

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP7802-2018

Radicación nº 98637

Acta 191.

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018).

I. ASUNTO

1. Decide la Corte la impugnación presentada por el ciudadano FABIO HERNÁN HIGUERA REY, frente al fallo proferido el 25 de abril del presente año, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que declaró improcedente el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Fiscalía Séptima Seccional delegada ante los Jueces del Circuito de la capital del país, trámite que se hizo extensivo a las ciudadanas L.Y.C.Z. y Y.A.C., víctimas dentro del asunto penal donde es indiciado el tutelante, por el presunto delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

II. ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

2. Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones del demandante, fueron reseñados por el a quo de la siguiente forma:

Fabio Hernán Higuera Rey actualmente es investigado por el punible de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado, actuación que adelanta la Fiscalía Séptima Seccional de Delitos Sexuales de esta ciudad.

Sostuvo el accionante que la actuación se originó en la denuncia presentada por [L.Y.C.Z.] -con quien mantuvo unión marital de hecho- el 30 de septiembre de 2014 por sucesos ocurridos en el año 2008, esto según lo narrado por su hija quien en la primera de las datas antes señaladas adquirió su mayoría de edad.

Afirmó que la actividad investigativa de la Fiscalía fue ineficiente y solo hasta el año 2018 se citó a audiencia de formulación de imputación, desfasando así el término otorgado de dos años para tal diligencia por lo que, adujo, era imperativo proceder al archivo de las diligencia[s] de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004.

Por lo anterior, el 7 de diciembre de 2017 Fabio Hernán Higuera Rey presentó derecho de petición ante la Fiscalía Séptima Seccional, Unidad de Delitos Sexuales de Bogotá, en el que solicitó el archivo de las diligencias la cual transcurrió en silencio, lo que originó que el peticionario interpusiera acción de tutela contra la citada entidad a fin de obtener pronunciamiento al respecto.

Conocida la acción constitucional por esta Corporación, mediante sentencia del 15 de marzo de 2018 la peticionada dio respuesta a la solicitud elevada por el actor.

Refirió el actor que la respuesta allegada por la Fiscalía no acata lo dispuesto en el parágrafo del artículo 175 del código de Procedimiento Penal, pues el mandato legal no es “una sugerencia”, sino precisamente ello, por lo cual solicitó por este mecanismo tutelar sus derechos fundamentales y en consecuencia ordenar a la autoridad accionada proceder al archivo de las diligencias.

III. DEL FALLO RECURRIDO

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la providencia referenciada, declaró improcedente la dispensa constitucional del derecho fundamental al debido proceso del accionante, al considerar que:

3.1. El demandante cuenta con otros medios judiciales idóneos para solicitar lo pretendido mediante el presente mecanismo, esto es, acudir ante los jueces de control de garantías y/o de conocimiento -dependiendo de la etapa procesal en que se encuentre- y petitionar a tales funcionarios el archivo de la investigación dada la imposibilidad de continuar la investigación, por fenecer el tiempo señalado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal.

3.2. Si bien transcurrieron casi cuatro (4) años desde el momento en que fue interpuesta la denuncia en contra del ciudadano HIGUERA REY, lapso que supera con creces el término de dos (2) años señalado en el aludido canon, para que la entidad Fiscal lleve a cabo el acto de comunicación o proceda al archivo de la causa, lo cierto es que tal situación no implica per se la trasgresión de sus garantías superiores, máxime cuando parte de la tardanza obedece a la negativa del implicado para concurrir a la audiencia de formulación de imputación

convocada por la accionada.

3.2. La acción penal no está prescrita, ya que acorde con lo establecido en el inciso tercero de la prerrogativa 83 de la Ley 599 de 2000, en tratándose de delitos que lesionen la libertad, integridad y formación sexual de víctimas menores, dicho fenómeno se configura en veinte (20) años contados a partir de que se alcance la mayoría de edad, siendo para el caso particular, en el 2034.

3.3. La Fiscalía Séptima Seccional delegada ante los Jueces del Circuito, finalmente procedió a convocar la diligencia de imputación en contra del señor FABIO HERNÁN HIGUERA REY, escenario propicio para que el demandante ejerza de manera activa su derecho a la defensa y proponga en esa senda las argumentaciones que de manera equivocada, pretende enervar a través de este instrumento.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

4. Fue interpuesta por el accionante, quien insistió en la vulneración de sus garantías constitucionales por parte del ente Fiscal toda vez que, a su juicio, «La fiscalía en un acto caprichoso, sin aplicación de la norma que ordena tener como perentorio el término de investigación para mi caso dos años, imput[ó] sin más los cargos endilgados, tres años después de lo permitido en la norma (...)», lo cual se traduce en que «(...) e[l] ente acusador, pued[a] hacer uso de su facultad de investigar, sin control alguno indefinidamente, sin aplicación de las normas que regulan estas materias (...)». Motivo por el cual pretende, además del archivo de la causa que se indaga en su contra, la nulidad de la diligencia de imputación celebrada el 19 de abril hogaño, atendiendo a la flagrante vulneración de sus garantías fundamentales y al «principio de confianza legítima».

V. CONSIDERACIONES

6. De conformidad con la preceptiva del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Corporación para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en condición de superior funcional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

7. 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 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 se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

8. 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 varias garantías superiores que demande la inmediata intervención del juez constitucional 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 las prerrogativas que se quieren resguardar, pues si no son objeto de ataque o riesgo carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

9. 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» (CC T-864/99).

10. En el caso concreto, es indiscutible que la solicitud de amparo constitucional presentada por el ciudadano FABIO HERNÁN HIGUERA REY está dirigida, en últimas, a que el juez constitucional intervenga en el proceso penal adelantado en su contra y le ordene a la Fiscalía Séptima Seccional Delegada ante los Jueces del Circuito de Bogotá, que proceda a archivar la referida actuación, por haberse superado el término previsto en el canon 175 de la Ley 906 de 2004; circunstancia que, a juicio del actor, impide al ente acusador continuar con la causa y le impone el deber de no seguir con la misma.

11. Como se reseñó en los antecedentes de esta sentencia, el Tribunal a quo, no accedió a la pretensión del accionante, pues consideró, entre otras, que si bien el parágrafo del artículo antes mencionado establece como límite temporal el lapso de dos (2) años «contados a partir de la recepción de la noticia criminis», para que la Fiscalía formule imputación o, en su defecto, disponga el archivo motivado de la causa, ello no implica que, cuando se supere dicho plazo, de manera automática, el titular de la acción penal deba, indefectiblemente, proceder en tal sentido.

12. Frente a ese particular, desde ya se anuncia la confirmación de la determinación objetada, por cuanto tal pretensión es improcedente pues, como acertadamente lo indicó el Colegiado de primer grado, el tutelante está realizando una subjetiva interpretación a la disposición normativa señalada en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011) al afirmar que, por el sólo incumplimiento del término allí previsto, se impone al ente acusador, de manera automática, el deber de archivar las diligencias; entendimiento que, como se explicará a continuación, resulta contrario a los pronunciamientos que al respecto, han sido fijados tanto la jurisprudencia de esta Corporación como por la del máximo Tribunal Constitucional.

13. En efecto, mediante proveído CSJ AP. Oct. 17, 2012, Rad. 39679, reiterado en la providencia CSJ STP. Jun. 29, 2017, Rad. 92518, la Sala de Casación Penal indicó las consecuencias jurídicas del vencimiento del plazo contemplado en la norma en comento:

Sostiene el recurrente que en el evento bajo examen se configura la causal primera de preclusión por cuanto la Fiscalía superó el término de tres años previsto en el parágrafo del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1453 de 2011, para formular imputación.

En apoyo de su postura informa que la noticia criminal fue presentada a mediados del año 2008 y sólo hasta el 30 de agosto de 2011 la Fiscalía acudió al juez de control de garantías a solicitar la realización de la audiencia de formulación de imputación, en lo cual observa vulneración de su derecho fundamental a ser procesado dentro de un plazo razonable.

Colige que como el ente acusador excedió el término máximo fijado en la preceptiva mencionada, por analogía, procede el archivo de la investigación y, consecuentemente la preclusión de la investigación como sanción por su incapacidad de actuar en el plazo razonable previsto en la ley. Ello por cuanto la figura del archivo configura una de las circunstancias contempladas en el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 para autorizar la extinción de la acción penal.

La causal preclusiva impetrada por la defensa, contenida en el artículo 332-1 de la Ley 906 de 2004, permite solicitar la preclusión cuando existe “1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”.

Dicha causal se refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, esa preceptiva remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el ius puniendi.

Así, son circunstancias objetivas que imposibilitan iniciar o continuar la acción penal: la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querella, el desistimiento, el

pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley.

En ese contexto, la hipótesis planteada por el recurrente carece de fundamento por cuanto el vencimiento de términos no está incluido dentro de las causales de extinción de la acción penal.

Aún más, ni siquiera el párrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 establece que la consecuencia del incumplimiento de los plazos allí previstos para adelantar la indagación sea el archivo del expediente, la preclusión de la investigación o la extinción de la acción penal. Por tanto, la afirmación del impugnante no sólo adolece de sustento jurídico sino que también se aparta de la realidad». (Énfasis de la Sala).

14. Se explicó en esa misma determinación que: «(...) aunque el incumplimiento de un término legal como el previsto en el párrafo del artículo 175 de la Ley 906 no concreta causal de archivo de la indagación, de extinción de la acción o de preclusión investigativa, si puede generar acciones disciplinarias en contra de los funcionarios que los pretermitan o, incluso, solicitudes y acciones de las partes o intervinientes orientadas a hacerlos cumplir».

15. Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-893/122, ratificó y complementó el anterior criterio, en los siguientes términos:

Los cargos de inconstitucionalidad formulados por el actor se sustentan en una comprensión inadmisibles del Parágrafo del Artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, en la medida en la que el accionante supone que el vencimiento del plazo para la fase de indagación preliminar, da lugar al archivo automático de las diligencias, si no existen suficientes elementos de juicio para la formulación de imputación. No obstante, los efectos jurídicos son otros: apremiar al fiscal a adelantar la indagación dentro de los límites cronológicos allí previstos, someterlo al deber de hacer una evaluación integral del caso una vez acaecido el término, y habilitarlo para el archivo, cuando razonablemente se puede concluir que, a partir de la evidencia disponible, no se puede establecer si los hechos indicados en la noticia criminis existieron o

reúnen los elementos objetivos de algún tipo penal.

A pesar de que la anterior conclusión conduciría, en principio, a un fallo inhibitorio, estima la Corte que es procedente el examen sobre la constitucionalidad del precepto demandado, toda vez que algunos de los reproches formulados por el actor pueden predicarse de su sentido admisible, particularmente los referidos a la presunta limitación de la función investigativa de la Fiscalía y a la consiguiente imposición de cargas probatorias excesivas a las víctimas durante la fase de la indagación preliminar, y posteriormente cuando se pretenda la reapertura del caso.

En ese contexto, concluye la Corte que la disposición controvertida, en la que se establece un plazo de dos, tres y cinco años a la fase de indagación preliminar, no vulnera los preceptos constitucionales alegados por el demandante, por las siguientes razones:

En primer lugar, el establecimiento de límites temporales a esta fase del procedimiento penal no suprime las facultades y funciones investigativas de la Fiscalía General de la Nación, sino que, por el contrario, la impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente; tampoco afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, porque obliga a las instancias judiciales a materializar sus derechos en términos cortos y precisos. Y aunque eventualmente el vencimiento del plazo puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el artículo 79 del CPP, y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello.

En segundo lugar, los términos de dos, tres y cinco años previstos en la disposición acusada, responden a criterios de razonabilidad y se enmarcan dentro de la libertad de configuración legislativa. (Énfasis fuera de texto).

16. Luego entonces, en el presente asunto, contrario a la tesis del accionante, no puede endilgarse reproche alguno a la Fiscalía demandada, pues si bien, resulta diáfano que sobrepasó el término de dos (2) años previsto en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906

de 2004, para llevar a cabo la audiencia de formulación de imputación, lo cierto es que: i) La referida norma no impide que se formule imputación después de fenecido el plazo allí establecido; y, ii) ante la existencia de mérito jurídico para proceder con el ejercicio de la acción penal, esto es, cuando del material probatorio, la evidencia física y la información obtenida se pueda inferir razonablemente que el investigado es autor o partícipe del hecho investigado, como lo indicó el ente accionado, lo que se impone es la continuidad del proceso y en manera alguna su archivo; pues éste, huelga precisar, procede en las circunstancias específicas que estableció el legislador en el artículo 79 del Compendio Procedimental Penal, así:

Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

17. En ese contexto, advierte la Sala, como quiera que la actuación cursante en contra del ciudadano FABIO HERNÁN HIGUERA REY por el punible de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años agravado, que por este medio excepcional, residual y subsidiario cuestiona se halla vigente y en curso, todas las solicitudes de protección de garantías fundamentales que estime trasgredidas, debe hacerse exclusivamente en ese contexto, que es el escenario natural, máxime cuando al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en los asuntos encomendados a los funcionarios competentes, pues de llegar a hacerlo, se configuraría, indiscutiblemente, una usurpación de funciones y un desconocimiento flagrante de los principios de juez natural, independencia y autonomía judiciales. (CSJ STP. Jun. 29, 2017, Rad. 92518).

18. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-1343/01, ha señalado que:

[L]a acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.

19. Adicionalmente, esa misma Colegiatura ha expresado que el mecanismo de amparo: «no es un medio alternativo, adicional o complementario con el que cuentan las personas, para mantener de forma indefinida e ilimitada en el tiempo, la resolución de una controversia jurídica. Por ello, cuando quiera que las personas acudan al juez constitucional, han de demostrar que, en el asunto bajo controversia, sus derechos fundamentales están siendo trasgredidos. Igualmente, deben demostrar que ello fue puesto a consideración del juez natural de la causa, o, en su defecto, que ello no fue posible por razones ajenas a su voluntad» (CC T-265/14).

20. Finalmente, en aras de resolver la solicitud planteada por el actor en el escrito de la impugnación, dirigida a que se nulite la vista pública celebrada el día 19 de abril hogaño mediante la cual fue declarado contumaz y se formuló imputación en su contra, debe precisar la Sala que ello constituye un hecho nuevo, el cual no fue ventilado en su demanda inicial y, de contera, impide su estudio en esta alzada, pues de lo contrario sería pretermittir la primera instancia y violar el debido proceso de los sujetos intervinientes en esta litis. En efecto, así lo ha sostenido esta Corporación. Veamos:

[E]s cierto que en sede de tutela, está establecida la facultad – deber del fallador de sentenciar extra y ultra petita cuando, en el trámite ante él ventilado, se advierta la necesidad de reparar o evitar la trasgresión o amenaza de los bienes jurídicos superiores (...) también lo es que lo anterior no puede convertirse en patente de corso cuando de

hechos nuevos se trata, comoquiera que ésta tampoco es extraña a las reglas del debido proceso, entre las cuales se destaca el derecho de los convocados a la defensa. (CSJ STP, 25 Feb. 2016, Rad 84360, reiterada en CSJ STP, 9 Jun. 2016, Rad 86211, CSJ STP, 3 Oct. 2017, Rad 94123 y CSJ STP, 17 May. 2018, Rad 98275).

21. Por lo anterior, como no es viable examinar nada que difiera de lo exhibido en el libelo introductorio y al no encontrar esta Sala reparo alguno en las consideraciones adoptadas por el a quo para declarar improcedente la solicitud de amparo, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

23. En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, en SALA DE DECISIÓN EN TUTELA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Concretamente lo dispuesto en el primer párrafo –incluido en la modificación del artículo 49 de la Ley 1453 de 2011– que establece: «Artículo 175. Duración de los procedimientos. [...] Párrafo. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años».

2 En dicha determinación, ese alto Tribunal analizó la demanda de inexequibilidad contra el párrafo único del artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, modificadorio del artículo 175 de la Ley 906 de 2004.