



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

STP7448-2023
Radicado No. 130185
Acta 074

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Resuelve la Corte la acción de tutela impetrada por GAVIRIO GRAFRE GUTIÉRREZ, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y los Juzgados 5º y 35 Penales del Circuito de esa ciudad por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y proporcionalidad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado 15 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, así como a las partes e intervinientes que participaron en los procesos ordinarios con radicados No. 11001600001520070541901 y 11001600004920100820200.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del escrito de tutela y los anexos, se extracta que por hechos ocurridos durante los meses de julio a noviembre de 2007, el 23 de noviembre de 2009 el Juzgado 5° Penal del Circuito de Bogotá condenó a GAVIRIO GRAFE GUTIÉRREZ a 160 meses de prisión por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo (rad 11001600001520070541901), sentencia que confirmó el 5 de marzo de 2010 la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad.

A su vez, reporta otra condena por cuenta del Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá que el 14 de agosto de 2019 lo declaró penalmente responsable de la conducta de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole la sanción de 260 meses de prisión, por hechos acaecidos desde el año 2005 hasta el 18 de agosto de 2011.

Ahora, el accionante invoca la tutela para conjurar el defecto fáctico contenido en las providencias, las cuales señala como de “referencia” y la indebida comprensión de las pruebas practicadas en el juicio oral y desconocimiento del principio de proporcionalidad de las penas, relatando la visión propia de esa parte con respecto a la ausencia de elementos que demuestren su culpabilidad, dando su particular visión de las pruebas y la valoración que debió hacerse a cada una de ellas, pues *“de forma supina ignora las pruebas de ADN y sexológicas que se encuentran en los dos casos jurídicos”*.

En lo demás, se quejó de la “falta de acumulación jurídica de los procesos” lo cual redundaba en detrimento de sus intereses.

Por lo anterior, pidió que *“se revoquen las sentencias de mi condena, absolviéndome de los delitos que se me acusan, en consecuencia, unificar los procesos, y según su sabiduría y entender jurídico, y por lo expuesto en esta acción jurídica, por el tiempo que llevo hasta el día de hoy recluso en prisión, se dé como sentencia cumplida y me otorguen mi libertad inmediata”*.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

Por auto del 14 de abril de 2023, la Sala avocó conocimiento y corrió el respectivo traslado a las autoridades demandadas y demás sujetos vinculados.

1. El defensor público Luis Alberto Jaimes Espinosa, explicó que representó los intereses del reclamante en el trámite de incidente de reparación integral ante el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá a quien asesoró en la Cárcel la Picota y acompañó hasta el final.

2. El Juzgado 5° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá se limitó a informar que en ese despacho no aparece registro alguno de la actuación demandada, pues para la fecha que aparece en la base de datos de la Rama Judicial los procesos eran físicos únicamente. Con todo, advirtió que el radicado 11001600004920100820200 se adelantó bajo el rito de la Ley 600 de 2000.

3. La Procuradora 3 Judicial II de apoyo a víctimas se opuso a la prosperidad de la acción constitucional por falta del requisito de procedibilidad de inmediatez, ya que las sentencias reprochadas datan del 5 de marzo de 2010 y 14 de agosto de 2019, respectivamente.

A la par, tampoco se reúne la exigencia de haber agotado los medios ordinarios para la defensa de los derechos, pues no acudió al recurso extraordinario de casación -en uno de los casos- y tampoco impugnó la sentencia condenatoria proferida en el año 2019.

4. El Juzgado 5° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá adujo que vigila las sanciones impuestas al accionante bajo los radicados No. 11001600001520070541901 y 11001600004920100820200.

De igual manera, hizo un recuento de cada uno de los procesos referidos detallando las fechas en las que se cometieron los atentados contra la libertad y formación sexual de las víctimas.

Así mismo, detalló que con auto del 22 de mayo de 2020 negó la acumulación jurídica de las penas, porque los hechos que dieron origen al radicado No. 2010-08202 ocurrieron con posterioridad a la emisión del fallo en el radicado No. 2007-05419, determinación que confirmó íntegramente la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 13 de enero de 2021. Con el informe aportó los links que direccionan a los correspondientes procesos y decisiones judiciales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo señalado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo establecido en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, esta Sala es competente para resolver en primera instancia la presente acción de tutela, por cuanto involucra al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. En el *sub-lite*, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si las autoridades accionadas incurrieron en alguna vía de hecho al emitir las sentencias condenatorias de primer y segundo grado en contra de GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ, como autor de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, respectivamente. De igual manera, resolverá la Corte si con la negativa de la acumulación jurídica de las penas en comento, se vulneró el debido proceso del actor.

3. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra necesario recordar que la acción de tutela no tiene connotación alternativa o supletoria, es decir, su ejercicio no puede darse en forma paralela a los medios de defensa judiciales comunes, ni tampoco se instituyó como último recurso al cual se pueda acudir cuando aquéllos no se ejercitan o, habiéndolo hecho, resultan desfavorables al interesado.

Bajo ese entendimiento, advierte *prima facie* la Corte que no se satisface el requisito que tiene que ver con el agotamiento de todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada con la actuación o la decisión emanada de la autoridad pública comprometida.

Ello por cuanto se observa que el promotor del amparo, en el marco de la causa No. 11001600001520070541901 adelantada en su contra, no promovió el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que le fue desfavorable y en el radicado No. 11001600004920100820200, ni siquiera impugnó el fallo de primer grado, evitando de ese modo, con su proceder omisivo, que el Juez Natural, esto es, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria (en el primer caso) y que el superior jerárquico del juzgado fallador, en su especialidad penal, examinara de fondo los motivos de inconformidad que le asisten en relación con las providencias que censura y la deficiente valoración probatoria, que aduce en esta oportunidad.

Dicha omisión la intentó justificar escuetamente, atribuyéndosela a la supuesta falta de defensa técnica sin explicar las razones de hecho y de derecho que le llevan a censurar las actuaciones de quienes lo representaron en los diferentes procesos penales.

Por tanto, encuentra la Sala que GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ pudo controvertir las decisiones de segundo y

primer grado, respectivamente, aduciendo argumentos similares a los expuestos en la demanda de tutela; empero, optó por no hacerlo, a sabiendas que pudo someter al control extraordinario las providencias que hoy censura, por sí mismo (impugnación) o mediante la Defensoría del Pueblo en caso de no contar con los recursos para sufragar los gastos de un abogado contractual.

De manera que resulta inadmisibles que ahora el gestor del resguardo pretenda subsanar tal proceder, a través de esta vía excepcional de protección, pues como de manera reiterada lo ha sostenido la Corte Constitucional «una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir...» (C.C.S.T-1231/2008), lo cual es expresión del principio «**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**»¹, que en tratándose del ejercicio de la acción de tutela implica que: «(i) el juez constitucional no puede amparar situaciones donde la supuesta vulneración de un derecho fundamental, no se deriva de la acción u omisión de cualquier autoridad sino de la negligencia imprudencia o descuido del particular; (ii) la incuria del accionante no puede subsanarse por medio de la acción de tutela; (iii) la imposibilidad de alegar la propia culpa o desidia para solicitar la protección de un derecho cuyo riesgo ha sido generado por el mismo accionante» (C.C.S.T-1231/2008).

En ese orden, se aprecia evidente que el descuido puesto de presente permitió que la decisión de la Corporación accionada cobrara firmeza y, por ende, la sentencia condenatoria dictada por el Juez 5º Penal del Circuito de

¹ Nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

Bogotá, así como la decisión adoptada por el Juzgado 35 Penal del Circuito de la misma ciudad. Por consiguiente, como la parte actora no agotó dichos recursos, la solicitud de amparo se torna improcedente –numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991-, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional –Sentencia T – 1217 de 2003-.

Al margen de lo anterior, GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ no demostró que se configure alguno de los defectos citados en precedencia, que estructure la denominada vía de hecho, es decir, no acreditó que las providencias reprobadas, estén fundadas en conceptos irrazonables o arbitrarios de tal trascendencia, que corresponda al juez constitucional conjurarlos mediante este excepcional instrumento de amparo para los derechos fundamentales invocados.

Lo que se advierte sin lugar a equívocos es la discrepancia frente a la apreciación de unas pruebas que manifiesta la parte actora, en contraste con la conclusión a la que arribaron las autoridades demandadas al establecer, con fundamento en el material probatorio recaudado, la responsabilidad penal del acusado en la comisión de las conductas delictivas que le fueron atribuidas por la Fiscalía General de la Nación.

Ante tal panorama, la Corte precisa que las divergencias por valoración probatoria no son violatorias, *per se*, de derechos fundamentales, y en esa medida la acción de tutela no procede para impugnar providencias judiciales cuando el supuesto afectado simplemente no coincide con la posición del funcionario, pues las vías de hecho son defectos graves en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que comprometen

el debido proceso y la integridad del ordenamiento jurídico, categoría en la que no encajan las discrepancias en la apreciación de pruebas.

Así las cosas, se advierte que las decisiones cuestionadas responden a las consideraciones de los casos concretos, contrario al querer del demandante que pretende convertir esta vía excepcional en una tercera instancia, trayendo a esta sede una controversia probatoria que escapa a la función constitucional inherente a la naturaleza de este proceso y que fue analizada por la autoridad demandada, sin que se observe imperiosa la intervención del juez de tutela.

Además, se reitera, lo que presenta el censor como vulneración de sus derechos fundamentales es expuesto más como un recurso ordinario, que como una real afectación habilitante de la intervención del juez constitucional².

Lo anterior, porque busca que esta instancia valore los argumentos ya expuestos por los integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y los Juzgados 5° y 35 Penal del Circuito de esa ciudad y finalmente se acepten sus planteamientos, convirtiendo, con su actuar, el mecanismo de protección en una extensión del proceso donde se haga

² Para la doctrina, un recurso ordinario se pretende camuflar como demanda de tutela cuando: “La pretensión y la resistencia interpuestas en la demanda y en la contestación son las mismas que continúan en el recurso; el actor que pidió la condena del demandado, la estimación de la pretensión, si es el que impugna la sentencia de instancia sigue pidiendo en el recurso lo mismo; el demandado, que pidió su absolución, sigue por medio del recurso pidiendo lo mismo. Los tres elementos de la pretensión (partes, hechos y petición) no cambian cuando se trata de los medios de impugnación en sentido estricto, es decir, de los recursos.” En ese sentido, MONTERO AROCA, Juan, El sistema de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, En: Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y responsabilidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 475.

eco de sus pretensiones; pero ello es improcedente, pues la tutela no es una fase adicional en la que se intenten revivir etapas procesales ya fenecidas y que se sustentan en decisiones amparadas bajo las presunciones de acierto, legalidad y constitucionalidad.

4. En cuanto a los autos que negaron la acumulación jurídica de las penas, considera la Sala que el reproche constitucional respecto de las providencias confutadas no se ajusta a ninguno de los derroteros jurisprudenciales que indiquen la configuración de algún defecto, pues los argumentos del accionante sólo se dirigen a rebatir los criterios fácticos y normativos utilizados por las autoridades judiciales para sustentar su negativa de acumular las sanciones que se encuentran en firme contra el actor.

Así, los autos objeto de censura estuvieron precedidos del análisis serio y ponderado de la controversia planteada y la aplicación de las normas pertinentes, examen a partir del cual los funcionarios de primera y segunda instancia concluyeron que la acumulación jurídica de penas pretendida por GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ es improcedente.

La Sala ha señalado, conforme con las previsiones del artículo 460 de la Ley 906 de 2004, que no son acumulables las sentencias por delitos cometidos con posterioridad a la emisión de la sentencia de primera o única instancia, ni aquellas ya ejecutadas o impuestas por conductas perpetradas durante el tiempo que la persona se encuentre

privada de la libertad. (CSJ AP, 18 febrero 2005, Rad. 18.911, reiterada en CSJ AP, 16 abril 2015, Rad. 45.507).

En esa línea de pensamiento, el Juzgado 15 de Ejecución de Penas de Bogotá negó la acumulación jurídica de la condena impuesta en el proceso No. 2010-08202 a GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ porque no se cumplía la condición prevista en el inciso 2° del art. 460 de la Ley 906 de 2004³, pues esta sanción que pretende acumular *“los hechos que se extendieron hasta julio de 2010 son posteriores al proferimiento de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 y confirmada el 5 de marzo de 2010, de ahí que su pretensión no está llamada a prosperar”*, como atinadamente lo concluyó el tribunal.

En sustento de lo anterior, explicaron las instancias que, conforme a la sentencia condenatoria del radicado No. 2010-08202 se extrae que hechos *“de que fueron víctimas sus hijas se extendieron en un lapso de tiempo comprendido entre el año 2005 y el momento en que fue privado de la libertad por los sucesos contra su tercera hija, que precisamente corresponden a los juzgados en el proceso con radicado 110016000015200705419, donde se evidenció conforme a la boleta de detención 0282 que GAVIRIO GRAFRE GUTIÉRREZ, fue detenido el 15 de julio de 2010, por lo que sin duda será esa fecha la que se tendrá en cuenta, conforme al recuento de los sucesos”*, de ahí que no se cumpliera con el 2° presupuesto descrito en el inciso 2° del art. 460 *ejusdem*.

³ ARTÍCULO 460. ACUMULACIÓN JURÍDICA. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, **ni penas ya ejecutadas**, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

Entonces, el tribunal confirmó íntegramente el proveído porque, a pesar del alegato del interesado de que los hechos por los cuales resultó sentenciado en el año 2019 tienen plena identidad con el otro proceso, lo cierto es que las instancias aclararon que tal situación no corresponde a la realidad fáctica y procesal.

De manera que los razonamientos allí plasmados se advierten ajustados a derecho, pues se encuentran fundamentados en las disposiciones legales y la jurisprudencia sobre la materia. Así, su contraste con el caso concreto permite a la Sala alcanzar la misma conclusión.

El principio de autonomía de la función jurisdiccional - artículo 228 de la Constitución Política- impide al juez constitucional inmiscuirse en providencias como las controvertidas, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada, sólo porque el demandante no las comparte o tiene una comprensión diversa. Por consiguiente, ante la ausencia de vulneración o amenaza de garantías fundamentales del actor, no procede la protección constitucional que reclama.

Admitir en sede de tutela el debate planteado por la parte actora traduciría entender, equivocadamente desde luego, a la acción constitucional como tercera instancia de los procedimientos ordinarios, lo cual es ajeno por completo a su espíritu.

En consecuencia, al no advertirse la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, se negará el amparo pedido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

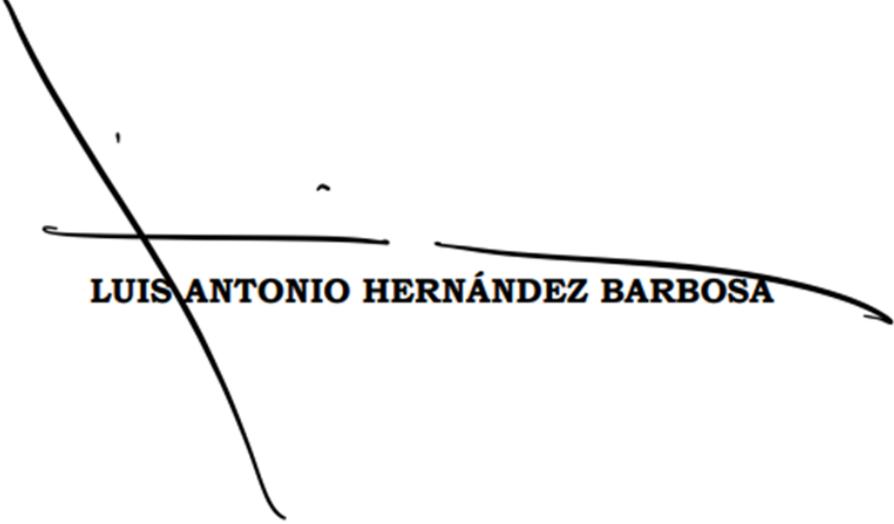
RESUELVE:

- 1. NEGAR** el amparo solicitado por GAVIRIO GAFRE GUTIÉRREZ, por las razones anotadas en precedencia.
- 2. NOTIFICAR** a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3. REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO QUINTERO BERNATE



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria