

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP640-2018

Radicación N.º 96027

Acta 15

Bogotá D. C., veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por el apoderado judicial de ÁLVARO GANEM ISSA, contra el fallo proferido el 5 de octubre de 2017 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA, en el que negó las pretensiones de la demanda de tutela propuesta contra la FISCALÍA 12 SECCIONAL y la SUBDIRECCIÓN DE FISCALÍAS Y SEGURIDAD CIUDADANA, ambas de esa ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Así los expuso el Tribunal Superior de Cartagena:

Narró el actor, que el 02 de octubre de 2012, en su condición de representante legal de la sociedad Inversiones Cartagena de Indias S.A. – INDIASA, presentó denuncia contra Juan Ganem Issa y Juan Ganem Pérez, por los delitos de fraude procesal y estafa agravada.

Indicó además, que el reparto de la actuación correspondió inicialmente a la Fiscalía

Seccional No. 45 de Cartagena, y que posteriormente se reasignó a la Seccional No. 16 de la misma ciudad. Ésta última, mediante decisión del 11 de abril de 2016, ordenó el archivo de la actuación.

Frente a tal situación, manifestó que solicitó audiencia ante Juez de Control de Garantías, requiriendo el desarchivo inmediato, empero, la diligencia no se pudo llevar a cabo, puesto que la titular del despacho instructor había renunciado, y para ese entonces, todavía no se había nombrado un reemplazo.

Señaló que con posterioridad, la indagación fue repartida nuevamente, esta vez a la Fiscalía Seccional No. 12, funcionaria a la que también se solicitó el desarchivo de la actuación, obteniendo respuesta negativa de parte del ente acusador.

Por tal motivo, explicó que acudió al Juez de Control de Garantías, para que este ordenara el desarchivo de la indagación. Fue por ello que el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal de Cartagena decidió revocar la orden de archivo, y en consecuencia, le ordenó al despacho cognoscente continuar con la indagación. En desarrollo de la audiencia, la fiscal manifestó su inconformidad con la decisión del juzgado e insistió en que no podía seguir investigando habida consideración que la conducta era atípica.

En razón a la actitud asumida por la entidad persecutora, el 27 de abril hogaño presentó solicitud de recusación, invocando la causal 4ª del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, que fue resuelta el 15 de mayo por la fiscal titular del despacho, indicando que no se declararía impedida, pues las opiniones que había emitido sobre la actuación, no se dieron en círculos sociales, pasillos o barras académicas, sino en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales.

Posteriormente, averó que, mediante Resolución No. 072 del 23 de junio de 2017, la Subdirección Seccional de Fiscalías de Bolívar, de conformidad con la circulas 00024 del 03 de junio de 2015, resolvió declarar infundada la recusación promovida.

Finalmente, aseveró el accionante que mediante oficio 2954 del 01 de agosto de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta urbe, le informó de la práctica de audiencia de preclusión de la indagación donde funge como denunciante, para el 27 de septiembre del año en curso.

Con base en los hechos anteriormente expuestos, considera el accionante que la entidad accionada ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

El señor Álvaro Ganem Issa solicitó la protección del derecho fundamental invocado, y que en consecuencia, se deje sin efectos jurídicos la Resolución No. 072 del 23 de junio de 2017, proferida por la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana de Cartagena, para que seguidamente se disponga la reasignación de la indagación preliminar con radicado 130016001128201210868 a un funcionario diferente a la Fiscalía Seccional 12.

EL FALLO IMPUGNADO

Indicó el Tribunal a quo que ninguna vía de hecho podía extraerse de las actuaciones criticadas en sede de tutela pues la recusación planteada contra la fiscal 12 seccional «en manera alguna encuadran dentro de la causal 4ª del artículo 56 del C.P.P.» y su proceder «ha sido legítimo», lo que impedía apartar a esa funcionaria del conocimiento del asunto.

Añadió, que si el demandante está inconforme con la preclusión que esa autoridad formuló, tiene la posibilidad de acudir ante el juez de conocimiento para discutir dicho acto.

Por esas razones, negó el amparo invocado.

LA IMPUGNACIÓN

Fue propuesta por el apoderado del accionante. Advierte, que la Corte Suprema de Justicia ha expuesto, en punto de la opinión que puede configurar impedimento para conocer de

determinado asunto, que se configura cuando «es vinculante y se da por el funcionario judicial por fuera del ámbito procesal».

Insiste el libelista, en que lo expresado por la fiscal accionada sí es vinculante, quien además no llevó a cabo ninguna actividad procesal tendiente a recolectar elementos materiales probatorios que permitan dar cuenta de la existencia de la conducta denunciada, «simplemente porque en su concepción equivocada no hay mérito para adelantar la investigación». Además, la opinión se emitió en la fase de indagación, es decir, «cuando aún no existe un proceso penal».

En su criterio, la solicitud de preclusión es «infundada» al carecer del suficiente sustento probatorio y por ende, el actuar de la fiscal accionada es lesivo de sus derechos.

Pide, en esas condiciones, que se revoque el fallo impugnado y se ordene reasignar la investigación a un funcionario distinto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación formulada contra el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

2. Cabe recordar, para la solución del caso, los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra providencias judiciales¹.

En ese sentido, se ha expuesto pacíficamente que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional²

ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, 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 irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, 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.

Además, que el accionante «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»³.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico⁴; (ii) defecto procedimental absoluto⁵; (iii) defecto fáctico⁶; (iv) defecto material o sustantivo⁷; (v) error inducido⁸; (vi) decisión sin motivación⁹; (vii) desconocimiento del precedente¹⁰; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configure, al menos uno de los defectos

específicos antes mencionados.

3. En este caso, ÁLVARO GANEM ISSA, por conducto de apoderado, critica la resolución mediante la cual el subdirector seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana de Bolívar, declaró infundada la recusación que presentó contra la fiscal 12 seccional de Cartagena, que actúa en el proceso con radicación 130016001128201210868. El demandante califica como lesiva de sus garantías fundamentales esa decisión.

Sin embargo, con su proceder lo que busca es convertir este mecanismo en una instancia adicional, donde lo único que hace es insistir en puntos que fueron resueltos de fondo por el aludido subdirector en virtud de sus específicas competencias. En tales escenarios, la acción de tutela pierde su carácter autónomo procesal y se convierte en un recurso ordinario.

En efecto, la discusión sobre el presunto impedimento en el que dice el accionante que se habría visto incurso la fiscal del caso, ya fue zanjada por el mencionado funcionario, autoridad que al tenor del artículo 63 de la Ley 906 de 2004¹¹ es competente para pronunciarse sobre la circunstancia impeditiva alegada.

En la resolución atacada, proferida el 23 de junio de 2017, se declaró infundada la recusación propuesta por el apoderado de GANEM ISSA en razón a que las manifestaciones que hizo la fiscal «con relación al asunto o materia de este proceso fueron dentro del decurso procesal de esta investigación, en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales»¹².

Para la Sala, esa interpretación del funcionario accionado resulta razonable y alejada de alguno de los defectos específicos de procedencia de la tutela contra actuaciones judiciales. Lo que se observa es la intención del apoderado judicial de ÁLVARO GANEM ISSA de insistir, por esta vía, en una controversia ya agotada, sin que se advierta en el caso alguna vulneración de sus derechos fundamentales que habilite la procedencia del amparo.

Pero además, si considera que con las gestiones del fiscal del caso se afectan sus derechos, debe discutir tales aspectos a través del proceso penal en el que funge como víctima, en el marco de la audiencia de preclusión que aún no se ha llevado a cabo por razón del impedimento que manifestó la juez tercera penal del circuito de Cartagena. Allí podrá ejercitar la defensa de sus derechos, e incluso aportar elementos materiales probatorios con miras a acreditar la existencia del punible.

Por las razones expuestas en precedencia, se hace imperioso confirmar el fallo que negó el amparo constitucional invocado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 3 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

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 «En el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.» (T-343/12).

2 Fallos C-590/05 y T-332/06.

3 Ibídem.

4 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

5 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

6 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

7 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

8 “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”.

9 “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”.

10 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

11 ARTÍCULO 63. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIÓN DE OTROS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS. Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

(...)

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

12 Folio 35 del cuaderno del Tribunal.