

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP10596-2018

Radicación No. 99678

Acta No. 270

Bogotá D. C., agosto dieciséis (16) de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por el señor DIEGO FERNANDO PALACIOS CUBILLOS, quien actúa como agente oficioso de su descendiente DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, frente a la sentencia proferida el 18 de junio del año en curso por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a través de la cual negó por improcedente la acción de tutela instaurada contra la Fiscalía 32 Seccional de la Unidad de delitos contra la Administración Pública, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia. 2.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

Los hechos y pretensiones soporte de la presente acción fueron sintetizados de manera acertada por el fallador de primera instancia, así:

“Diego Fernando Palacios Cubillos acude al mecanismo de amparo, en aras a que se le

protejan los derechos los derechos fundamentales a su hijo DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, los cuales considera le han sido vulnerados por la Fiscalía 32 Seccional de la Unidad de Administración Pública.

Refiere que su hijo DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, fue diagnosticado con la enfermedad 'citomegalovirus', por parte de los médicos adscritos a la 'EPS Saludcoop', quienes establecieron como segundo diagnóstico 'lupus'. Para la patología le fue ordenado el tratamiento médico con ganciclovir, pero la EPS en mención siempre dilató la entrega del medicamento, lo cual deterioró su salud.

Ante tal situación entre los años 2010 y 2014; instauró varias acciones de tutela, con el fin de lograr el amparo a la salud de su hijo y con respuesta favorable frente a una de ellas.

No obstante, advirtió que la EPS no cumplió las órdenes de tutela, por lo que se iniciaron los respectivos incidentes de desacato, el último de ellos instaurado ante el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías; quien ordenó la compulsa de copias ante la Fiscalía General de la Nación, para la investigación de las conductas cometidas por las directivas de la EPS Saludcoop.

La noticia criminal fue asumida por la Fiscalía 32 Seccional de la Unidad de delitos contra la Administración Pública de la Unidad contra la Administración Pública.

En reiteradas ocasiones ha acudido ante la Fiscalía 32 Seccional, con el fin de llevar elementos materiales probatorios, pero dicha fiscal seccional se ha negado a recibirlos, por lo que argumenta que se dificulta su reconocimiento como el de su hijo DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, dentro de la actuación.

Su pretensión se encamina a que se ordene a la Fiscalía 32 Seccional Unidad de delitos contra la Administración Pública a reconocer a su hijo como víctima dentro del proceso penal No. 110016000049201611618; que a través de Policía Judicial se realicen las

correspondientes entrevistas a él y a su hijo y a que se realice la correspondiente introducción de elementos materiales probatorios; los cuales sirvan para realizar la imputación de las conductas punibles, por las que se investiga a la EPS Medidas”.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

1. Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en proveído fechado 05 de junio del año en curso, avocó conocimiento de la demanda de tutela y dispuso comunicar lo pertinente a la autoridad judicial accionada para que si a bien tenía ejerciera el derecho de contradicción.

2. La titular de la Fiscalía 32 Seccional adscrita a la Unidad de Administración Pública de Bogotá puso de presente que respecto a la investigación a que hizo referencia el demandante, el 22 de agosto de 2016 se realizó el programa metodológico y el 04 de noviembre de 2017, 29 de enero y 27 de abril de año en curso libró las órdenes a Policía Judicial.

Agregó que mediante escritos fechados 15 de mayo y 06 de septiembre de 2017, el señor DIEGO FERNANDO PALACIOS CUBILLOS allegó documentación relativa a autorizaciones ordenadas por la EPS, solicitud de servicios, medicamentos y procedimientos autorizados.

Indicó que frente al derecho de petición elevado por el accionante, el 10 de noviembre de 2017 atendió el mismo, “respuesta que es recibida en sus manos por parte del peticionario”.

Señaló que el ciudadano referenciado fue escuchado en entrevista el 18 de diciembre de esa misma anualidad, diligencia en la que se le recibieron 128 folios; así mismo, el 16 de enero de 2018 obtuvo respuesta por parte de la EPS Medidas, donde en 17 folios anexaron en detalle el tratamiento, atención autorizaciones y medicamentos, entre otros, entregados al señor DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, “garantizando con ello el cumplimiento al

fallo de tutela”.

Precisó que si bien, el 25 de enero de 2018, el demandante manifestó su deseo de aportar 25 folios más, también lo era que no fueron recibidos, haciéndole saber que los mismos “es necesario que ingresen con el funcionario investigador”.

Luego de hacer referencia al hecho de haber librado nuevas órdenes de Policía Judicial; que a petición del accionante solicitó a la Defensoría del Pueblo estudiaran la viabilidad de designar un apoderado de víctimas para que presenta los intereses de su descendiente; haber atendido otro requerimiento del libelista; y recibido documentación relativa a la investigación. Finalmente, indicó que:

“...luego de analizar los EMP recolectados el 24 de mayo de 2018 esta delegada dispuso el archivo de los hechos de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del C.P.P., decisión que se le comunica al denunciante mediante oficio No. 178 de la fecha 1 de junio de 2018”.

Con base en lo expuesto consideró que no había vulnerado ningún derecho fundamental a la parte actora, por tanto, se debía negar el amparo solicitado.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, previo el estudio del acervo probatorio y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que consideró aplicable al caso, resolvió negar por improcedente el amparo solicitado, al establecer que no existía la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Con el fin de soportar la decisión señaló que demostrado estaba que el despacho judicial accionado realizó las actividades tendientes a establecer la existencia de la conducta punible de fraude a resolución judicial, las cuales determinaron la atipicidad de la conducta

y el archivo de las diligencias. Además, lo que pretendía el libelista era continuar el debate en sede constitucional, como si la tutela fuera una instancia adicional sobre las decisiones de la fiscal seccional dentro de la investigación.

5. IMPUGNACIÓN:

Inconforme con el fallo de primera instancia, el señor DIEGO FERNANDO PALACIOS CUBILLOS, quien actúa como agente oficioso de su descendiente DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, lo recurrió y solicitó su revocatoria, para lo cual si bien señaló que la petición de amparo estaba dirigida con el fin de solicitar a la autoridad judicial competente cumpliera con sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, especialmente con la debida investigación de las conductas punibles de manera seria, eficaz y diligente, posibilitando la participación activa de las víctimas en las tareas de recolección y aporte de pruebas “en vía a la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación”, también lo es que dejó a ver su inconformidad con la orden de archivo dispuesta por la Fiscalía 32 Seccional demandada, pues considera que estaban dados los presupuestos estructurales del tipo penal de fraude a resolución judicial, si se tenía en cuenta que:

“...ha sido una conducta sistemática de la EPS SALUDCOOP (hoy MEDIDAS) la de hacer caso omiso a las órdenes de los jueces que han amparado un derecho fundamental tan importante como lo es la salud de mi hijo. En un primer momento, dentro del proceso 2010-0005, la segunda instancia evidenció que el hecho superado decretado por el respectivo A-quo era erróneo, puesto que las afirmaciones de la EPS de estar aplicando el respectivo tratamiento médico a mi hijo no correspondían con la realidad. De igual manera, los demás jueces de tutela han evidenciado en sus providencias la reiterada negativa de esta entidad de dar cumplimiento a una garantía constitucional de semejante importe, como lo prueban los incidentes de desacato en los cuales no ha habido pronunciamiento alguno de la accionada”

Finalmente, solicitó se revocara la resolución de archivo y se le ordenara a la autoridad judicial accionada como a “a los organismos de Policía Judicial recaudar elementos materiales probatorios de prueba que tengo en mi poder sobre los posibles punibles contra la Fe Pública y la Administración Pública”.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. De conformidad con lo estatuido en el ordenamiento jurídico patrio de rigor, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta porque la decisión fue proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

2. La acción de tutela es una institución que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por un particular; se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley y en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa o supletoria.

3. Para su procedencia se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

Criterio igualmente sostenido por la jurisprudencia nacional (CC. T-864/99), al señalar que ...es indispensable un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en

la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.

4. En el asunto sub-exámine la Sala confirmará la decisión recurrida porque pronto se advierte la ausencia del presupuesto atrás referenciado al no advertirse de qué manera la Fiscalía 32 Seccional adscrita a la Unidad de Administración Pública de Bogotá, haya vulnerado algún derecho fundamental al aquí accionante, el cual deba proteger el Juez de tutela.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que demostrado quedó que una vez fue asignada al despacho judicial accionado la investigación contra la Directivas de la EPS Saludcoop – hoy Medidas, por el presunto delito de fraude a resolución judicial, elaboró el respectivo plan metodológico y libró las respectivas ordenes de policía judicial con el fin de establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Además, contrario a lo señalado por el demandante, fue escuchado el 18 de diciembre de 2017 en diligencia de entrevista; los derechos de petición fueron atendidos oportunamente; y el funcionario judicial competente le recibió los documentos que consideró útiles y pertinentes para la investigación.

Diferente es que la Fiscalía 32 Seccional adscrita a la Unidad de Administración Pública de Bogotá, al momento de valorar los diferentes elementos materiales probatorios allegados legalmente a la investigación, haya decidido en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, dictar la resolución fechada 24 de mayo de 2018, a través de la cual dispuso el archivo de la investigación. Decisión que fue puesta en conocimiento el 1º de

junio de año en curso al ciudadano DIEGO FERNANDO PALACIOS CUBILLOS.

5. Así pues, a primera vista, lo que advierte la Sala es que la Fiscalía General de la Nación ajustó su proceder a la Constitución y la ley, máxime cuando, se itera, demostrado quedó que las diferentes solicitudes elevadas por el accionante han tenido respuesta, cosa distinta es que no hayan sido de su agrado. Además, se abstuvo de allegar elemento de juicio alguno que acredite que haya acudido al despacho judicial accionado, y éste se haya negado a atender sus pretensiones.

6. A lo anterior se suma que la jurisprudencia nacional (CSJ ASP, 07 dic, 2011, rad. 37596) ha señalado que las víctimas al estar dotadas de unas características especiales están facultadas a participar de manera activa en el desarrollo de la actuación, habida cuenta que:

“El artículo 250 de la [Constitución Política](#) otorga a la Fiscalía General de la Nación la función de perseguir el delito. Por ende, la Fiscalía, entonces, ejerce la titularidad de la acción penal, pero para que el ente acusador la active, el afectado con el delito puede acudir a ella con la denuncia o la querrela de parte. En comienzo, entonces, a la víctima le es dado impulsar el inicio de la acción penal.

La Fiscalía en la indagación preliminar, que le compete direccionar por intermedio de la Policía Judicial, tiene la carga de mantener informada a la víctima sobre a qué instituciones acudir en busca de apoyo o para presentar denuncia, las actuaciones a realizar, los medios de defensa que puede emplear, cómo puede hacer seguimiento a la investigación, las fechas de las audiencias a practicar, el derecho a ser escuchada, a conocer sobre la libertad del indiciado y las medidas que puede solicitar para su protección.

7. Procedimiento este último referenciado que fue el que le garantizó al aquí accionante en la investigación que cursó contra las Directivas de la EPS Saludcoop – hoy Medidamas, por ende, mal haría protegerse alguna de las garantías fundamentales invocadas, cuando no

aparece en el plenario que hayan sido vulneradas.

8. En cuanto a la orden de archivo dispuesta por la Fiscalía 32 Seccional adscrita a la Unidad de Administración Pública de Bogotá, tampoco se advierte vía de hecho alguna, en la medida en que el demandante tiene conocimiento de las razones fácticas y jurídicas por las cuales se tomó esa decisión.

Pronunciamiento que si bien, conforme a lo estatuido en el artículo 168 de la Ley 906 de 2004 no es necesaria su notificación, también lo es que debe ser comunicado a las víctimas y al Ministerio Público para que éstos ejerzan sus derechos y funciones, pues a pesar de no ser procedente interponer recurso alguno sí pueden solicitar la reanudación de la investigación adjuntando a la petición nuevos elementos probatorios para reabrir la indagación siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal, y en caso de presentarse controversia sobre lo planteado, "...no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías."(C.C. C-1154/05), lo que hace inferir que se le garantizó el debido.

9. En este punto aprovecha la Sala para recordar que de conformidad con el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela

"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 el mismo sentido, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la [Constitución Política](#)", dispuso:

"La acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su

eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

10. En virtud de las disposiciones indicadas, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se funda en el principio de subsidiariedad, es decir, por regla general, la solicitud de amparo sólo procede cuando el accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judiciales previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

11. Lo anterior, le sirve a este Cuerpo Decisorio para afirmar que la pretensión última elevada por el señor DIEGO FERNANDO PALACIOS CUBILLOS, quien actúa como agente oficioso de su descendiente DIEGO FERNANDO PALACIOS BERNAL, resulta improcedente porque existen procedimientos normales expeditos frente a sus pretensiones, esto es, que se reanude la investigación que cursaba contra las Directivas de la EPS Saludcoop – hoy Medimas, circunstancia que elimina la viabilidad de la acción de tutela puesto que ésta sólo puede ser utilizada, como ya se dijo, ante la carencia de mecanismos ordinarios.

12. Efectivamente, la parte actora en los términos señalados en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia nacional (C.C. C-1154/2005) aplicable al caso, de contar con nuevos elementos materiales probatorios y/o evidencia física que contribuya al esclarecimiento de los hechos denunciados, puede solicitar directamente al despacho judicial accionado la reanudación de la investigación y/o recurrir al Juez con funciones de control de garantías, el desarchivo de la investigación que cursó contra las Directivas de la EPS Saludcoop – hoy Medimas, decisión que tome esta última autoridad judicial, en caso de ser desfavorable a sus intereses, puede ser objeto de los recursos de ley.

13. Lo que deja al descubierto la solicitud de amparo es que se pretende anticipar el debate y la decisión inherentes en caso que decida acudir a las autoridades competentes y, por ende, desplazar al Juez natural, pretensiones que no pueden ser respaldadas en esta sede en tanto se desconocería la naturaleza intrínseca y los principios que rigen el mecanismo

extraordinario de amparo de subsidiariedad y residualidad.

14. Además, no se aprecia la concurrencia de los presupuestos establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un perjuicio irremediable como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergerabilidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2018 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Y,
2. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria