

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

STP1498-2018

Radicación n.º 96511.

Acta 041

Bogotá D. C., febrero ocho (08) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el ciudadano JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO, contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que negó por improcedente la acción de amparo promovida por el prenombrado frente a la Fiscalía 231 Seccional de Bello (Antioquia), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los supuestos fácticos de la presente acción constitucional fueron sintetizados en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

«Refirió el accionante que hace más de un (1) año formuló denuncia penal en contra del señor Edilberto Moreno Restrepo por la posible comisión de los delitos de falso testimonio y calumnia, cometidos después de haberlo representado en un proceso laboral en los

juzgados del municipio de Bello, persona que actuaba en calidad de curador de su hermana Nora Patricia Moreno Restrepo (interdicta).

El 21 de agosto del año 2015, el Juzgado Laboral profirió sentencia en favor de la demandante por valor de ochenta y seis (\$86.000.000) millones de pesos aproximadamente y costas por valor de seis millones seiscientos cuarenta y dos mil pesos (\$6.642.000), correspondiéndole a su firma denominada “Asesorías y Negocios” la suma de treinta y tres millones, trescientos treinta y dos mil pesos (\$33.332.000) como honorarios profesionales, según lo pactado en el contrato de prestación de servicios.

El señor Moreno Restrepo al conocer la suma de dinero que debía cancelar por los servicios profesionales, remitió memorial al Juez Laboral señalando que existían diferencias con el abogado que adelantó el proceso, petición a la que se le dio trámite, por lo que la demandada “Fabricato S.A.” le entregó el dinero que correspondía a los honorarios profesionales.

Debido a esta situación, se inició el proceso de regulación de honorarios, conocido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Bello, quien lo condenó a pagar más de treinta y ocho (\$38.000.000) millones de pesos, actuación en la que vociferaba que tanto el accionante como el abogado que actuó en el proceso laboral, eran unos ladrones, ya que él nunca firmó un contrato de prestación de servicios, que solo firmó un papel en blanco y los abogados lo llenaron a su gusto, manifestaciones que inclusive realizó bajo la gravedad de juramento al contestar la demanda y tachó de falso el contrato de prestación de servicios.

Por esta situación, se formuló denuncia penal en contra del señor Moreno Restrepo, donde el fiscal de conocimiento le informó que archivaría provisionalmente la investigación mientras se resolvía la tacha de falsedad por el juzgado que adelantaba el trámite, la cual, según lo expuesto, no prosperó.

El 28 de octubre del presente año [2017], el señor Moreno Restrepo dejó un mensaje en el

celular del accionante donde lo amenazaba de muerte a él y al juez que lo condenó en el proceso de regulación de honorarios, por lo que se dirigió a la fiscalía donde formuló la denuncia para indagar sobre la actuación y ampliarla debido a las amenazas que fue objeto, contestándole el funcionario que dicha actuación se había archivado por el anterior fiscal, ya que no se habían encontrado méritos para continuarla, decisión que considera irregular ya que nunca se la notificaron [...]».

2. Lo anteriormente expuesto, a juicio del accionante, quebranta de manera flagrante sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, razón por la cual, acudió al Juez de tutela para que, previo el agotamiento del trámite previsto en el Decreto 2591 de 1991, disponga la protección constitucional de los mismos y, en consecuencia, ordene a la Fiscalía accionada que «proceda a reabrir la investigación preliminar» identificada con el número de radicación 05001-60-00-248-2016-11753-00 que por la presunta comisión de los delitos de «falsedad en testimonio, calumnia y fraude procesal» se seguía contra Edilberto Moreno Restrepo.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por auto del 16 de noviembre de 2017¹, admitió la demanda, comunicó lo pertinente a la autoridad accionada y, ordenó la vinculación oficiosa, al presente trámite constitucional, del señor Edilberto Moreno Restrepo, quien tenía la calidad de denunciado en el proceso penal con radicación 05001-60-00-248-2016-11753-00.

2. Mediante escrito del 20 de noviembre de 2017, se pronunció el Fiscal 231 Seccional de Bello (Antioquia), Juan Carlos Cano Londoño², quien limitó su respuesta a indicar que:

«[...] en relación con la acción de tutela impetrada por el ciudadano JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO me permito informarle que mi orientación fue que denunciara unos nuevos hechos que se presentaron y que si tenía alguna inconformidad con la decisión que había tomado la

Fiscalía de archivar su indagación, podía acudir ante los jueces de garantías».

Posteriormente, esto es, el 28 de noviembre de 20173, el referido funcionario remitió copia simple de las actuaciones surtidas al interior de la indagación preliminar con radicación 05001-60-00-248-2016-11753-004 que se inició por denuncia penal formulada por JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO contra Edilberto Moreno Restrepo; actuación que se encuentra actualmente archivada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 29 de noviembre de 20175, negó la petición de amparo promovida por JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO.

Consideró el Tribunal que el actor pretende «sustituir» los escenarios principales que la Administración de Justicia le provee para efectos de conocer y decidir sus pretensiones frente al conflicto penal que desea que se rehaga e impulse, precisando que «los nuevos medios de conocimiento que estima que tiene en su poder o los cuestionamientos, por ejemplo, a la orden de archivo, no pueden ser ventilados a espaldas de la fiscalía o de los jueces de garantías, los cuales están llamados a asumir su protección en garantía de los derechos que le asiste».

Adicionó que «atendiendo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, frente a los nuevos hechos y elementos materiales probatorios, es decir, la decisión de la tacha de falsedad en el proceso de regulación de honorarios y las posibles amenazas, lo pertinente era solicitar la reanudación o el desarchivo de la investigación, situación que no se observa que se haya realizado, ya que inclusive no se aportó copia de la denuncia penal referida, para permitirle de esta forma al funcionario competente pronunciarse sobre la viabilidad de continuar con la investigación y en caso de mantenerse la decisión de archivo, acudir ante el juez con función de control de garantías,

para que éste decida si se prosigue o no la investigación adelantada en contra del señor Moreno Restrepo...».

IMPUGNACIÓN

El fallo de tutela de primera instancia fue comunicado al señor JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO mediante Oficio adiado 1º de diciembre de 2017⁶ y, como quiera que no estuvo conforme con lo allí resuelto, dentro del término legal (art. 31, D.2591/1991), esto es, el día 6 de los mismos mes y año⁷ recurrió la decisión.

Encontrándose las diligencias en esta sede⁸, el señor JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO solicitó la revocatoria de la decisión del Tribunal a quo, para que en su lugar se conceda el amparo deprecado y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en su libelo inicial y recalcando que el proceder del Fiscal del caso al negarse a investigar los hechos delictivos denunciados constituye «prevaricato» porque no ejerció en debida forma las facultades de las que está investido para esclarecer los hechos endilgados al señor Edilberto Moreno Restrepo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en razón de ser el superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos

previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

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 sostenido también por la Corte Constitucional 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» (C.C.ST-864/1999).

4. En el caso concreto, resulta indiscutible que la pretensión del ciudadano JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO, formulada a través de esta vía excepcional de protección, se concreta a que el Juez de Tutela ordene a la Fiscalía 231 Seccional de Bello (Antioquia) que disponga la reanudación de la indagación preliminar con radicación 05001-60-00-248-2016-11753-00 que por la presunta comisión de los delitos de «falsedad en testimonio, calumnia y fraude procesal» se seguía contra Edilberto Moreno Restrepo.

5. Sobre el particular, como quedó reseñado en los antecedentes de esta providencia, el

Tribunal a quo negó tal aspiración, por considerar que para obtener la reapertura de una investigación respecto de la cual se ha dispuesto el archivo: en primer lugar, debe acudirse a la Fiscalía para que con base en los nuevos elementos de convicción que allegue la parte interesada reconsidere su determinación; y en segundo lugar, ante la eventual negativa del titular de la acción penal de reanudar la indagación, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de acudir al Juez Penal con Función de Control de Garantías.

No obstante, advirtió que en el caso concreto, la parte actora, no demostró haber agotado esos recursos jurídicos, razón por la cual, declaró improcedente la acción constitucional porque la misma no está diseñada para reemplazar los medios ordinarios de defensa.

En oposición a lo anterior, en su escrito de impugnación, el accionante, insistió en que se conceda la protección deprecada y se acceda a las pretensiones formuladas en el líbello de tutela; aduciendo además, que el proceder del Fiscal del caso al negarse a investigar los hechos delictivos denunciados constituye «prevaricato», pues a su juicio no ejerció en debida forma las facultades de las que está investido para esclarecer los hechos endilgados al señor Edilberto Moreno Restrepo.

5. Establecido en los anteriores términos la temática que compete resolver a la Sala, desde ahora se advierte que, se impartirá confirmación del fallo impugnado, toda vez que, como con acierto lo indicó el Tribunal a quo, en el presente caso no se satisfizo el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción de tutela y, además, no se advierte la concurrencia de circunstancias especiales que ameriten la procedencia transitoria del recurso de amparo.

6. Efectivamente, como punto de partida, debe recordarse que, en relación con la temática del archivo de la indagación y la solicitud de desarchivo de la misma, acorde con el marco legal fijado en la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado:

«... de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una orden, de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal.

En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías para controvertir la decisión de archivo del Fiscal investigador, resalta la Sala que aunque el artículo 11(g) de la Ley 906 de 2004 indica que las víctimas tienen derecho a ello ciertamente, la sentencia C-1154 de 2005 de esta Corporación –que revisó la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004–, reconoció que existía la posibilidad de que ello ocurriera en caso de conflicto con el archivo de la indagación, aunque sostuvo también la Corte que con ello no estaba determinando un control de la actuación del Fiscal, por vía jurisprudencial a través del juez de control de garantías.

Dijo así la providencia constitucional que se menciona: “Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las

víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías...» (C.C. S.T- 520A/2009).

7. Aplicando tales premisas al caso sub examine, pronto se advierte que frente a la decisión de la Fiscalía 231 Seccional de Bello (Antioquia) de archivar la indagación preliminar con radicación 05001-60-00-248-2016-11753-00 en la que JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO actúa como denunciante, éste no ha acudido, pudiendo hacerlo, ante un Juez de Control de Garantías para que ejerza un control formal y material de la decisión del ente investigador, y de esa manera reivindique los derechos y garantías constitucionales que dice le asisten en calidad de víctima de las conductas endilgadas al señor Edilberto Moreno Restrepo.

Es decir que, como se anunció, no se halla satisfecho el principio de subsidiariedad, que de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, implica que por regla general, la solicitud de amparo sólo procede cuando el actor 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.

Lo anterior, le sirve a la Sala para afirmar entonces que, las pretensiones elevadas por JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO, resultan improcedentes porque, como con acierto lo indicó el Tribunal de primera instancia, existen procedimientos normales expeditos para resolver el conflicto relativo a la decisión de archivo de la investigación penal adoptada por la Fiscalía demandada, esto es, acudir al Juez de Control de Garantías, 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.

8. Es evidente entonces que el actor acudió a esta acción constitucional, pretermitiendo los mecanismos legalmente establecidos, con la pretensión de anticipar los resultados del debate que se suscite ante el Juez natural, sin ofrecer una explicación adecuada o acreditar, que la vía judicial ordinaria resulte ineficaz para la resolución de sus aspiraciones.

9. De otra parte, en el presente caso, no se reúnen los requisitos para predicar la inminente causación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante. En este punto resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha establecido las condiciones que deben acreditarse en orden a que sea viable la intervención urgente del juez de tutela, con el fin de evitar un perjuicio irremediable:

«Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio» (C.C. S.T-823/1999).

Aplicado el anterior criterio al asunto sub examine, se tiene que no hay evidencia de que JUAN JOSÉ ZAPATA OSORNO se halle en una situación real, apremiante y grave, ni mucho menos que sea necesaria y urgente la intervención del Juez Constitucional para que adopte medidas urgentes e impostergables para su solución.

Al respecto, recuerda la Sala que, según la doctrina constitucional «los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos» (C.C.S.T.1270/2001).

De ese modo, al no cumplir el demandante con la carga probatoria mínima exigible para que en sede constitucional pueda inferirse la ocurrencia del hecho vulnerador de las prerrogativas fundamentales invocadas, se insiste, no es posible acceder a la petición de amparo.

10. Vistas así las cosas, se impone entonces, como previamente se anunció, la confirmación de la sentencia de tutela proferida el 29 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva.

2. REMITIR las diligencias 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

- 1 Ver folio 19 del Cuaderno Original Principal de Tutela de Primera Instancia.
- 2 Ver folio 25. Ibídem.
- 3 Ver folio 28. Ibídem.
- 4 Ver folios 29 a 91. Ibídem.
- 5 Ver folios 92 a 100. Ibídem.
- 6 Ver folio 101. Ibídem.
- 7 Ver folio 110. Ibídem.
- 8 Ver folios 4 a 6 del Cuaderno Original Principal de Tutela de Segunda Instancia.

8