**. Tal como lo historia el informativo, contentivo que reposan en los audios

3-al día siguiente 10-03-18 se realizaron las respectivas audiencias de Legalización de captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento en contra de mi poderdante JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ , fueron llevadas a cabo ante el Juzgado primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de soledad-atlántico por los delitos de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS delito tipificado y sancionado en nuestro estatuto penal en su libro 2do titulo IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES CAPITULO 2DO DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS Art 209 modificado por la ley 1236 del 2008 articulo 5 que trae una pena de prisión de 9 a 13 años de prisión incrementada de una tercera parte a la mitad AGRAVADO según el art 211 numeral 5 adicionado por la ley 1236 del 2008 articulo 30 a titulo de AUTOR y a titulo de DOLO ese día 10 de marzo del 2018 imponiéndose medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. A esta persona JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ La cual no fue objeto de recursos por parte de la defensa

4)-Tiempo después, el Fiscal 09 seccional de Soledad-atlántico presentó escrito de acusación el día 30 de abril del 2018 se radicó ante el Centro de Servicios Judiciales de soledad atlántico, donde se realizó el reparto del proceso y le fue asignado al Juzgado 02 Penal del Circuito de Conocimiento de esa localidad avocó conocimiento del expediente el día 07 de mayo del 2018 y fija fecha para celebración de audiencia de formulación de acusación para el día 01 de julio del 2018 a las 09,00am librándose los oficios respectivos de citación de audiencias realizándose la respectiva audiencia de formulación de acusación sin ningún contratiempo no se hizo uso de las causales del art 339 del cpp por lo que se señalo como nueva fecha el día 11 de julio del 2018 a las 10;00am

5)-ese dia 01 de julio del 2018 no se pudo realizar la diligencia de audiencia preparatoria por cuanto su titular se encontraba incapacitado y a su vez la delegada de la fiscalía había solicitado aplazamiento de la misma compareciendo la defensa y el representante de victimas posteriormente el dia 23 de julio del mismo año se señala como nueva fecha de realización de audiencia preparatoria el día 31 de julio del presente año a las 09;00am librándose los oficios respectivos

6- para el día 31 de julio del año 2018 se realizo la audiencia preparatoria donde la fiscalía y la defensa estipularon la plena identidad del procesado el arraigo del mismo así como la información de antecedentes en ese orden de ideas se enunciaron las pruebas ordenando su practica y decreto de la mismas por parte del ente acusador fueron llamados a declarar BELKYS RADA PEDROZA madre y denunciante de la menor afectada EFR patrullero EDUAR DE ANGEL SAMUDIO RANDY DAZA ROLONG y LILIANA ROMERO PEÑARANDA investigadores del CTI SARY ALVAREZ CAHUANA medico legista y LUZ MARINA GONZALEZ CARVAJAL por parte de la defensa se ordenaron los testimonios de LUIS FERNANDO, NILSON JOSE GABRIEL Y YUGEIDYS GONZALEZ GUTIERREZ así como también los señores FREDY ENSUCHO CALDERON y ANA ROSA SOLEDAD GAMBOA y se señalo la fecha de iniciar juicio oral el dia 06 de septiembre del 2018 a las 900am r

7-continuando con el día 06 de septiembre de 2018 fracasa la 1ª diligencia de instalación de juicio oral por cuanto la defensa publica del tutelante DR HERNAN CALVO SILVA presento aplazamiento por estar atendiendo asuntos personales no comparecieron los testigos de la fiscalía EDUAR ANGEL ZAMUDIO RAGNDY DAZA ROLONG y SARY LAVAREZ CAHUANA fijándose una nueva fecha para el día 01 de octubre del 2018 a las 9:00am

8-ese día 01 de octubre del año 2018 fracasa por segunda vez por cuanto siino se hizo presente el defensor publico DR HERNAN CALVO por cuanto se le presento una calamidad familiar presentándose la fiscalía y sus testigos LUZ MARINA CARVAJAL BUSTOS y LILIANA ROMERO PEÑARANDA fijando el despacho nueva fecha de audiencia de juicio oral para el día 22 de enero del 2019 a las 3:30pm

9-siguiendo ese mismo orden el día 22 de enero del 2019 fracasa por tercera vez la instalación del juicio oral por cuanto no hicieron acto de presencia los testigos citados de la fiscalía ordenándose una nueva fecha para continuar con el juicio oral señalando el día 27 de marzo del 2019 a las 2:30pm se deja constancia que en este interregno surge el cambio de defensor publico. Que venia representando los intereses del penado JAIRO GONZALEZ GUTIERREZ designándose como nuevo defensor al DR ELKIN CARREÑO CHAVEZ identificado con cc no 72.283.915 de Barranquilla T.P No 195.56 del C.S de la J

10- el día 27 de marzo del 2019 se instala la audiencia de juicio oral con la presencia de todas las partes e intervinientes especiales escuchándose los testimonios de

1.LUZ MARINA CARVAJAL BUSTOS quien practico el examen sexológico introduciendo al juicio la evidencia no 1 que es el informe base de opinión pericial de clínica forense de medicina legal UBBAQ-DSATL -05613-C-2018 obrante de 05 folios

2.LILIANA ESTHER ROMERO PEÑARANDA Investigadora del CTI quien aporta la evidencia no 2 que consiste en el informe de investigador de campo FPJ de fecha 2018-05-02 entrevista forense realizada a la menor ELIXIS FAREGAS RADA aplicando el protocolo satac con dispositivo técnico cámara de video que consta de 06 folios

3.BELKYS RADA PEDRA madre la victima EFR donde la fiscalía realiza el interrogatorio directo a sus testigos el defensor realiza el contrainterrogatorio y posteriormente fiscalía y defensa realizan el re directo y recontra interrogatorios señalándose una fecha de audiencia para el día 16 de mayo del 2019 a las 9:00am

11-para el día 16 de mayo del 2019 se da continuación de la audiencia de juicio oral con la practica de los testimonios EFR menor victima diligencia realizada por cámara gesell y RANDY DAZA ROLONG quien es parte de los testigos de la fiscalía quedando pendiente por la practica del ultimo testigo de la fiscalía SARI ALVAREZ CAHUANA reprogramándose la diligencia de continuación de juicio oral para el día 11 de julio del 2019 a las 2.30pm esta ultima no se realiza por la no comparecencia de esta testigo de la Fiscalía ante lo cual el defensor contractual presenta memorial de fecha 11-07-19 donde aporta la dirección sitio de trabajo y ubicación de la misma para efecto de ser citada señalándose como nueva fecha el día septiembre 25 del 2019 a las 11 am la cual no se realizo nuevamente por la no presencia de los testigos de la fiscalía EDIUAR DE ANGEL SAMUDIO y SARI ALVAREZ quienes fueron debidamente citados aplazándose para el día 29 de octubre a las 11:00am posteriormente fracasa esta audiencia de juicio oral por cuanto no acudieron los testigos citados de la fiscalía señalando como nueva fecha 02 de diciembre del 2019 a las 3:00pm

12-para el día 02 de diciembre del 2019 se instala la audiencia de juicio oral con la practica de la testigo de la fiscalía SARY ALVAREZ CAHUANA quien incorpora evidencia documental no 3 que consiste en la historia clínica realizada a la menor EFR al momento de ser valorada por ese personal medico obrante de 05 folios escritos

De igual manera se da apertura al periodo de practica de pruebas de la defensa accediendo a los testigos LUIS FERNANDO Y LEIDIS ESTEFANIA GONZALEZ GUTIERREZ los señores FREDY ANTONIO ENSUNCHO CALDERON y ANAROSA SOLEDAD GAMBOA quedando pendiente la practica de los testigos NILSON Y JOSE GONZALEZ GUTIERREZ para o cual se fija como próxima fecha y continuar el juicio oral febrero 12 del 2020 a las 10:50am

13-para los días 12-02-2020 no se realiza la audiencia de juicio oral por la no presencia de la fiscalía se señala como fecha próxima 22-04-20 lo cual no se realiza en razón de la emergencia sanitaria del covid 19 fijando fecha para el dia 24-08-20 se aplaza por petición de la fiscalía pide audios para preparación de alegatos se fija otra fecha 07-09-20 no se realiza por la no presencia de los testigos se fija una fecha

cerca 30-09-20 donde la defensa declina de la practica de los 2 últimos testigos para proceder a dar inicio a los alegatos de conclusión donde fiscalía y representante de victimas solicitan CONDENA en disfavor del señor JAIRO GONZALEZ GUTIERREZ la defensa solicita ABSOLUCION por cuanto existían dudas el juez dicta sentido de fallo CONDENATORIO y procede dar traslado al art 447 del CPP señalando fecha para lectura de fallo el día 10 -12-2020 a las 09:20am

14-los días 10-12-20, 29-01-21, 26-02-21, 01-03-21 no se realizaron estas audiencias de la lectura de fallo por aplazamiento del defensor en algunas ocasiones por problemas de conexión a internet se fija fecha finalmente para dar lectura de fallo el día 08 DE MARZO del 2021 donde el juzgado segundo penal del circuito profiere fallo de 1ª instancia condenando al señor JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ a la pena de 13 AÑOS DE PRISION en igual sentido de la pena principal se condena a la inhabilidad de derechos y funciones publica negándose los subrogados penales como la prisión domiciliaria por ser un delito contemplado en el listado del art 68ª del CP notificándose esta decisión via correo electrónico

15- la presente decisión fue recurrida por parte del nuevo defensor DR CESAR LUIS NUÑEZ SIERRA correspondiendo la presente actuación a La Sala Penal del honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Barranquilla en decisión aprobada en acta número 125 de fecha 10 de mayo del 2021 con ponencia del Magistrado **DEMÓSTENES CAMARGO ÁVILA**, confirmó en todas sus partes la decisión del A-quo y corrió traslado dentro de la notificación para la interposición del recurso extraordinario de casación.

16-Recurso que fue interpuesto por el abogado de la defensa y que según el dicho del auto que se deprecia en reposición, se vencía el término para sustentar la demanda el día 5 de agosto del año 2021 Que el día 3 de agosto el 2021 el encargado de la defensa técnica (Dr. **CESAR LUIS NUÑEZ SIERRA**) presentó ante el Honorable Tribunal Sala Penal de Barranquilla, una solicitud (3-08-2021) de prórroga del término para la sustentación (presentación) de la demanda de casación, como consecuencia de estar buscando un profesional del derecho que tuviese experiencia en casación, pues la **Defensoría del Pueblo** (Barranquilla) de momento le había negado ese servicio por no contar con togados para tramitar recursos de casación en la Regional Atlántico, estos están destacados en la ciudad de Bogotá, y además presento renuncia al poder otorgado para que el condenado (PPL) pudiera nombrar abogado que sustentara la demanda de casación.

17-La Sala Penal del Tribunal de Barranquilla con ponencia del Honorable Magistrado **DEMOSTENES CAMARGO**, en auto del 9-08-2021 resolvió no acceder a la prórroga deprecada, declarar desierto el recurso de casación, al igual que aceptar la renuncia del defensor **CESAR LUIS NUÑEZ SIERRA** dejando claro que en su decisión el Tribunal, prevaleció más los rigorismos formales (exageración) que desatienden el derecho penal sustancial tal como lo establece la C.N 1991 y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, violentando de esa forma el **ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA** y desde luego el principio de la

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EL PRINCIPIO PROHOMINI Y ELM PRINCIPIO PRO LIBERTATIS, haciendo énfasis en la obligación del anterior abogado defensor y recurriendo a decisiones del Consejo Superior del Judicatura, (sancionan abogado por dejar hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional)² resaltado es mío, para en ultimas rechazar la reposición, sin tener en cuenta que el procesado tiene en el Estado Social y Democrático de Derecho, derecho y una garantía insoslayable a una **defensa técnica, la cual en una garantía intangible, permanente y real** (SP1542017 RADICADI 48128 M.P. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA)el restañado es mío pero si en algo llega a fallar esa defensa, el justiciable no es quien deba asumir esas falencias o esa falta **de idoneidad**, como es en este caso que nos ocupa, razón más que suficiente para que la Sala Penal de la HCS ampare los derechos fundamentales conculcados en la decisión enervada y proceda a subsanar esa falla en la prestación del servicio de la administración de justicia y se le permita al condenado ejercer el derecho a llegar al organismo de cierre para que califique la actuación judicial que lo tiene ,privado de la libertad y la cual se extiende ,por 13 años, que es apenas obvio deberá ser revisada por la alta corporación para que se defina en derecho su situación jurídica en forma definitiva la cual fue puesta en tela de juicio con la sentencia condenatoria que nos ocupa.

18- En vista de todas estas circunstancias descritas dentro de la presente acción constitucional de tutela invocada contra un providencia judicial por violación al debido proceso que tengo derecho constitucionalmente por una flagrante violación al derecho de tener una adecuada administración de justicia, no se pretende con esta acción judicial reemplazar el procedimiento penal vigente, sino simplemente sea objeto de revisión por parte de un grupo de jueces colegiados magistrados con una alta formación profesional académica y jurídica puedan dentro de su leal saber y entender, que mi representado JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ ha sido víctima directa e injusta de unos yerros de procedimiento judicial que debió prever y advertir los señores JUECES SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD y LA SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA para que ustedes señores magistradosde la honorable corte suprema de justicia sala de tutelas como jueces constitucionales procedan, una vez admitan la presente tutela, correr traslado a los despachos judiciales accionados, pueda controvertir y corroborar que los hechos que expongo no son falacias y como prueba de ello se anexaran todos los elementos de prueba para su posterior decisión constitucional que serán relacionados en el punto de anexos del presente amparo

3-PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

- El Cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la presente acción de tutela que haga posible el estudio de fondo de la misma y en caso positivo

² folio 4 del auto confutado

- Dilucidar si los despachos judiciales accionados(JUZGADO 2 PENAL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD -ATLANTICO Y LA HONORABLE SALA DE DECISION PENAL EL TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA) incurrieron en una clara vía de hecho al momento de proferir las providencias de fecha marzo 08 y mayo 10 del 2021 donde se CONDENO en 1ª confirmada y 2ª instancia despues de haberse agotado los tramites internos para recurrir en sede de casacion que por razones ajenas al procesado JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ no tuvieron la oportunidad la defensa tecnica representada por los doctores ELKIN CARREÑO y CESAR LUIS NUÑEZ e inclusive este suscrito defensor al haber agotado todos los recursos y mecanismos legales procede a presentar el presente amparo constitucional por una clara violacion de via de hecho en el debido proceso que le asiste a mi representado

Toda persona tiene derecho a presentar acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción. (art 1 del decreto 2591/91)

4-ANALISIS Y CONSIDERACIONES INVOCADAS EN LA PRESENTE ACCION CONSTITUCIONAL

Los Argumentos esbozados por los despachos de los juzgados accionados que manifestaron en sus providencias objeto de la presente tutela que el solo hecho de que el procesado *JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ* se encuentre condenado contemplado en el artículos 13, 29 inc. 4 93 y 228 de nuestra Constitución Nacional.

Ahora bien, Honorables Magistrados, conforme a lo antes expuesto queda suficientemente demostrado que las decisiones adoptadas por los Despachos Judiciales, en Cabeza de sus operadores, (Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de soeldad atlantico y la honorable sala de decision penal del tribunal superior del distrito judicial de), son contrarias a la Ley y a la Jurisprudencia, enmarcados por vía de la constitución Nacional, y que han sido ratificados además por la C.I.D.H. (Artículo 29 C.N, Artículo 7.6 25.1 14,5 literal C del P.I.D.C. A),

Otras disposiciones legales que conllevaron a unos yerros de hecho y de derecho generando una clara violación directa de la ley sustancial que dejaron de aplicar son las siguientes disposiciones legales

- Art 29 CN debido proceso constitucional
- Art 93 CN Prevalencia de los tratados internacionales
- Art 228 CN administración de justicia
- Art 2 del CP integración total
- Art 3 del CPP prelación de los tratados internacionales
- Art 403 del CPP afirmación de la libertad
- Art 7.6 y 25.1 convención americana de los derechos humanos
- Art 14.5 pacto internacional de derechos civiles y políticos
- Art 8 declaración de los derechos del hombre

6-REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Si bien la Acción de Tutela es un mecanismo de protección excepcional, cuando se dirige en contra de providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad, los cuales están enmarcados de una manera compartida por la C. S. J. Sala Penal en la sentencia y la Corte Constitucional en la Sentencia C – 590 de 2005, la T – 332 de 2006.

Para el caso en concreto se cumplen todos los preceptos legales y jurisprudenciales exigidos, pues veamos:

- 1) Lo que se discute aquí son derechos fundamentales al debido proceso y Libertad.
- 2) Con referente a la inmediatez, tiempo razonable y proporcionado, estoy dentro de dichos términos.
- 3) Con base en la sentencia C-590 del 2005 considero que la procedencia de la Acción Constitucional está enmarcada en las siguientes eventualidades:
 - Defecto Factico
 - Defecto Material o sustancial.
 - Desconocimiento del precedente (Legal y Jurisprudencial).
 - Violación directa de la Constitución (Art. 29 Art. 93, inciso 1. Art 228 CN)

Sentencia SU-116 08/11/2018 Corte constitucional MP: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS,

"PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – REITERACION DE LA JURISPRUDENCIA.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

De los hechos descritos y las pruebas que se aportan, podemos indicar que si son de preeminencia constitucional pues se desconoció como ya se ha indicado la violación al debido proceso bloque de constitucionalidad admón. de justicia y demás normas ya enunciadas. Por parte de los operadores judiciales accionados dentro del presente amparo

A este argumento, se configura la violación al artículo 29 de nuestra Constitución Política.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Para el caso motivo de esta acción, se han agotado los medios y recursos legales por cuanto se presentó una acción constitucional previa a esta solamente con la finalidad de que se concediera a esta defensa la oportunidad procesal de poder sustentar un recurso de casación que por algunos aspectos probatorios que no fueron tenidos en cuenta por los despachos accionados en el sentido de restarle credibilidad a los argumentos expuestos por la Sra. BELKYS RADA ya que esta última se retractó y expresó que cuando denunció estos hechos por los cuales fueron objeto de investigación y juzgamiento donde resultó siendo víctima su hija menor EFR lo había realizado bajo un estado anímico de ira rabia y cólera motivo por el cual se planteaba por este suscrito defensor sustentar el recurso de casación por la causal de la violación indirecta de la ley falso juicio de raciocinio argumento que se iba basar en la tesis de la ley de ciencia máximas de la experiencia que en este tipo de delitos donde hay menores de edad como víctimas puede presentarse una excepción en el tema del recaudo probatorio que variaría la condición de la prueba en el aspecto de la valoración de la misma que los despachos accionados no tuvieron en cuenta lo cual fue declarada improcedente este primer amparo constitucional por

el tema de la no prorroga de termino mas no por aspectos procesales que constituyen unos claros defectos que serán objetos de una nuevo amparo para su revisión en aspectos constitucionales que a continuación se expondrán

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

Se cumple con interponer la tutela en un plazo razonable y proporcionado, pues la última decisión fue la emitida los días **08 DE MARZO del 2021** Decisiones judiciales proferidas por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SOLEDAD-ATLANTICO Y EL DIA 10 DE MAYO DEL AÑO 2021 POR PARTE DE LA HONORABLE SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA** por esa razón se entiende que al momento de la interposición de la presente acción hay un plazo razonable y no se ha incumplido con el requisito de inmediatez consagrado en la Constitución Política Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

Se cumple a cabalidad como quiera que se están identificando todos los hechos que se encuentran generando los derechos vulnerados, art 29 art 93 y 228 de la CN los mismos utilizados por la defensa dejó constancia y manifestó al juez de segunda instancia la violación directa de la ley sustancial interpretación errónea que hizo el juez segundo penal del circuito del municipio de soledad -Atlántico y la honorable sala de decisión penal del tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla por los que se ha acudido a todos los mecanismo judiciales a que tengo derecho, quedando como ultima ratio esta ACCION DE TUTELA.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Resaltado fuera de texto).

Esta acción no es contra sentencia de tutela.

Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados "causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales", y se explicaron en los siguientes términos:

***"a. Defecto orgánico,* que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.**

***b. Defecto procedimental absoluto,* que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.**

***c. Defecto fáctico,* que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.**

***d. Defecto material o sustantivo,* como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.**

***f. Error inducido,* que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.**

***g. Decisión sin motivación,* que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones**

en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

7-EN EL PRESENTE AMPARO SE PRESENTARON E IDENTIFICARON LOS SIGUIENTES DEFECTOS QUE A CONTINUACIÓN SUSTENTARE

A-defecto procedimental absoluto: los juzgados accionados dentro de la presente situación sus funcionarios judiciales se apartaron por completo del procedimiento legalmente establecido en el trámite de un asunto específico, circunstancia que se presenta cuando: (i) el funcionario sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto, o cuando (u) el funcionario pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido EJ. cuando manifestaron ambos jueces de 1 y 2da instancia la retractación de la testigo SRA BELKYS RADA PEDRAZA Madre de la menor EFR víctima de estos hechos fue confundida y alterada desconcentrada como mecanismo defensivo frente a las presiones de los adultos que tiene una denunciante retractándose y una niña pequeña muy afectada-folio 09 fallo 1ª instancia lo encuadro como una adecuación típica antijurídica y culpable de este tipo de comportamientos que afectan la integridad y formación sexual de los niño niñas y adolescentes por el cual fue declarado penalmente responsable del delito de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años

En este caso se observa un claro defecto de procedimiento absoluto por parte de los operadores de justicia de 1ª y 2da instancia accionados por cuanto omitieron los criterios de valoración del art 380 del CPP vulnerando así la garantía del debido proceso contemplado en el art 29 de la CN que por ende conlleva a una violación de la regla de la sana crítica por infracción a una regla de la lógica debido al desconocimiento del principio de implicación que es transgredido a través de la falacia de la relación causal existiendo un yerro construido por los jueces accionados basándose en un argumento silogístico en el que utiliza como premisa mayor que la menor víctima es objeto de re victimización

B-defecto factico-resulta evidente que el apoyo probatorio utilizado por los accionados en que se fundamentaron sus decisiones para resolver el asunto de narras es absolutamente incorrecto y exiguo este error en la apreciación probatoria que no se alcanzó a realizar a los EMP aportados por la defensa esto influye de forma determinante en la decisión adoptada de negar el derecho a la libertad por duda

probatoria que debía hacerse acreedor el accionante **JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ** quien fuera condenado a la pena de 13 años de prisión por ser hallado responsable del delito de actos sexuales abusivos agravado con menor de 14 años impera tener en cuenta el error de hecho por falso raciocinio originado de los postulados de la sana critica como ha sido suficientemente destacado por la altas cortes en pacifica jurisprudencia obligaba a los operadores judiciales accionados a señalar de manera objetiva mas no subjetiva el medio probatorio sobre el cual predica su decisión en el sentido de afirmar

C- decisión sin motivación- el deber de motivar una providencia judicial es exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Por cuanto los jueces accionados tomaron decisiones carece de justificación externa ó de justificación interna, "la mera citación de normas no podía tenerse en cuenta como una motivación suficiente, pues era necesario además señalar las razones (empíricas y argumentativas) que, en concordancia con la normatividad correspondiente, justificaban que mi representado **JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ** si tenía derecho a la libertad desestimando el valor de la prueba testimonial de la Sra. **BELKYS RADA PEDRAZA** restándole toda credibilidad por lo preparado y preconcebido argumentos del juez de 1ª instancia accionado lo cual le resulto increíble fantioso y mentiroso por lo que la alta corporación de justicia en materia penal ha afirmado que la falacia de la causa falsa consiste en aseverar erróneamente un acontecimiento que precede a otro acontecimiento como lo aseveraron en la valoración del testimonio luego de practicado el examen y contra examen a esta testigo deviene mas una causa efecto abordando un ejercicio de valoración probatoria de la prueba de forma negativa lo cual resulta irracional lo cual resulto impugnabile la credibilidad de esta testigo que fue descartada por los operadores judiciales accionados vulnerando así el inciso del art 29 de CN en el aspecto de presentación de las pruebas y su posterior controversia cuya valoración es objeto de sede de amparo constitucional ya que no fue tenido en cuenta por los accionados

D-desconocimiento del precedente-en el presente asunto los accionados omitieron los precedentes establecidos en la CN sentencia no C- 221/17MP DR JOSE CEPEDA AMARIS normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Art 7.5 C.A.D.H- Art 9.3 P.I.D.C.P y la resolución NO. 1/2020 Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020) los autos y precedentes emitidos por nuestra honorable **auto de fecha 04 de Diciembre del 2018 rad 51896 auto de fecha 30 de septiembre del 2015 rad 46153 auto de fecha enero 25 del 2017 rad 4950** entre otros por cuanto en ese orden de ideas con el pleno respeto por el debido proceso probatorio y el derecho a confrontar a la testigos los accionados concluyeron en la parte motiva de las decisiones objeto del presente amparo que la retractación por este segmento no es relevante por cuanto surge una inexplicable disparidad entre lo dicho por la denunciante **BELKYS RADA PEDRAZA** al momento de formular su denuncia y la posterior incorporación realizándose el examen y contra examen de preguntas a esta testigo quedo evidenciado una total

retractación de esta Persona sin presiones de parte de los familiares del penado en ese mismo sentido estos precedentes enunciados y muchos mas del cual ustedes tienen un amplio y pleno conocimiento puedan ver que los accionados han desconocido el precedente actual de nuestras altas cortes

Para que proceda el amparo el juez de tutela "debe indagar si el defecto alegado tiene incidencia en el respeto, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. De no ser así, la posibilidad de controlar errores fácticos debe mantenerse en el marco de los recursos de la legalidad (...)".

El Defecto sustantivo. En la sentencia SU-632 de 2017 se hizo una importante recapitulación en relación con este defecto:

Por otra parte, la Corte ha establecido que el defecto sustantivo parte del 'reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta'. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.'. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:

- (i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.*
- (ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.*
- (iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.*
- (iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.*
- (v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.*

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución . Resalto.

Adicionalmente, esta Corte ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis:

- (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o*
- (ii) (ii) cuando le confiere a la disposición infra constitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados”.*

En anterior oportunidad, SU-567 de 2015, la Corte había establecido otros eventos constitutivos de defecto sustantivo, a saber: "

(e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales;

(f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente;

(g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso. ”.

Hechas las anteriores precisiones, se observa que excepcionalmente procede la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual está sujeto a la acreditación de cada uno de los requisitos de carácter general y, por lo menos, una de las causales específicas”.

Por lo que, corolario de lo anterior y reitero que en el caso bajo estudio, se cumplen las condiciones genéricas y específicas de procedibilidad, porque se encuentran contenidos derechos fundamentales como son: el debido proceso la Libertad, la no aplicación del bloque de constitucionalidad la administración e justicia ya se agotaron las instancias al interior del proceso y el lapso transcurrido entre el pronunciamiento de la segunda instancia y la interposición del amparo es razonable; razon a ello se acude a este amparo constitucional sin que ellos implique o sea interpretado **CAMBIAR LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS POR CUANTO LA TUTELA NO ESTA DISEÑADA PARA SER UTILIZADO COMO UNA FORMA O ALTERNATIVA DE HACER UNA INTROMISION EN EL PROCESO ORDINARIO**

8-NORMAS CONSTITUCIONALES DE LA ACCION DE TUTELA

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Resalto)

ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Resalto)

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a **PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIR LAS QUE SE ALLEGUEN EN SU CONTRA; A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA**, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato

cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo

9-PREENSIONES Y PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS POR LOS DESPACHOS JUDICIALES ACCIONADOS

La actuación de los despachos judiciales **EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SOLEDAD-ATLANTICO Y LA HONORABLE SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA** al violar flagrantemente la protección de los derechos tales como la libertad, Debido Proceso Violación del Bloque de Constitucionalidad, la Constitución y la Ley, prolongándose ilegalmente mi libertad, actos que generan y constituyen **UNA VÍA DE HECHO**, misma que debe ser protegida Inmediatamente mediante la presenta ACCIÓN, y para tal efecto se persigue y en consecuencia se deje sin efecto legal alguno las actuaciones judiciales

surtidas por El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de soledad atlántico y la honorable sala de decision penal del tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla dentro del Proceso Radicado

PRIMERO: Mediante la acción que interpongo **persigo** que esa Honorable Corporación **TUTELE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS tales como:** El preámbulo a igual que los artículos **1** - (Estado Social de Derecho) **2** - (Fines Estado) **4** - (Constitución Norma de Normas), **5** - (Primacía Derechos Inalienables), **28** – (Toda persona es libre), **29** - (Debido Proceso), **93** - (Tratados y Convenios), **94** - (Ampliación de Derechos y garantías), administración de justicia art (228 CN)

SEGUNDO.- Se proteja el derecho fundamental invocado (debido proceso, Administración de justicia) de mi representado señor **JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ** y en consecuencia se deje sin efecto legal alguno las decisiones judiciales surtidas por los Juzgados Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, de soledad -Atlántico y la honorable sala de decision penal del tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla dentro del Proceso Radicado .

TERCERO: Se adopten las decisiones que en derecho correspondan, en aras de proteger los derechos constitucionales aquí señalados y otros que usted evidencie vulnerados; esto inclusive haciendo uso del principio iura novit curia.

CUARTO: Se declare por parte de esta instancia, que el fallo emitido sea de aplicación ***erga Omnes***, para las personas que se encuentran vinculadas al mismo proceso Penal de la Referencia, qué actualmente se encuentran en la misma condición Jurídica.

10-ELEMENTOS DE PRUEBA Y ANEXOS

- 1) Poder para actuar
- 2) Copia digital del expediente electronico radicado bajo el no **087-58-600-1056-2018-00006** incluido el fallo de 1ª instancia de fecha marzo 10 del 2021
- 3) Copia del fallo de 2da instancia sala decsion penal tribunal Barranquilla
- 4) Copia de los audios del proceso Rad **087-58-600-1056-2018-00006** enviados desde el correo electrónico del Juzgado 2 Penal Del Circuito De Soledad
- 5) Copia de la decision de 1ª instancia de tutela de fecha Diciembre denegada por no conceder termino para sustentar demanda de casacion
- 6) Copia del fallo de 2da instancia fallo de tutela confirmando el fallo de tutela

11-NOTIFICACIONES

El accionante en la Cárcel Judicial de modelo de la ciudad de Barranquilla – patio no 1 correo electrónico juridica.ecbarranquilla@inpec.gov.co

El apoderado en la calle 77 no 59-35 piso 11 oficina 1106 edificio las AMERICAS No3-Barranquilla-atlántico cel. 3003113348-3106206389 email eriking-10@hotmail.com

Los accionados en el distrito judicial de Barranquilla y soledad o a través de los correo electrónico de Los despachos así

Juzgado 2 penal del circuito soledad jpto02soledad@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sala penal tribunal superior Barranquilla secpnbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Atentamente,



ERICH RAFAEL DEL PORTILLO GUTIERREZ
C.C. No. 72.221.526 de Barranquilla
T.P. No. 108.327 del C. S. de la J.

Erich Rafael Del Portillo Gutiérrez

Abogado especializado en derecho penal –constitucional y otros
Calle 77 no 59-35 piso 11 of 1106 Tel. 3422822 – Cel. 3003113348 –
3106206389
Email: eriking-10@hotmail.com –
Barranquilla

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL DE TUTELAS**

E.

S.

D.

REF : ACCION DE TUTELA.

ACCIONANTE: JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ

**ACCIONADO: TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA SALA DE DECISION
PENAL**

**ASUNTO: OTORGAMIENTO DE PODER ESPECIAL PARA PRESENTAR ACCION
DE TUTELA**

JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ Varón, persona mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma actualmente privado de la libertad en la cárcel nacional modelo de esta ciudad procesado y condenado por un presunto delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años respetuosamente acudo a su despacho, para manifestarle que confiero poder especial amplio y suficiente en cuanto a derecho se refiere al doctor **ERICH RAFAEL DEL PORTILLO GUTIERREZ**, abogado titulado, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de su correspondiente firma, para que en mi nombre y representación presente e instaure acción de tutela contra la providencia judicial emanada del juzgado segundo penal del circuito de soledad sala de decisión penal del tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla y otras entidades que intervinieron dentro del proceso penal seguido en contra de mi poderdante

Mi Apoderado judicial queda ampliamente facultado para recibir, sustituir, reasumir renunciar, pedir y aportar pruebas, interponer y sustentar recurso extraordinario de casación, solicitar copias de todas y cada una de las actuaciones procesales, de conformidad con lo establecido en el artículo 125 132 y ss del CPP. Y 70 del C.P.C.

De usted Atentamente,


JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ
CC. No. 72.314.176.De Santo Tomas (Atlántico)

ACEPTO:


ERICH RAFAEL DEL PORTILLO GUTIERREZ
CC. No. 72.221 526 de Barranquilla
T.P. No. 108327 Del C.S de la J

03-11-2022
REC
FCC BA-JYP
RESEÑA
ESTABLECIMIENTO CARCELAR
LA MODELO
2022 NOV. 03
Pase Jm dico

República de Colombia



Rama Judicial

SALA PENAL

C.U.I. 08-758-60-01-056-2018-00006-00

Rad. Int. 2021-00042-T-CA

Aprobado Mediante Acta No. _125__

Magistrado Ponente Dr. Demóstenes Camargo De Ávila

Barranquilla, Diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

V I S T O S

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial de Barranquilla resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado contra del fallo de primera instancia del 8 de marzo de 2021 a través del cual el juzgado segundo penal del Circuito de Barranquilla condenó al procesado Jairo Rafael González Gutiérrez de los cargos que se le enrostraron como autor del delito de Acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado.

HECHOS

Se desprende de los autos consultados, mas concretamente de la

acusación respectiva, que en Santo Tomás – Atlántico, el 9 de marzo de 2018, la señora BELKIS RADA PEDRAZA, instaura denuncia penal por unos hechos ocurridos (...) el 9 de marzo del 2018 en la calle 14 No. 4-23 de Santo Tomas, (...) a eso de las 3:50 de la tarde, se encontraba haciendo la comida cuando NEDIS GONZALEZ que es hermana de mi pareja JOSE GONZALEZ GUTIERREZ me pregunta por mi hija ELEXIS FABREGAS que es mi hija mayor, le dije que la mandé a bañar para que se fuera a dormir, a eso de las 4:00 de la tarde, no sentí a mi hija ELEXYS y salí a buscarla dentro de la misma casa, cuando entro al cuarto donde duermo y comparto con mi pareja, mis hijas ELEXYS de 4 años de edad, NASHELYS GONZÁLEZ de 1 año de edad. Seguidamente observo a JAIRO GONZALEZ acostado en la cama donde duermo, al lado de mi hija ELEXYS que tenía los pantalones abajo y JAIRO GONZALEZ con la mano derecha tocándole las partes íntimas a mi hija, yo le grito a JAIRO y le digo porque me haces esto y no me respondió nada”..

ANTECEDENTES PROCESALES

Iniciada la correspondiente investigación, por parte del ente investigador, y establecida la posible autoría del ahora procesado, la Fiscalía, a través de uno de sus representantes le hizo comparecer ante un juez de control de garantías para la respectiva audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En desarrollo de esta vista pública y una vez reconocida la legalidad de la captura del enjuiciado, se procedió por parte del fiscal a cargo a formular imputación contra como autor del delito de Acto carnal abusivo con menor de catorce años, cargos a los que el imputado no se allanó.

El escrito de acusación respectivo se presentó el 30 de abril de 2018 y El 07 de mayo de 2018 se avocó el conocimiento de la presente causa penal y el 01 de junio de 2018 se realizó la AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN en la que a más de formularse la acusación se cumplió con el descubrimiento probatorio de la Agencia Fiscal.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 31 de julio de ese mismo año, en la que se estipularon la plena identidad, el arraigo y la carencia de antecedentes del procesado; se ordenaron a favor de la Fiscalía General de la Nación las declaraciones de Belkys Rada, E.F.R., Eduar De Ángel, Randy Daza, Leiliana Romero, Sary Álvarez y Luz Marina Carvajal, así como las documentales, registro civil de la menor, entrevista forense y anexos, historia clínica y examen sexológico; mientras que a favor de la Defensa las declaraciones de Luis González, Nilson González, José González, Leidis González, Fredy Ensuncho y Ana Soledad.

El juicio oral se inició el día 16 de marzo de 2015, en el que se practicaron las pruebas previamente decretadas. Concluido el debate probatorio, y escuchados los alegatos de las partes se profirió sentido del fallo condenatorio en contra del acusado, el cual se materializó en la sentencia de fecha 8 de marzo de 2021, mediante la cual se condenó a JAIRO GONZALEZ GUTIERREZ de los cargos por los que enfrento el juicio criminal en su contra.

Según el juez de primera instancia, al hacerse un estudio de los diversos medios de conocimiento que ilustran la presente causa, es fácil percatarse de que existe una prueba de cargo en contra del procesado, como es la jurada de la menor víctima, la cual ofrece suficiente credibilidad al a quo, en razón de la consistencia que se perciben en su jurada; sin que la retractación de la madre de la

víctima haga mella en la credibilidad de esta.

Inconforme con el sentido de esta sentencia, la DEFENSA, interpuso impugnación vertical contra el fallo de primera instancia; lo que generó la competencia de este cuerpo colegiado, para examinar el tema objeto de debate.

LA IMPUGNACIÓN

El representante del acusado, en forma escrita sustentó el recurso de apelación, haciendo un resumen de los fundamentos de la sentencia y de las críticas del a quo al testimonio de la víctima.

Cuestiona en este caso la credibilidad de la menor toda vez, que por la corta edad, los menores pueden ser influenciados por sus figuras paternas y maternas, hasta por un tercero en la familia y en la entrevista realizada en el juicio oral la menor no reconoció ser víctima en el caso que nos ocupa, por lo que la duda debería favorecer a su defendido, ya que se cuestiona la credibilidad de la menor en atención de la falta de contundencia de los dictámenes psicológicos en tal sentido, así como por la manera en que ella relato los hechos durante el juicio oral, en cuanto al punto de credibilidad en cuanto a los médicos, psicóloga y policía judicial intervinientes en el proceso de la referencia, la corte suprema de justicia bajo radicación 50958 9 de mayo de 2018.

Se ratifica en cada una de las manifestaciones presentadas en los ALEGATOS DE CONCLUSION, primero que independientemente, de la postura de la Denunciante la señora BELKIS RADA PEDRAZA, tuvo el valor de presentarse ante un estrado judicial sin importar las consecuencias de ellos y dio la cara asumiendo su culpa y aceptando las consecuencias que eso acarrea, como lo es

el Delito de Falsa Denuncia, ya que su conciencia motivo a que ella manifestara la verdad de la situación a pesar de que la tacharon de falta de credibilidad. En segundo lugar, la menor ELEXIS FABREGAS, en el interrogatorio presentado en la sala de audiencia la JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD, manifestó que no era víctima de delitos sexuales, a pesar de su corta edad hablo con el entrevistador y dio su versión de los hechos favoreciendo a su defendido.

En tercer lugar, la Fiscalía General de la Nación y la Abogada de Victima en lo único que se encontraban de acuerdo era en condenar a su defendido el señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO, porque en las conclusiones de cada una de las intervinientes tenían pensamientos diferentes con respecto a la menor. Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

Concluye demandando, como corolario de todo lo anteriormente expuesto, la revocatoria de la sentencia confutada y la absolución del inculpado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

A la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial de Barranquilla le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la sentencia de primer grado fue proferida, en este caso, por el juez

segundo penal del circuito de Barranquilla, como fallador de primer grado.

Antes que nada, nos referiremos al planteamiento de nulidad presentado por el recurrente, pues de tener vocación de éxito, ningún sentido tendría cualquier otro análisis.

Solicita el censor se decrete la Nulidad, por vulneración a los principios del Debido Proceso, del derecho a la defensa y controvertir el sentido del fallo presentando los recursos de ley, todo basado en que no se notificó en debida forma cuando se leería el sentido del fallo. La sala no accederá a esta petición por lo siguiente.

Toda petición de nulidad debe cumplir los principios que las rigen, entre ellos los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad.

Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera: 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 alegue nulidad debe demostrar

que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: La nulidad 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 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras

El anterior marco teórico conceptual nos permite predicar la NO viabilidad de acceder a solicitud de invalidez en la medida en que observa la sala que los vicios revelados por el recurrente no tienen la entidad suficiente para erigirse como razones sólidas para invalidar la actuación, tal y como se explica a renglón seguido.

En efecto, el peticionario no señala concretamente que actuación es la que debe anularse, solo podemos colegir que se refiere a la audiencia en la que se informó el sentido del fallo. No obstante no se dice claramente que no se le haya informado de la misma, sino que se duele de la forma en que lo hicieron, lo que da a entender que en últimas si se le comunicó, por lo que el acto cumplió su fin por lo que en acatamiento al principio de instrumentalidad la nulidad es improcedente.

De otra parte, el principio de trascendencia también conspira contra la petición de nulidad, pues si la irregularidad es que el defensor no pudo recurrir el sentido del fallo, tal situación no comporta afectación a una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, pues el sentido del fallo no puede ser objeto de recursos, pues no se trata de una providencia, sino el anunció de una decisión, luego el supuesto vicio denunciado, es intrascendente, si se tiene en cuenta que la defensa si pudo apelar la sentencia. Desde esta guisa no se decretará nulidad alguna.

Ahora bien, pasando ya al recurso de apelación, tenemos que en los términos del mismo, se debe determinar si al proceso se aportó prueba suficiente para derrumbar la presunción de inocencia o si, por el contrario, de la prueba legalmente decretada, admitida y practicada se infiere que persiste la duda sobre la real ocurrencia de los hechos denunciados que dieron origen a la presente actuación.

En lo que sigue se resolverá el problema propuesto. Para llegar a la conclusión se partirá de los criterios doctrinales y jurisprudenciales consolidados sobre (i) la prueba necesaria para condenar, (ii) la labor de verificación de la credibilidad de los deponentes.

La presunción de inocencia y el in dubio pro reo, aparecen consagrados en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, la Constitución Política y la ley colombiana, erigiéndose tales preceptos en axiomas que orientan la actuación de las autoridades judiciales cuando deben determinar la responsabilidad de una persona en un delito; de donde se desprende que su aplicación resulta imperativa so pena de desconocer los derechos fundamentales de los que son titulares los asociados.

Esta garantía se otorga a toda persona que se le inicie un proceso en el territorio patrio, desprendiéndose la regla del in dubio pro reo en el sentido de que toda duda debe resolverse en favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de no responsabilidad.

La duda se entiende como carencia de certeza y deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la

aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la imposibilidad probatoria para que se dictara sentencia condenatoria.

Cuando existe una precaria univocidad de los medios de convicción que obran contra el procesado, y resultan pruebas que avalan la manifestación de ajenidad con la conducta punible atribuida, sin que sea posible demeritar la credibilidad de estos elementos de conocimiento, pues provienen de diversas fuentes, y además que respecto de los mismos, bien en los de orden documental o ya en las de carácter testimonial, no cabe suponer fundadamente una eventual distorsión de la verdad o intención de favorecer al encausado, corresponde la aplicación del apotegma universal de in dubio pro reo, habida cuenta que el Estado a través del aparato judicial no logró resquebrajar la presunción de inocencia que constitucionalmente lo ampara.

No obstante, en la jurisprudencia se ha insistido sobre la naturaleza de la presunción de inocencia, aclarando que no es un derecho absoluto. Se mantiene vigente en el decurso del proceso penal pero se va minimizando frente a la contundencia probatoria dependiendo del avance de la actuación penal; su desvanecimiento se inicia con la resolución que resuelve la situación jurídica con medida de aseguramiento y se extingue, finalmente, cuando mediante una sentencia amparada con la doble condición de inmutabilidad e intangibilidad, se declara la responsabilidad penal de una persona por la autoría o participación de una conducta ilícita.

La presunción de inocencia y la duda a favor del procesado no tienen cabida cuando en el juicio oral -excepcionalmente en diligencias anticipadas-, las pruebas obtenidas demuestran más allá de cualquier duda razonable que ha tenido real ocurrencia la

conducta típica y se ha establecido la responsabilidad del acusado (Código de Procedimiento Penal, artículos 7° y 381).

La inexistencia de duda razonable para que se profiera sentencia de condena, en esencia debe ser predicable de los supuestos de hecho precisados en la acusación, como quiera que es allí donde se delimita el objeto del debate, motivo por el cual al ocuparse la ley procesal de regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado y señala como vicio de la misma su falta de correspondencia.

Aclarado lo anterior pasemos a analizar el punto de discusión; esto es si las pruebas que válidamente se arrimaron al proceso demuestran la existencia del delito de acto carnal abusivo con menor de catorce años.

El delito en comento se estructura sobre la acreditación de dos situaciones.

- Que la víctima sea una persona menor de catorce años y por ende no puede otorgar consentimiento alguno, respecto a prácticas sexuales.
- Que haya habido actos sexuales diversos al acceso en el cuerpo de la víctima.

El primer aspecto no ofrece mayores hesitaciones, en la medida en que la documentación aportada al proceso revela que la niña que funge como víctima en esta causa, para la época de los hechos contaba con tan solo nueve años de edad, lo que está muy por debajo del límite fijado por el legislador. Lo que genera la verdadera controversia hace relación a la segunda de las

situaciones reseñadas, en la medida en que ha sido objeto de enconado debate en este proceso si efectivamente existió la situación fáctica que estructura la entidad delictiva en comento.

Respecto a la responsabilidad del procesado tenemos que la misma dependerá de que se acredite que el mismo es autor de los tocamientos de que fue objeto la víctima y precisamente de ello dan cuenta las versiones que la denunciante da y en virtud de la cual ella misma presenció los tocamientos a que se ha hecho referencia, siendo ello la razón por la cual puso en marcha el aparato investigativo del Estado y son además evidencia del segundo requisito del delito analizado.

Si bien es cierto que esta versión no arribo de la manera en que tradicionalmente esta información llega al conocimiento del juzgador, pues esta testigo en juicio se retractó de las imputaciones que en pretérita oportunidad habían lanzado en contra del acusado, ello no significa que su dicho de cargo sea inexistente en la medida en que como ya es de todos sabidos su testimonio en juicio oral fue objeto de contrainterrogatorio mediante el cual se incorporó sus dichos anteriores los que conforman una unidad con su dicción en juicio oral, estando el funcionario judicial facultado para dentro de su discreción basada en la sana crítica, establecer al cual de las versiones da mayor crédito, si a la original incriminadora o la posterior desincriminadora, optando el a quo por dar mayor credibilidad al primer relato, opción que esta sala comparte plenamente dada la inverosimilitud de las razones dadas por la testigo para justificar su retractación.

A esto se suma el dicho de la propia menor víctima la cual al igual que su madre se retractó en juicio pero su versión inculpadora primigeniamente recogida es corroborada por los testimonios

autónomos independientes de profesionales de la salud ante los cuales narró la realidad de lo que le ocurrió.

Ahora bien aunque, algunas investigaciones científicas afianzan la idea de que los menores de edad, en ocasiones, mienten, pues ello hace parte de su proceso de desarrollo y «en su estructura psicológica la fantasía y la realidad se entrecruzan», esta sala estima que en este caso no estamos en presencia de esa eventualidad pues, al escuchar los testimonios de los profesionales de la salud a que nos referimos en precedencia, se percibe lo afín del dicho de la efeba , el cual se advierte manifiestamente coherente, ecuánime, convincente y no especulativo, en la medida que no se contradicen frente a las circunstancias modales, temporales y de lugar de la conducta investigada. Desde esta lógica desde ya anticipamos que a juicio de la sala el testimonio de la menor víctima en este asunto si tiene la entidad suficiente para erigirse como pedestal de una sentencia condenatoria.

Ahora bien, no pasa por alto la sala que esta testigo también se retractó; pero a juicio de la sala, esa situación no tiene la entidad suficiente para demeritar la credibilidad que nos inspira la misma. Al respecto resulta pertinente traer a colación lo que la Corte Suprema de Justicia de manera constante ha señalado, y es que las retractaciones en que incurra un mismo testigo, en modo alguno pueden constituir razón suficiente para desechar su credibilidad, pues precisamente es labor del funcionario judicial entrar a establecer, visto el contenido de las distintas declaraciones, con apoyo en las reglas de la sana crítica, a qué sectores de una determinada versión o versiones les concede mérito y a cuál o a cuáles no. Y la retractación de esta joven si que no merece credibilidad si se tiene en cuenta que llega hasta el absurdo de decir que no conoce al acusado, y negar que su madre

tiene novio, lo que muestra claramente que un factor externo a ella ejerció influencia en la menor como para llegar a esos desatinos.

Para la sala es claro que en este caso si está acreditada la tipicidad del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años, en su forma objetiva, e igualmente en su manifestación subjetiva ya que se desprende de las evidencias aportadas al juicio oral que el acusado es una persona imputable con un nivel de educación promedio que le permitía conocer la ilicitud de su comportamiento que revela que en su psiquis existía el conocimiento y voluntad en la acción criminal que se le atribuye, los que dejar ver el dolo que ha regido su comportamiento.

Así las cosas, se confirmara la sentencia de primer grado por la que se se condenará al señor JAIRO RAFAEL GONZALEZ GUTIERREZ, como autor del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años, por encontrarse ajustada a derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO:CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha y origen conocidos en el infolio. No decretar nulidad alguna.

SEGUNDO: INDICAR que contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

Aprobación virtual

LUIS F COLMENARES RUSSO

Aprobación virtual

JORGE E MOLA CAPERA

OTTO MARTÍNEZ SIADO

Secretario

Soledad, ocho (08) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Asunto:	Causa Penal – Sentencia
CUI:	08-758-60-01056-2018-00006-00
NIJ:	2018-00102-00
Procesado:	Jairo Rafael González Gutiérrez
Delito:	Acto sexual con menor 14 años agravado

i.- Asunto:

Finalizado el juicio oral dentro de la causa que se adelanta en contra del señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO, procede el Despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

ii.- Hechos:

Los hechos fueron narrados en el escrito de acusación, por la Fiscalía General de la Nación, así: *“En Santo Tomás – Atlántico, el 9 de marzo de 2018, la señora BELKIS RADA PEDRAZA, instaura denuncia penal por unos hechos ocurridos (...) el 9 de marzo del 2018 en la calle 14 No. 4-23 de Santo Tomas, (...) a eso de las 3:50 de la tarde, se encontraba haciendo la comida cuando NEDIS GONZALEZ que es hermana de mi pareja JOSE GONZALEZ GUTIERREZ me pregunta por mi hija ELEXIS FABREGAS que es mi hija mayor, le dije que la mandé a bañar para que se fuera a dormir, a eso de las 4:00 de la tarde, no sentí a mi hija ELEXYS y salí a buscarla dentro de la misma casa, cuando entro al cuarto donde duermo y comparto con mi pareja, mis hijas ELEXYS de 4 años de edad, NASHELYS GONZÁLEZ de 1 año de edad. Seguidamente observo a JAIRO GONZALEZ acostado en la cama donde duermo, al lado de mi hija ELEXYS que tenía los pantalones abajo y JAIRO GONZALEZ con la mano derecha tocándole las partes íntimas a mi hija, yo le grito a JAIRO y le digo porque me haces esto y no me respondió nada”.*

iii.- Individualización del acusado:

Se trata del ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.314.176 de Santo Tomás, nacido el 18 de diciembre de 1979 en Sabanagrande, tiene 41 años, es soltero, bachiller, vigilante, hijo de LEDIS GUTIÉRREZ y GABRIEL GONZÁLEZ y reside en la calle 14 No. 4 – 23 del barrio El Doral de Santo Tomás.

iv.- Actuaciones procesales relevantes:

El sub-lite inicia procesalmente con la IMPUTACIÓN DE CARGOS que hiciera la Fiscalía General de la Nación por el delito ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO, en contra del señor JAIRO

RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Soledad con Funciones de Control de Garantías el día 10 de marzo de 2018.

El 07 de mayo de 2018 se avocó el conocimiento de la presente causa penal y el 01 de junio de 2018 se realizó la AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN. Acto seguido se cumplió con el descubrimiento probatorio de la Agencia Fiscal.

El 31 de julio de 2018 se realizó la AUDIENCIA PREPARATORIA, en donde se estipularon la plena identidad, el arraigo y la carencia de antecedentes del procesado; se ordenaron a favor de la Fiscalía General de la Nación las declaraciones de Belkys Rada, E.F.R., Eduar De Ángel, Randy Daza, Leiliana Romero, Sary Álvarez y Luz Marina Carvajal, así como las documentales, registro civil de la menor, entrevista forense y anexos, historia clínica y examen sexológico; mientras que a favor de la Defensa las declaraciones de Luis González, Nilson González, José González, Leidis González, Fredy Ensuncho y Ana Soledad.

Culminada la audiencia preparatoria, se llevaron a cabo varias sesiones de audiencia de JUICIO ORAL, en las que la Fiscalía presentó su TEORÍA DEL CASO, consistente en señalar que el señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ es responsable penalmente por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO, contemplado en los artículos 209 y 211-5 del Código Penal. La defensa no presentó alegatos de apertura.

Terminado el debate probatorio los sujetos procesales exteriorizaron, en su orden, los ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

(i) La Fiscal Novena Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Soledad solicitó sentencia condenatoria para el señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO.

(ii) La representante de víctimas coadyuva la solicitud de condena de la señora Fiscal, asegurando que no hay la más mínima duda de la responsabilidad penal del procesado.

(iii) El señor Defensor solicita la absolución de su apadrinado judicial, basando principalmente su argumento en la retractación de la denunciante BELKYS RADA, ya que plantea que cuando denunció estaba en estado de rabia, de ira y de cólera. También hace referencia al estado anímico de la menor cuando fue atendida por las sicóloga y médico forense, así como que en su sentir el formato de la entrevista forense carece de requisitos de ley, principalmente porque dice que no se llenó el formato bien. Por último, atesta que no hubo desgarrar ni desfloración en la menor y que por lo tanto no se atentó en su contra.

Escuchados los alegatos de conclusión, se profiere un SENTIDO DEL FALLO CONDENATORIO, toda vez que consideramos que en el presente asunto se encuentra demostrada la comisión de la conducta punible de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO y la responsabilidad penal del encausado JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ.

v.- Consideraciones del Despacho:

v.i.- Competencia:

Éste Despacho es competente para conocer del presente asunto de acuerdo a su naturaleza, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004, también en atención a que los hechos tuvieron ocurrencia en jurisdicción del Circuito de Soledad.

v.ii.- Caso en concreto:

El presente juicio inicia con una acusación formulada por la Fiscalía Novena delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Soledad en contra del señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS AGRAVADO, contemplado en los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, que a la letra enseñan:

“Artículo 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

Artículo 211. Circunstancias de Agravación. (...) 5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes...”.

De ahí que se requieren entonces para la configuración de éste delito, la existencia de dos (02) elementos fundamentales, uno, el acto sexual con una menor de catorce (14) años, y dos, a cargo de un sujeto activo con el que exista un vínculo familiar o de unidad doméstica.

Erradicándose por supuesto de ésta modalidad de conducta punible el acceso y la violencia en cualquiera de sus modalidades, que son muy bien explicadas

por los artículos 212¹ y 212 A² del Código Penal, así como cualquier posibilidad de consentimiento, ya que ello no es posible en una niña tan pequeña. Es decir que, con el simple hecho de realizar tocamientos a una menor de catorce (14) años con ánimo libidinoso, se da el encuadramiento típico.

Ello para desacreditar la insólita postura defensiva de que como no se acreditó el desgarrar o la desfloración, no se atentó en contra de la niña E.F.R., ni contra el bien jurídico de la integridad y formación sexuales; que lo que pretende proteger es precisamente que los niños y niñas, por esa situación de inferioridad que indica la minoría de edad determinada de catorce (14) años, no tengan ningún tipo de cercanía con lo sexual, en su persona, ni (siquiera) en su presencia.

En palabras del profesor LUIS FERNANDO TOCORA, en su obra Derecho Penal Especial, décimo primera edición de la Librería del Profesional, la integridad sexual es esa identidad sico-sexual de la persona, algo que la afirma e individualiza como un ser único, mientras que la formación es a lo que se llegó en procesos lentos y profundos, en los que las enseñanzas, las experiencias, las influencias, la carga genética, van imprimiendo una tendencia y afirman un deseo, que se verán trastocados o reprimidos por el daño que genera el delito.

Por lo tanto, si el señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ acarició o tocó con su pene a la menor E.F.R. en su vagina, como consideramos que sí lo hizo, es seguro que no existirá la desfloración propia del acceso, pero ello no indica la no comisión de un delito, muy grave también, pues en su calidad de miembro de la unidad doméstica de la menor encuadra su comportamiento en la descripción del artículo 209 ídem y afecta el bien jurídico, pues genera un daño grave en la integridad y en la formación sexual de la niña, ya que le trunca su identidad y le afecta el proceso formativo.

Venimos diciendo que GONZÁLEZ GUTIÉRREZ es responsable penalmente, obviamente por las pruebas producidas en el juicio oral, con las técnicas propias del sistema, en un escenario de contradicción, intermediación y publicidad, acorde con lo dispuesto por la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria.

Ya que declaró la doctora LUZ MARINA CARVAJAL BUSTOS, médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien realizó examen sexológico o de clínica forense el 20 de abril de 2018 a la menor

¹ El artículo 212 del Código Penal establece: “Acceso Carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

² El artículo 212 A del Código Penal establece: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

E.F.R, que fue incorporado como evidencia No. 1 de la Fiscalía General de la Nación y en el que se lee:

“ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

1. Se trata de una Pre-escolar femenina, víctima de abuso sexual por parte del Hermano de la pareja de la madre ‘Jairo me tocó. Qué te tocó: el chocho con la mano’ y los hallazgos clínicos descritos en el área genital en la historia clínica del Hospital de Santo Tomás (SE INTERROGA A LA NIÑA QUIEN EXPRESA ‘ESTABA DORMIDA Y JAIRO ME TOCÓ Y ME DOLIÓ’. EXAMEN FÍSICO: SE EVIDENCIA ERITEMA DE VULVA Y LABIOS MAYORES Y MENORES CON LACERACIÓN DE LABIOS MENORES, HÍMEN IMPERFORADO. FORMA ANULAR).

RELATO DE LA NIÑA ES DE GRAN IMPORTANCIA PARA LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO. 2. ESTADO MENTAL: Al momento del examen médico legal actual y a la entrevista, aprecio una persona con sus facultades mentales conservadas, con un funcionamiento normal acorde a los parámetros de la realidad externa. SE SUGIERE APOYO PSICOTERAPÉUTICO. 3. EDAD CLÍNICA: Con un Desarrollo Pondo Estatural. Desarrollo Psico-motor. Desarrollo dental. Dentición temporal completa. Se concluye: Edad clínica de 5 años de edad. 4. Al examen médico legal NO presenta signos clínicos de lesiones traumáticas en su superficie corporal, que permitan fundamentar: Mecanismo Causal. HIMEN: ANULAR, ÍNTEGRO, NO ELÁSTICO, lo cual indica que NO HAY DESFLORACIÓN. NO HAY EVIDENCIA DE DESGARROS, ESTOS HALLAZGOS AL EXAMEN GENITAL EXCLUYEN UNA PENETRACIÓN VAGINAL. PERO NO CONTRADICEN UNA HISTORIA DE OTRO TIPO DE ACTIVIDAD SEXUAL A ESTE NIVEL, QUE NO HAYA DEJADO LESIÓN FÍSICA. EXAMEN ANAL: ANO. Forma Anal y Tono Anal: Normal. Pliegues radiales del Ano: Conservados, Sin Lesiones Traumáticas. ESTOS HALLAZGOS AL EXAMEN GENITAL EXCLUYEN UNA PENETRACIÓN ANAL, PERO NO CONTRADICEN UNA HISTORIA DE OTRO TIPO DE ACTIVIDAD SEXUAL A ESTE NIVEL, QUE NO HAYA DEJADO LESIÓN FÍSICA. REGIÓN PERIANAL Y PERINEAL: Sin Lesiones Traumáticas...”

También declaró la doctora LEILIANA ROMERO PEÑARANDA, sicóloga forense del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, quien realizó la entrevista forense a la menor E.F.R., que fue incorporada como evidencia No. 2 de la Fiscalía General de la Nación y en la que se lee:

“CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

Estando en las instalaciones de la fiscalía de soledad el 30 de abril de 2018 a las 11:48 horas, se inicia la entrevista forense solicitada por el área de denuncias, a la menor ELIXIS FABREGA RADA de 5 años de edad quien se identifica con la R.C. 1.043.174.947. La menor estuvo representada por su madre, la señora BELKIS RADA PEDRAZA, quien se identifica con la cc 1.042.454.768 de soledad.

(...) En la fase de empatía, ELIXIS mostró una actitud de colaboración y atenta hacia la entrevistadora, se mostró, poco espontánea, un poco inhibida pero no fue impedimento para crear la empatía con la entrevistadora y muestra capacidad para socializar.

Durante el transcurso de la entrevista se pasa a la fase de anatomía y se le pregunta a la menor sobre el conocimiento que tiene de su cuerpo ELIXIS reconoce sus partes privadas como CHOCHO, TETAS, NALGAS. A su vez, reconoce en la figura masculina el PIPI y NALGAS, y lo diferencia claramente de la figura femenina.

En este momento la entrevistadora le pregunta, que si ha habido alguien que allá (sic) tocado alguna parte de tu cuerpo? RELATO.

...(LA MENOR CON MOVIMIENTO EN LA CABEZA DE ARRIBA HACIA ABAJO EN SEÑAL DE SI)

Dónde te han tocado?

...SEÑALA CON LA MANO A NIVEL DE LA VULVA.

Quien te ha tocado ahí?

...JAIRO...

Cómo se llama esa parte que él te tocó?

...EL CHOCHO...

Cuando Jairo te tocó en el chocho con que lo hizo?

... CON EL PIPI...

Que parte de tu ropa llegó a bajar?

...EL PANTALÓN...

Cuántas veces te llegó a tocar ahí?

...UNA SOLA VEZ...

Alguien se llegó a dar cuenta cuando él te tocó?

...MI MAMÁ...

El te llegó a tocar otra parte más de tu cuerpo?

...NO...

Cómo es Jairo físicamente?

...CABELLO OSCURO, ALTO, GORDO, MORENO

COMPETENCIA PARA SER ENTREVISTADO

ELIXIS FABREGA RADA es una menor de 5 años que llegó al área de entrevista acompañada de su madre con quien se

observó tranquila y afectuosa. En la menor se evidenció colaboración e interés hacia el proceso de entrevista creando buena empatía con la entrevistadora lo cual permitió la realización eficiente de la entrevista forense y revelando lo sucedido.

ELIXIS se observa con un desarrollo adecuado a la edad cronológica y etapa evolutiva al igual que su desarrollo cognitivo; su lenguaje es fluido, con buen vocabulario, coherente a su expresión verbal, utiliza un tono de voz bajo pero claro y responde las preguntas realizadas por la entrevistadora.

Según lo expuesto por la menor ELIXIS FABREGA RADA mostro competencia para ser entrevistada con un protocolo de esta naturaleza.

RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

La entrevista de la menor ELIXIS FABREGA RADA se desarrolló luego de lograr un buen ambiente empático y agradable en el cual la menor se sintió en confianza y generó un mejor vínculo con la entrevistadora, mostro competencia para ser entrevistada, hace revelación de los hechos sucedidos y cabe resaltar que se hicieron preguntas focalizadas para aclarar y profundizar en los hechos.

ELIXIS se muestra colaboradora, poco espontánea y explica de manera clara los hechos sucedidos y denunciados que están relacionados con un presunto escenario de abuso sexual por el cual es señalado JAIRO”.

Las doctoras CARVAJAL BUSTOS y ROMERO PEÑARANDA, señalan al unísono que la menor E.F.R. les dijo que “**JAIRO LE HABÍA TOCADO EL CHOCHO CON EL PIPÍ**”, y que la niña al momento del examen médico legal tenía sus facultades mentales conservadas, con un funcionamiento normal acorde a los parámetros de la realidad externa, según la primera, así como que tuvo capacidad para ser entrevistada, que dio detalles de lo sucedido con un lenguaje fluido y que observó un desarrollo cognitivo adecuado para su edad, según la segunda.

Puntualmente la sicóloga forense indica que la menor se sintió en confianza y generó vínculo con la entrevistadora, que mostro competencias para ser entrevistada, con un desarrollo adecuado para su edad, con buen desarrollo cognitivo, que utilizó un lenguaje fluido, con buen vocabulario, que fue coherente en su expresión verbal, que utilizó un tono de voz bajo pero claro y que respondió las preguntas realizadas por la entrevistadora. Que hizo revelación de los hechos sucedidos, aún a preguntas específicas y

focalizadas, permitiendo establecer de manera clara el escenario de abuso sexual del que fue víctima.

No puede olvidarse que la honorable Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo el carácter de prueba autónoma y la importancia del testimonio de éstos expertos forenses. Es así como en decisión del 27 de junio de 2012, con Radicado No. 35791, señaló la Alta Corporación:

“A este respecto, basta recordar que para la Sala ciertamente dichas pruebas ostentan plena autonomía y son objetos de valoración en la sentencia en correspondencia con las demás practicadas en el juicio, toda vez que comprenden todo cuanto los testigos escucharon directamente exponer a la menor ofendida sobre los hechos, haciendo desde la perspectiva de su especialidad conceptos de rigor, que son incorporados dentro del ámbito propio del juicio, junto con sus declaraciones y en estricto apego a los principios de publicidad, inmediación y contradicción”.

Es decir que más allá de que se hubiera diligenciado el formato de “x” o “y” forma y de que el protocolo sea el SATAC o la entrevista semiestructurada, lo que nosotros debemos valorar es el contenido de la prueba, más allá de la forma, que por supuesto ya pasó los estrictos tamices de licitud y legalidad desde la audiencia preparatoria y por ello está en juicio; encontrándonos con que en éste caso se cuenta con una menor que plantea una situación concreta de abuso sexual, dentro de sus capacidades y competencias, en buenas condiciones físicas y mentales, acordes a su edad clínica y cronológica, que narra lo sucedido, que no es cosa distinta a que “**JAIRO LE TOCÓ EL CHOCHO CON SU PIPÍ**”.

Además, al revisar el registro de audio y video recepcionado por la doctora LEILIANA ROMERO PEÑARANDA, encontramos que a la pregunta de si alguien ha tocado alguna parte de su cuerpo, E.F.R. señala contundentemente su pelvis, su zona genital, sin dubitación, por lo que se le insiste, quién te tocó ahí, y contesta que JAIRO.

Asegura no recordar el apellido, pero con total seguridad dice que vive en Santo Tomás, que tiene el cabello oscuro, que es moreno, alto y gordo. Que le tocó el chocho, con el pipí, que eso sucedió en el cuarto y que la mamá se dio cuenta.

Por lo tanto y ante la contundencia de estas afirmaciones, no nos queda otro camino que el de restarle credibilidad a lo dicho en juicio por parte de la menor E.F.R., de cinco (05) años de edad, cuando en compañía del Defensor de Familia dijo que la llevaron al médico porque se sentía una puyita en el chocho, pero que el médico le dijo que era orina, que nadie la tocó, que la mamá no tiene novio, que nunca lo ha tenido y que no conoce a JAIRO.

Ya que evidentemente si conoce a JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, quien es el hermano de la pareja sentimental que sí tuvo su mamá, JOSÉ GABRIEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, quien además es el padre de una hermanita suya, con quienes compartía domicilio en el municipio de Santo Tomás, en la calle 14 No. 4 – 23 del barrio El Doral, estando integrados en una unidad doméstica.

Lo que creemos es que producto de la retractación de su madre, de la cual hablaremos más adelante, se ve confundida y alterada, desconcentrada, por lo que en su inocencia simplemente niega todo, de seguro como mecanismo defensivo frente a las presiones de los adultos, que tienen a una denunciante retractándose y a una niña pequeña muy afectada.

A nuestro modo de ver el asunto, quienes pretenden manipularla no contaron con que E.F.R. producto de ese mal manejo, de esa revictimización, se fuera al extremo de negar hasta lo obvio, señalando que no la tocaron, pero que tampoco conoce a JAIRO y que además su mamá no tuvo una relación sentimental con JOSÉ, lo que, por supuesto deviene en inverosímil e imposible, obligándonos a no creerle esta versión.

Máxime cuando también declaró la doctora SARAY YALENA ÁLVAREZ CAHUANA, médico general desde el año 2013, quien cuenta que el 09 de marzo de 2018 atendió a la menor E.F.R. en la E.S.E. Hospital de Santo Tomás, que venía acompañada de su madre y de unos oficiales de la Policía, que el motivo de consulta era que la niña había sido abusada y que ella (la madre) había visto al supuesto abusador.

A la pregunta de cuáles eran las condiciones de la menor, manifiesta que no las recuerda, pero lee en la historia clínica que la menor ingresó consciente, orientada y con aspecto normal, cosa que ya vienen diciendo en éste análisis las funcionarias de Medicina Legal y del CTI.

Quien al examen físico le encontró UNAS LACERACIONES Y UN LEVE ERITEMA DE VULVA EN LABIOS MAYORES Y MENORES, lo cual inclina contundentemente la balanza hacia la versión vertida a éste juicio oral de que el señor JAIRO GONZÁLEZ realizó actos sexuales a la menor E.F.R..

Se le pregunta por las observaciones y por las conclusiones y señala que todo está escrito en la historia clínica; documentación que fue incorporada como evidencia No. 3 de la Fiscalía General de la Nación y en la que se lee:

“Descripción del síntoma

INGRESA NIÑA EN COMPAÑÍA DE LA MADRE Y OFICIALES DE POLICÍA CON HISTORIA DE ABUSO SEXUAL. SE INTERROGA A LA NIÑA QUIEN EXPRESA ‘ESTABA DORMIDA Y JAIRO ME TOCÓ Y ME DOLIÓ’. PACIENTE CON HISTORIA DE ABUSO SEXUAL POR PARTE DEL HERMANO DEL PADRASTRO, MADRE COMENTA QUE VE AL ABUSADOR CON LA NIÑA EN EL CUARTO DONDE ÉL

REACCIONA DE FORMA NERVIOSA. IMPRESIONANDO QUE LE ESTÁ TOCANDO LA ZONA GENITAL DE LA NIÑA.

(...) Examen Físico

Cinciente (sic), orientada, eupneica, nerviosa.

Aspecto general del paciente: normal

Cabeza: normal

Ojo: normal

Examen otorrinolaringológico: normal

Cuello: normal

Tórax: normal

Pulmón: normal

Mama: normal

Abdomen: normal

Región lumbar: normal

Miembro superior: normal

Miembro inferior: normal

Sistema cardiovascular: normal

Sistema genitourinario: anormal, se evidencia eritema en vulva en labios mayores y menores, laceración en labios menores, himen imperforado forma anular...". (El subrayado es del Juzgado, para resaltar)

Que los eritemas son enrojecimientos y que las laceraciones son desgarros, pequeñas heridas, explica la doctora, que se pueden dar por muchas situaciones que no siempre son asociadas al abuso sexual, pero que activó muchas alertas, las cuales afortunadamente funcionaron y hoy permiten la decisión condenatoria.

Ya que si bien es cierto se dice que las evidencias no son exclusivas de la actividad sexual, también lo es que en el contexto de lo narrado tuvieron que ser producto de los tocamientos que le realizó JAIRO GONZÁLEZ, pues no se evidencia ningún otro síntoma y ese hallazgo es compatible perfectamente con lo dicho, es más, desde la atención médica no se da orden distinta a la del manejo del abuso sexual, es decir, no se da tratamiento para infecciones urinarias con manejo antibiótico por ejemplo, ni de exámenes paraclínicos en búsqueda de alguno de esos diagnósticos.

Por el contrario, en la historia clínica se anota como diagnóstico el ABUSO SEXUAL y ninguno otro relacionado, tan es así que las órdenes van dirigidas única y exclusivamente en ese sentido:

"Diagnóstico

Causa externa: Enfermedad General

Dx Principal T742 Abuso Sexual

Dx Rel 1

Dx Rel 2

Dx Rel 3

(...) Indicaciones
Observación urgencias
Se activa ruta de abuso sexual
Se llama policía de infancia
Valoración por psicología
Valoración por comisaría de familia
Se llena formato o ficha de notificación de violencia o abuso sexual
Se llena consentimiento informado para VIH
Paraclínicos:
Frotis vaginal
VIH
Hep B
VDRL...”

Lo que concuerda también con la declaración del patrullero de la Policía Nacional RANDY PAÚL DAZA ROLONG, quien asegura que escucharon una voz de auxilio, que la señora les manifiesta que un hermano de su esposo había abusado de su hija, que llegaron a la casa, que identificaron al señor, que estaba calmado, que lo capturaron y que le preguntaron por lo sucedido, a lo que éste contestó “SI, SI, LA CAGUÉ”.

Dice el Patrullero que GONZÁLEZ GUTIÉRREZ le aceptó lo que había hecho, que le reconoció el error, de lo que él es testigo directo, cosa que tampoco fue prevista por la estrategia defensiva de retractación, que con sobrades solo se enfrascó en hacer comparecer a la denunciante y a su hija, pensando inclusive en la libertad por vencimiento de términos con el sentido del fallo condenatorio a costas, cuando era muy tarde, cosa que es más que inusual en nuestro medio.

Por último, analizaremos precisamente la retractación de la señora BELKYS RADA PEDRAZA, denunciante y madre de E.F.R., quien en juicio aseguró que el 09 de marzo de 2018 estaba discutiendo con su pareja, que cogió rabia con él y que dijo cosas que nunca pasaron, como que JAIRO GONZÁLEZ había tocado a su hija.

Que la discusión fue en la casa de su ex pareja, el señor JOSÉ GONZÁLEZ, quien es hermano del acusado JAIRO GONZÁLEZ. Que la niña no es familia de ellos. Que fue al Hospital y que de allá llamaron a la Policía y a la Fiscalía, que pusieron palabras en su boca que ella no dijo.

Lo que, por supuesto generó que se le IMPUGNARA SU CREDIBILIDAD por parte de la Fiscalía General de la Nación, con una entrevista datada 20 de abril de 2018, de la que reconoce su firma y en la que se lee:

“...yo en ese momento vivía con el papá de mi última hija llamado José Gabriel González Gutiérrez, pero de quien me separé a raíz de estos hechos. Y le sigo diciendo cuando yo abro la puerta del cuarto veo que JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ

esta acostado de lado, al lado de mi hija ELEXIS FÁBREGAS RADA en la misma cama y en su brazo le tenía puesta la cabecita y con la mano del otro brazo se la veo en la vagina a mi niña y alcanzo a ver como trata de acomodarle la pantaletica, yo le digo 'JAIRO TU PORQUE ME HACES ESTO' me le encamino encima, y él enseguida con su brazo se tapa la cara y ahí mismo cojo a mi hijita y me voy para el hospital porque un hermano de él que estaba allí de nombre NILSON GONZÁLEZ GUTIÉRREZ me dijo 'SI, LLÉVALA, PORQUE YA EL TUVO UN CASO PORQUE LE MOSTRÓ EL PENE A LA NILITA' y salgo en el camino me encuentro una patrulla de la policía nacional...".

Ante lo cual la señora RADA PEDRAZA asegura que no sabía lo que estaba firmando, pero reconoce que dijo eso porque tenía mucha rabia, y que ella llevó a la niña a Medicina Legal y que le dijeron que no había pasado nada, pero que se había golpeado con una ventana.

Al contrainterrogatorio asegura que después de haber ido al hospital se mudó para Soledad, que presentó la denuncia por rabia, que nunca tuvo problemas con la familia de JAIRO GONZÁLEZ, que todos "son bien", que tuvo buena relación con ellos. Que se mudó porque no sabía qué hacer, que ya había dicho "eso" y que comenzó a mentir. Pide disculpas y asegura que no pensó que llegaría tan lejos.

Inclusive reconoce que indujo a la menor a decir cosas que no son ciertas, que la niña repetía lo que ella decía, cosa que ya hemos visto pero en el juicio oral, con los resultados negativos para la estrategia de defensa que ya vienen dichos, ante la claridad de las anteriores atestaciones y la inverosimilitud del nuevo dicho.

A la señora BELKYS RADA PEDRAZA se le pregunta puntualmente ¿por qué no se desquitó con JOSÉ si no con JAIRO? A lo que contesta que no encontraba con quien desquitarse. Lo cual es increíble, fantasioso y mentiroso, máxime cuando en el devenir del juicio oral si se encontró un motivo defensivo, cuando los testigos que declararon más adelante (en otras fechas, dentro de los muchos defectos de nuestro sistema en la práctica) aseguraron que JAIRO era el compañero de andanzas de JOSÉ.

A lo cual restaremos toda credibilidad, por lo preparado y preconcebido del argumento, habida cuenta que quien así se supone lo sufría, no lo recordó, cosa que la motivó a denunciarlo de delito sexual sin que tuviera responsabilidad, según dice ahora, pero los que declararon después de ella, por arte de magia, si tuvieron esa respuesta.

Será que se denuncia falsamente de haber abusado de una hija pequeña, sometiéndola a estudios médicos y sicológicos, sin razones o motivos aparentes, o bien, teniendo razón o motivos ciertos para cometer el delito de

falsa denuncia contra persona determinada, cuando lo reconozco ante un Juez, es posible que no los recuerde.

Para nosotros ambas alternativas son improbables y por lo tanto las respuestas a los interrogantes son negativos con contundencia. Más bien creemos que se le quiere ver la cara de tonta a la justicia, creyendo que con una desvergonzada retractación se logra desacreditar el abuso sexual, como si fuera cosa simple, pero obviamente se olvidó que ya la ruta había sido activada, que ya el Estado estaba actuando y que las atenciones se habían brindado a la víctima.

Debiendo por supuesto al tamiz de la sana crítica, dársele credibilidad al dicho primigenio de la señora BELKYS RADA PEDRAZA, el de la entrevista, pues se ofrece mucho más verosímil que ese de “tenía rabia con JOSÉ y me desquité con JAIRO”.

Además porque es concordante con las otras probanzas, como por ejemplo las periciales, de Medicina Legal y Sicología Forense, que señalan la capacidad para ser entrevistada de E.F.R. cuando les dio que JAIRO le había tocado el chocho con su pipí, la de la médico de la E.S.E. Hospital de Santo Tomás, que le encontró unas laceraciones y un leve eritema de vulva en labios mayores y menores, que la obligó a diagnosticar el abuso sexual, y en la del patrullero de la Policía Nacional que escuchó el reconocimiento de la comisión del delito por parte del procesado.

Todas estas consideraciones se adecúan a las orientaciones jurisprudenciales de la honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, que son recogidas en la obra Procedimiento Penal Acusatorio, Segunda Edición, Editorial Leyer, del profesor NELSON SARAY BOTERO, cuando señala en torno a la retractación del testigo:

Uno, que cuando la persona desdice de su dicho (se retracta) sin explicación alguna o razones atendibles que lo justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior (por lo general, rendida en entrevista) en aquello materia de rectificación, siempre que sometida al tamiz de la sana crítica se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten veracidad a lo aseverado inicialmente³.

Dos, que el Juez debe percibir las razones de la retractación del testigo: compra, miedo, persuasión, amenazas, amnesia, terror, etc. Debe constar si la retractación es espontánea y sincera⁴.

Tres, que de acuerdo al análisis de cada caso, es posible condenar con fundamento en la declaración de quien se retracta; adicionalmente se

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 43482 del 18 de mayo de 2016.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados No. 31579 del 27 de julio de 2009 y No. 32595 del 09 de noviembre de 2009.

estudiarán otras pruebas, tales como la declaración del entrevistador y del médico legista, formato único de noticia criminal, entrevista del testigo⁵, etc..

Y cuatro, que en casos de retractación será posible la utilización de entrevistas para impugnación de credibilidad⁶.

Pues ha quedado incólume la entrevista, luego de someterla a la sana crítica y considerarla mucho más creíble, sin que haya motivos para restarle veracidad; ya que no observamos sinceridad en la nueva declaración, ante la manifestación de “no lo dije, si lo firmé, pero lo dije por rabia”; hemos revisado en conjunto con otras pruebas; y lo que se utilizó para impugnar credibilidad fue una entrevista rendida por la testigo.

Es decir, que se cumple con las reglas anteriormente establecidas en el ejercicio valorativo que estamos haciendo, lo que nos permite creer en el dicho inicial, recalcado varias veces, que concuerda con la narración de la menor y con las demás probanzas, consistente en que JAIRO GONZÁLEZ le tocó la vagina a E.F.R. a punto de maltratarla y dejarle unas lesiones.

Lo que nos obliga a compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue si la señora BELKYS RADA FABREGAS, u otra (s) persona (s), han incurrido en conducta (s) punible (s) alguna (s), como autores o determinadores, ante lo llamativo de la retractación.

Adicionalmente y terminado con la anterior valoración probatoria, en el sub-judice es necesario que tengamos como hechos ciertos, porque Fiscalía y Defensa los pactaron, que el procesado está plenamente individualizado e identificado, así como que tiene un arraigo y que no tiene antecedentes penales.

Todo esto nos permite concluir que el encausado JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ incurrió en el comportamiento típico de acto sexual con menor de catorce (14) años agravado, al haberla tocado en su vagina con su pene, siendo que ésta estaba integrada a su unidad doméstica, puesto que era la hija de la pareja sentimental de su hermano y vivían bajo el mismo techo en el municipio de Santo Tomás.

Actuar que, por supuesto es contrario al ordenamiento jurídico, el de JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, GRAVÍSIMO, ya que afecta un bien jurídico importante, la integridad y formación sexuales de una niña pequeña, pero no de cualquier menor, sino de una que estaba integrada a su unidad doméstica, por lo que por el contrario debía brindarle era protección y cuidado.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 31579 del 27 de julio de 2009.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados No. 25738 del 9 de noviembre de 2008, No. 31001 del 21 de octubre de 2009, No. 34131 del 2 de julio de 2014, No. 40239 del 11 de diciembre de 2013, No. 41764 del 28 de agosto de 2013, No. 34235 del 28 de septiembre de 2011, 40478 del 10 de junio de 2015 y No. 41394 del 05 de agosto de 2015.

Actuar ilícito que fue llevado a cabo por el acusado en ausencia de causal de justificación de las que trata el artículo 32 del Código Penal, que pudiera excluir la antijuridicidad material en su comportamiento, haciéndose entonces evidente una conducta contraria a derecho como viene señalado, es decir, una conducta ANTIJURÍDICA.

Igualmente encuentra el Despacho que el obrar del acusado goza de conciencia de antijuridicidad y es reprochable, por lo que es CULPABLE, ya que no se comportó conforme a derecho, pudiendo haber obrado diversamente por supuesto, ya que lo que se esperaba de él, de JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, era que la cuidara, y evidentemente no lo hizo. Siendo persona imputable, por cuanto no obra en el informativo el menor dato científico que nos permita inferir que se trate de persona inimputable.

De otro lado, habiéndose dicho que la conducta es típica, antijurídica y culpable, tenemos que referirnos a los alegatos de conclusión del señor defensor y a sus pruebas, considerando que a lo largo de la decisión hemos resuelto sus puntos de debate, como son la retractación de BELKYS RADA, la credibilidad de la menor cuando fue atendida por las sicóloga y médico forense, su no desgarrar ni desfloración y los requisitos de ley de la entrevista forense.

Y en lo que tiene que ver con las pruebas arrimadas por la defensa, encontramos las declaraciones de dos de los hermanos del procesado, señores LUIS FERNANDO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ y LEDYS STEFANNYA GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, curiosamente no compareció NILSON GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, quienes de manera calcada dicen que BELKIS RADA mintió cuando denunció y que su hermano es una persona honrada y trabajadora, lo señalan como el soporte económico de la casa a partir de su oficio como vigilante.

Dichos que pierden credibilidad ante la contundencia de las probanzas que ya hemos analizado, en conjunto con el sesgo que se produce por la familiaridad con un procesado que se encuentra privado de la libertad, que ya no produce el dinero que tanto les ayudaba y quien enfrenta la posibilidad de una sentencia condenatoria por delito sexual con menor de catorce (14) años de edad.

También declaró de descargo el señor FREDDY ANTONIO ENSUNCHO CALDERÓN, mototaxista, que asegura que llevó a BELKYS RADA en compañía de ANA GAMBOA al servicio de urgencias del hospital de Santo Tomás. Quien asegura que BELKYS le dijo que la niña se había caído y golpeado, así como que en su labor es normal que les pregunte a las personas por su vida.

Y finalmente lo hizo la señora ANA ROSA SOLEDAD GAMBOA, quien acompañó a BELKYS al servicio de urgencias de marras, reconociendo que no entró al consultorio porque no le competía. Quien al contrainterrogatorio,

e inclusive al redirecto y al contrainterrogatorio, atesta que no hablaron nada con FREDDY ANTONIO ENSUNCHO CALDERÓN.

Declaraciones que se contradicen entre sí, cuando uno dice que le contaron por qué iban a la clínica y la otra que nada se le dijo, pero que además es muy poco lo que aportaron al juicio, ya que se trató de personas que no contaron nada relevante en torno a los hechos materia de análisis, por lo que no lograron refutar las pruebas de cargo.

v.iii.- Individualización de la pena:

El marco punitivo es el establecido en los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, que trata el acto sexual con menor de catorce (14) años agravado, cuya pena de prisión, en atención con lo descrito en el artículo 60-4 ídem, oscila entre doce (12) y diecinueve coma cinco (19,5) años, por lo que en tales condiciones el ámbito de punibilidad será de siete coma cinco (7,5) años y el factor de uno coma ochocientos setenta y cinco (1,875) años, quedando los cuartos punitivos así:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Último cuarto
De 12 años a 13,875	De 13,875 años a 15,75 años	De 15,75 años a 17,625 años	De 17,625 años a 19,5 años

Sanción que se fijará dentro del cuarto mínimo, si se tiene en cuenta que en contra del señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ no argumentó la Fiscalía circunstancias de mayor punibilidad de las que trata el artículo 58 del Código Penal, pero en el máximo de ese primer cuarto, pues en nuestro sentir se trata de conducta punible gravísima, no solo porque afectó un bien jurídico delicado como LA INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES, sino porque se lo hace respecto de una pequeña niña miembro de la unidad doméstica, debiendo hacerse un reproche mayor por obvias razones.

Igualmente se cometió esta conducta delictiva aprovechándose de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya que la niña confiaba en el adulto que debía cuidarla por ser hermano de su padrastro, con lo que no solo se le defrauda a ella, sino a la familia, a la sociedad y al Estado, haciéndose real el daño causado.

Obvias razones que además hacen necesaria la pena en éste caso, no en su presentación mínima, con fines de resocialización, retribución, prevención, reinserción y protección, conforme lo dispuesto en los artículos 61, 45 y 58 del Código Penal.

Y por lo tanto la pena privativa de la libertad será de TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN para el señor JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, como responsable por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE

(14) AÑOS AGRAVADO, del que tratan los artículos 209 y 211-5 del Código Penal.

Como accesoria se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal, según lo dispuesto por los artículos 43, 44 y 52 del Código Penal respectivamente.

v.iv.- De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad:

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 38 B y 63 del Código Penal, no se cumple con los primeros requisitos objetivos, pues la pena impuesta excede de cuatro (4) años y la pena mínima a imponer es superior a los ocho (8) años de prisión. Por supuesto, por sustracción de materia no se hará alusión al factor subjetivo, pues resulta innecesario en razón a que no se satisfacen tales requisitos objetivos.

Adicionalmente tenemos que decir que recibimos, por correo electrónico, un oficio del Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás en el que se nos remite el 22 de octubre de 2020 una SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS, presentada por el defensor del procesado JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, doctor ELKIN CARREÑO CHAVEZ, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal.

Ello, luego de que hubiéramos proferido el sentido del fallo condenatorio el 30 de septiembre de 2020, lo que obviamente no es procedente a estas alturas, porque ya la medida de aseguramiento perdió vigencia, dando espacio al cumplimiento de la condena que implica el sentido del fallo condenatorio, máxime en éste tipo de delitos en los que como viene dicho no se colman los requisitos objetivos para conceder subrogados o sustitutos, en los que a la luz del Código de la Infancia y la Adolescencia no le son aplicables los beneficios de ninguna índole⁷.

Por lo tanto, tampoco es posible sustituir la medida de aseguramiento por vencimiento de términos pretendida por el abogado del procesado, doctor

⁷ El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 establece: “BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. (...) 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. (...) 7. No procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva...”.

CARREÑO CHAVEZ, ya que por el contrario deberá purgar su condena de manera intramural.

vi.- Indemnización de perjuicios:

El incidente de reparación integral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, solo se podrá promover por la víctima, o por el Fiscal, o por el Ministerio Público a instancia de ella, una vez la sentencia condenatoria cobre firmeza.

vii.- Otras decisiones:

Adicionalmente se informará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que en adelante deberá registrar en su base de datos al ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ como condenado con prisión intramural y no como detenido con medida de aseguramiento intramural.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soledad – Atlántico, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: CONDENAR al ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, de condiciones civiles plenamente establecidas al inicio de éste fallo, a la pena principal de TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN, como autor penalmente responsable del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, de conformidad con los artículos 205 y 211-5 del Código Penal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Segundo: CONDENAR al ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Tercero: NIÉGUENSE al ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Cuarto: NO SUSTITUIR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO al ciudadano JAIRO RAFAEL GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Quinto: COMPULSAR COPIAS con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue si la señora BELKYS RADA FABREGAS, u otra (s) persona (s), incurrieron en conducta (s) punible (s) alguna (s), como autores o determinadores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Sexto: SE DEJA a la víctima en la facultad de iniciar el correspondiente incidente de reparación integral, una vez cobre ejecutoria ésta decisión, tal como lo dispone el artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

Séptimo: COMUNÍQUESE de esta decisión al INPEC, para que registre en sus bases de datos al procesado como condenado con prisión intramural. Y ejecutoriada esta decisión, DÉSELE cumplimiento al artículo 166 del Código de Procedimiento Penal. Y REMÍTASE al Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.

Octavo: Contra esta decisión PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN ante la honorable Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

La presente decisión se notifica en estrado a las señoras Fiscal, Representante de Víctima y Procuradora y se les concede el uso de la palabra a las partes para que, si es su intención, puedan recurrirla. Se notificará al Defensor ELKIN CARREÑO CHAVES de esta decisión, vía correo electrónico, de conformidad con los artículos 168, 169 y 179 del Código de Procedimiento Penal.



LUIGI CARLO CIANCI FLÓREZ
JUEZ

CONSTANCIA: Las señoras Fiscal, Representante de Víctima y Procuradora NO INTERPUSIERON recursos. Se está a la espera de la notificación del señor Defensor y la posible interposición de recursos.

DANIEL ANTONIO GIL RÍOS
SECRETARIO



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada ponente

STC6003-2022

Radicación nº 11001-02-04-000-2021-02197-01

(Aprobado en sesión de dieciocho de mayo de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Decide la Corte la impugnación de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal el 2 de noviembre de 2021, en la acción de tutela promovida por Jairo Rafael González Gutiérrez contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, trámite al que fue vinculado Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soledad- Atlántico y citadas las partes e intervinientes en el proceso penal con radicado 2018-00006.

ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado judicial, el actor invocó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la «*presunción de inocencia*», a la

«*prevalencia del derecho sustancial*», al acceso a la administración de justicia, a la libertad y a la dignidad humana, presuntamente vulnerados por la autoridad judicial accionada, con ocasión del auto fechado 9 de agosto de 2021, a través del cual **i)** negó la prórroga del término para sustentar el recurso de casación propuesto frente a la sentencia confirmatoria de la condena proferida en su contra, **ii)** declaró desierto ese mecanismo y **iii)** aceptó la renuncia del abogado que lo representó, determinaciones mantenidas en sede de reposición, en auto de 26 de agosto postrero.

Como soporte de su petición, y luego de hacer un sucinto relato de lo acontecido en el comentado proceso penal, explicó que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soledad-Atlántico, en sentencia de 8 de marzo del 2021 lo condenó a 13 años de prisión por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, decisión que confirmó el Tribunal Superior de Barranquilla el 10 de mayo de 2021, motivo por el cual, el defensor que para esa fecha lo representaba, formuló el recurso extraordinario de casación.

Indicó que, faltando 2 días para el vencimiento del término contemplado por el legislador para presentar la respectiva sustentación, esto es, el 3 de agosto de 2021, su apoderado solicitó la prórroga, como quiera que él aún estaba en la búsqueda de un profesional del derecho «*experto en casación*» que la elaborara, sumado al hecho que la «*defensoría del pueblo (Barranquilla)* le había negado ese servicio por no contar con *togados para tramitar recursos de casación en la Regional del Atlántico*», petición que negó la Corporación accionada el 9 de agosto de

2021, desconociendo los «*esfuerzos ingentes*» que desplegó para poder materializar la concesión del recurso extraordinario.

2. Con fundamento en lo narrado, solicitó que se ordene a la Tribunal Superior de Barranquilla, conceder la prórroga implorada.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El Tribunal Superior de Barranquilla, además de remitir copia digital de las actuaciones objeto de análisis, sintetizó lo decidido en el pronunciamiento cuestionado y pidió la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, argumentando que la aludida determinación no se encuentra afectada por ninguna de las situaciones constitutivas de vía de hecho.

2. El Jefe de la oficina jurídica de la Defensoría del Pueblo, requirió la desvinculación de la entidad a la que representa, luego de esgrimir que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues ninguna queja en contra de esta se dirigió.

3. La representante de las víctimas manifestó en lo esencial, que la petición del señor Jairo Rafael es abiertamente improcedente, pues el término para sustentar el recurso de apelación es improrrogable.

4. El Defensor del Pueblo Regional Barranquilla informó que frente a la pretensión elevada por el aquí

interesado, el profesional asignado a su caso rindió concepto negativo acerca de la viabilidad del recurso extraordinario pretendido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Casación Penal negó la solicitud de protección constitucional, por considerar que la decisión reprochada se fundamentó en la normativa aplicable al caso, y no puede catalogarse como arbitraria, citando *in extenso* los argumentos utilizados por el Tribunal de Barranquilla para sustentarla. Además, hizo énfasis en que la jurisprudencia de esa especialidad ha establecido que

*«los términos legales o judiciales pueden ser prorrogados a petición de los sujetos procesales, antes de su vencimiento, **por causa grave y justificada**, como sería la fuerza mayor o caso fortuito, entendida ésta como «el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.» (Artículo 64, Código Civil).*

Sin embargo, en esta oportunidad la petición de prórroga de términos para la sustentación del recurso extraordinario, no se soportó en una justificación seria en criterio del tribunal, pues se itera, la negativa se fundamentó en que, a sabiendas de conocer que la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico no contaba con el servicio de profesionales para la sustentación del recurso de casación, no acudió a otro abogado, sino que se limitó a requerir la prórroga que le fue negada, olvidando que, los términos legales son prorrogables de manera excepcional». (Negrilla en texto)

LA IMPUGNACIÓN

La formuló el accionante, insistiendo en los argumentos iniciales.

CONSIDERACIONES

1. Recuerda la Sala que en línea de principio, la acción de tutela no procede contra las providencias o actuaciones judiciales, pues ello significaría un desconocimiento de los principios contemplados en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, no obstante, cuando los funcionarios judiciales incurran en un proceder abiertamente opuesto al ordenamiento legal, sin ninguna objetividad y, los interesados no cuenten con otro medio de defensa judicial, esta jurisdicción es llamada a intervenir en aras de conjurar o evitar la vulneración de las garantías fundamentales involucradas.

2. En el evento que ocupa la atención de la Sala, el accionante pretende que a través de este mecanismo excepcional, se dejen sin efecto las providencias de 9 y 26 de agosto de 2021, mediante las cuales, en su orden, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla **i)** negó la petición de prórroga del término para sustentar el recurso extraordinario de casación y, por contera, vencido el mismo, declaró su deserción; **ii)** confirmó esa decisión en sede de reposición.

3. Empero, examinada la última de las decisiones debatidas, por ser aquella con la que se dirimió la controversia, observa la Sala que el Tribunal accionado desestimó la petición del condenado, porque si bien de manera excepcional la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha avalado la mentada dilación, lo cierto es que no se

probó la existencia de un evento de tal magnitud y gravedad, que ameritara su decreto.

Así, para mantener el auto atacado, dijo al resolver la réplica de instancia, que

«Si un abogado interpone el recurso de casación se espera que esté preparado para sustentarlo, y no es razonable que aduzca que esperó que otros profesionales hicieran esa labor por él, especialmente en este caso cuando desde el 13 de julio del año actual la Defensoría le indicó que no contaba con togados para tramitar recurso extraordinario de casación por lo que contaron con más de 20 días para encontrar un abogado de remplazo.

De tal suerte que el decir que no había encontrado un abogado que hiciera lo que él se comprometió a hacer cuando presentó el recurso, no es una situación que pueda considerarse como grave y que le impidiera actuar y en razón a ello la sala no estimó viable prorrogar el término y aun consideramos lo mismo, por lo que no hay lugar a reponer el auto confutado».

Y es que miradas las cosas, la excusa en la que el apoderado judicial de Jairo Rafael González Gutiérrez cimentó la solicitud, esto es, que no habían logrado conseguir un abogado «*experto*» en la interposición de esa clase de recursos, no pasa de ser un alegato sin algún tipo de viso que configure una causal de tal peso y gravedad, que justifique la prórroga de un término, que, por disposición legal, no lo es.

4. De los argumentos transcritos, no se constata desafuero o arbitrariedad manifiesta que revele los defectos alegados por el reclamante y que imponga la intervención de esta especial jurisdicción, pues el Tribunal Superior accionado fundamentó su decisión en la normativa y en la jurisprudencia vigentes y aplicables al caso, para determinar

que, en efecto, fue acertado no conceder el término adicional reclamado.

En consecuencia, las divergencias exteriorizadas por el peticionario a través del presente medio residual y subsidiario, frente a lo decidido en la providencia objeto de su inconformidad, no resultan suficientes para que acuda al juez constitucional en busca de una tercera instancia inexistente en el ordenamiento procesal, con el fin de discutir los fundamentos de la autoridad judicial en el ámbito de sus competencias o para reabrir un debate ya definido por el juzgador correspondiente (CSJ STC 1212-2022).

5. Finalmente, tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues para tal evento se requiere que el daño *«revista cierta gravedad e inminencia **más allá de lo puramente eventual**, y que sólo pueda evitarse con medidas urgentes e impostergables propias de la tutela»*. (CSJ STC860-2018) (Resalta la Sala).

6. De conformidad con lo analizado, la sentencia constitucional impugnada será confirmada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia conocida.

Notifíquese por el medio más expedito y oportunamente, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: E20A702FF4DA3E77495244F54B6257F8F353C0F7710E7E818189A76AEEF36B44

Documento generado en 2022-05-19