

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP8072-2018

Radicación N° 98691

Acta 197.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la accionante MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO, en relación con el fallo de tutela proferido el 30 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual declaró improcedente el amparo de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Juzgado 29 Penal del Circuito de Conocimiento Bogotá, trámite al que fueron vinculados el 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones de la misma ciudad y los ciudadanos Eccehomo Cetina Rodríguez, Graciela Torres y Deisy Cañón (indiciadas dentro de la actuación penal que se cuestiona).

2. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. La señora MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO presentó denuncia contra los periodistas Graciela Torres, Deisy Cañón y Eccehomo Cetina Rodríguez, por la presunta comisión de los delitos de calumnia e injuria, en razón a que por el canal de televisión RCN, durante los domingos 25 de agosto, 1º y 8 de septiembre de 2013, transmitieron el programa titulado «Las bellas y las bestias del narcotráfico» (CUI 1100160000502014-00996).

2. La Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones, a quien correspondió la actuación, el 5 de septiembre de 2016 emitió orden de archivo, conforme al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), por atipicidad.

3. Respecto de la injuria, consideró que era atípica, por no concurrir el elemento subjetivo, esto es, el animus injuriandi y la antijuridicidad material. En torno a la calumnia, se estimó, no concurría el elemento objetivo, como quiera que los periodistas denunciados no habían llevado a cabo manifestaciones tendientes a imputar a la hoy accionante conductas punibles.

4. Luego de comunicada la mencionada determinación, la denunciante y su apoderado, solicitaron a la Fiscalía en mención el desarchivo de la indagación, en relación con la injuria; petición que fue resuelta de manera negativa el 4 de noviembre de 2016, sustentada en que «hasta el momento no se cuenta con elemento material probatorio con el que se pueda sustentar una formulación de cargos».

5. Ante ello, la accionante promovió audiencia preliminar de desarchivo, que correspondió por reparto al Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien en decisión del 16 de agosto de 2017 decretó la «ilegalidad de la decisión de archivo tomada por la delegada de la Fiscalía». Explicó que, en tratándose del delito de injuria, ante la ausencia del requisito subjetivo del tipo penal, debía solicitarse preclusión al juez de conocimiento, más no archivar, por vía del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal.

2.6. La providencia fue recurrida por los defensores de los indiciados y el 5 de febrero de 2018 en apelación, el Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad resolvió «REVOCAR la decisión emitida por el Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías el pasado 16 de agosto de 2017, decisión mediante la cual declara ilegal la decisión tomada por la Fiscalía General de la Nación de ordenar el archivo del presente radicado».

2.7. Fundó la determinación en que, de conformidad con la naturaleza del instituto jurídico del archivo, no le está dado al Juez de Control de Garantías impartir o no legalidad a la orden que en tal sentido haya emitido la Fiscalía General de la Nación.

2.8. En síntesis, como el Juez Veintinueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento revocó el auto del Juez Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que había declarado ilegal el archivo, sin decir nada más que disponer otro trámite, la orden de archivo proferida por la Fiscalía recuperó su existencia material y jurídica; al punto que actualmente las diligencias se encuentran archivadas.

2.8. Inconforme con lo decidido en segunda instancia, MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO acude a la acción de tutela por considerar que la comentada decisión: i) desconoció el

precedente, según el cual, no le es posible a la fiscalía adoptar un archivo en el delito de injuria, por la no concurrencia del elemento subjetivo – animus injuriandi- ii) incurrió en un defecto sustantivo por indebida motivación y por interpretación constitucionalmente inadmisibles; y, iii) careció de fundamentación.

3. PRETENSIONES

La accionante solicita que en amparo de sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la verdad, la justicia y la reparación, se deje sin efecto la providencia del 5 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y, en consecuencia, se desarchiva la actuación penal donde figura como víctima.

4. INTERVENCIONES

4.1. Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

A través su titular, indicó que en audiencia preliminar celebrada el 14 de agosto de 2017 decretó la «ilegalidad de la decisión de archivo»; providencia que estima, no afectó garantías fundamentales de la accionante.

4.2. Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

El juez explicó de manera detallada la figura jurídica contemplada en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y luego de hacer un recuento del acontecer procesal, afirmó que la revocatoria del proveído obedeció a que en sede de control de garantías no es posible declarar la ilegalidad de un archivo dispuesto por la Fiscalía, más no por las razones que expone la accionante, última de quien afirma «yerra

en las motivaciones que llevaron a este despacho a revocar la decisión».

Resaltó que no obstante ello, en el proveído de segunda instancia, dejó sentado que «la decisión emitida por la Fiscalía 335 Local fue equivocada, errada y desacertada, pues a la Fiscalía General de la Nación no le es dable archivar las diligencias bajo el supuesto de la atipicidad subjetiva».

Aseveró que, dadas las consideraciones por las que se revocó lo resuelto por el Juzgado 17 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la capital, la actora cuenta con la posibilidad de solicitar nuevamente audiencia de desarchivo, por lo que, la acción de tutela es improcedente al existir un mecanismo de defensa judicial ordinario.

Finalmente solicitó desestimar las pretensiones, por no haberse afectado ninguna garantía fundamental.

4.3. Fiscalía 335 de la Unidad Local de Indagaciones de Bogotá

La Fiscal a cargo, limitó su intervención a señalar que existe un pronunciamiento judicial emitido por un Juzgado Penal del Circuito, que en sede de segunda instancia, convalidó los argumentos y afirmaciones que originaron la orden de archivo expedida el 5 de septiembre de 2016.

4.4. El ciudadano Eccehomo Cetina

Hizo referencia a los hechos y situaciones que fueron presentados en el programa «Las bellas y las bestias del narcotráfico», transmitido en el año 2013, del que la actora se duele, así como al derecho a la información y prohibición de la censura.

Estimó que no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

5. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó por improcedente el amparo, al considerar que este trámite excepcional y subsidiario no fue previsto para subsanar yerros u omisiones de los interesados, como si se tratara de una instancia adicional.

Argumentó que no le está dado al juez constitucional invadir la esfera propia de otros funcionarios, salvo cuando se configuren «vías de hecho» o un perjuicio irremediable, situaciones que no advirtió en el caso.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante funda su disenso en que la sentencia de tutela de primera instancia, «no se encuentra debidamente motivada».

Puntualizó que si bien el a-quo consignó apartes jurisprudenciales respecto de la viabilidad de este mecanismo preferente contra decisiones judiciales, finalmente no analizó el escenario constitucional propuesto.

5. CONSIDERACIONES

7.1. De la competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es

competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y el caso en concreto

7.2.1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover la solicitud de protección constitucional ante los jueces de la República, 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 forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o que existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Por esa condición residual que gobierna la acción de tutela, se han establecido unos requisitos de procedibilidad, que cuando se dirige contra providencias judiciales, han sido reunidos en dos grupos: requisitos generales y causales específicas (CC C-590-2005).

7.2.2. Los primeros son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. 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 iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto

en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. 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.

e. Que la parte actora 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.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

7.2.3. Si se superan aquellos, es viable pasar a los específicos, descritos en la sentencia C-590-2005, así:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta 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.

f. Decisión sin motivación, 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.

g. Desconocimiento del precedente.

h. Violación directa de la Constitución.

2. Del caso en concreto

1. De los requisitos generales

7.3.1.1. Relevancia constitucional. Como quiera que se alega la protección de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, consagrados en los artículos 29 y 228 de la [Constitución Política](#), se cumple.

7.3.1.2. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial. Conviene señalar que dadas las particularidades de este caso, actualmente la actora no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, por cuanto en estricto sentido, la orden de archivo adoptada por la Fiscalía General de la Nación no puede ser controvertida dentro de algún procedimiento ordinario, más allá de la petición de desarchivo que eleve la denunciante ante esta misma autoridad judicial. Mecanismo que valga la pena resaltar, ya fue activado por la gestora constitucional.

Además que también se agotó el procedimiento ante los jueces con función de control de garantías, sin resultados positivos.

Ahora, si bien la sentencia C-1145 de 2005, que estudió la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, habilitó la posibilidad de solicitar el desarchivo ante el Juez de

Control de Garantías, lo cierto es que ello sólo es viable cuando surgen «nuevos elementos materiales probatorios», siempre y cuando «no se haya extinguido la acción penal».

En otras palabras, en este caso particular no existen otros medios judiciales porque el problema jurídico consiste en dilucidar si la Fiscalía podría archivar tras valorar el componente subjetivo de la injuria; análisis para el cual no existe propiamente un juez ordinario competente.

Ello, debido a que el Juez de Control de Garantías, sólo podría conocer la solicitud de desarchivo, cuando se alegue el surgimiento de nuevas evidencias; y no, en asuntos como el presente donde al Juez de Control no le corresponde definir si converge o no el componente subjetivo del tipo doloso de injuria.

Luego, ante la negativa del ente acusador en reconsiderar la determinación, el único mecanismo es la acción de tutela.

7.3.1.3. Inmediatez. Requisito claramente cumplido porque la decisión cuestionada data del 5 de febrero del año en curso y la acción de tutela fue radicada el 16 de abril de esta anualidad, es decir, cuando tan solo habían transcurrido cerca de 2 meses.

7.3.1.4. Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración y de los derechos vulnerados. Este presupuesto también se cumple, por cuanto es clara la accionante al formular su inconformidad, que consiste en que la denuncia que interpuso por el delito de injuria, se haya archivado unilateralmente por la Fiscalía por atipicidad subjetiva, esto es, no concurrir el animus injuriandi.

Y que, al haber propuesto este debate ante el juez de control de garantías, en sede de segunda instancia, se haya mantenido incólume esa orden.

En cuanto a las garantías afectadas, precisa que en su condición de víctima dentro de la

actuación penal, se quebrantaron sus derechos al debido proceso, el acceso efectivo a la administración de justicia, a la verdad, a la justicia y a la reparación.

7.3.1.5. No se trate de sentencias de tutela. También concurre, porque lo cuestionado es una decisión interlocutoria de segunda instancia adoptada en sede de función de control de garantías.

2. De los requisitos específicos

7.3.2.1. Asunto previo

Ahora bien, superado el estudio de los requisitos generales, se pasa al de los específicos, no sin antes hacer algunas precisiones.

La demanda de tutela se dirige en principio contra el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, porque en sede de segunda instancia, revocó la providencia del Despacho Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, que declaró ilegal la orden de archivo emitida por la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones de la misma urbe.

La accionante parte de la premisa de que el juez de segundo grado fundó la decisión de revocar en que sí es posible a la Fiscalía, en tratándose del delito de injuria, archivar la actuación por atipicidad subjetiva, en concreto, por no existir el animus injuriandi.

Sin embargo, de la lectura de la transcripción de la audiencia aportada por el juzgado penal del circuito accionado y de lo manifestado durante su intervención en este trámite, no fue esa la razón por la que se revocó la decisión del despacho de primera instancia, sino que se fundó en que, no le es dado al juez con función de control de garantías pronunciarse sobre

la legalidad de la decisiones de archivo.

Luego, no podría endilgarse al juzgado de segundo nivel tutelado vulneración de algún derecho fundamental, máxime cuando, como se señaló en el análisis de los requisitos genéricos, cuando de solicitudes de desarchivo se trata, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y la sentencia CC C-1154-2005, el marco de movilidad del juez de control de garantías está delimitado a la verificación de nuevos elementos probatorios que permitan reanudar la actuación, por lo que su decisión de revocar, fue acertada.

Sobre esa base, es claro que, como ya se mencionó, la actora no cuenta con ninguna instancia para controvertir la providencia adoptada por la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones Preliminares de Bogotá. De ahí que, de manera oficiosa y atendiendo las facultades ultra petita de las que goza el juez de tutela, se procederá a verificar si en la orden de archivo que emitió, concurrió en alguna de las causales específicas de procedibilidad.

7.3.2.2. Marco normativo y jurisprudencial relevantes para el asunto

7.3.2.2.1. Pues bien, como se señaló con anterioridad, la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005, que estudió, entre otros temas, la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, precisó que la Fiscalía sólo puede expedir orden de archivo cuando no concurren elementos objetivos que permitan caracterizar una conducta como delito, más no por consideraciones frente a los subjetivos. Así en la mencionada decisión se puntualizó:

El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.

El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 regula de manera específica el archivo de las

diligencias por parte del fiscal. Esta norma dispone que ante el conocimiento de un hecho el fiscal debe i) constatar si tales hechos existieron y ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito. Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.” Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

(...)

Igualmente, el análisis que advierte la preclusión puede comprender la constatación de causales eximentes de responsabilidad entre otros, lo que no es posible para el análisis del archivo de las diligencias que se restringe a los elementos objetivos del tipo, como quiera que no hay elementos para caracterizar la conducta o para creer que éste ocurrió frente a los cuales sea posible examinar la conducta del indiciado.

(...)

La decisión de archivo de las diligencias, independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificada como una orden... y procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. La

amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma.» (Subrayas y negrillas fuera del texto principal).

7.3.2.2.2. En consonancia con lo anterior esta Corporación en decisión de Sala Plena del 5 de julio de 2007, emitida dentro del expediente 11-001-02-30-015-2007-0019, estableció algunos de los supuestos en los que la fiscalía puede aplicar el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y otros en los que no.

En lo que interesa al asunto, entre las situaciones en las que se habilita expedir orden en tal sentido, figura la siguiente:

5.2. En cuanto a la acción:

5.2.1. Cuando la acción es atípica porque no se observa la acomodación exacta de una conducta a una definición expresa, cierta, escrita, nítida e inequívoca de la ley penal, pero sólo en cuanto a lo que resulte evidente e indiscutible. Sería el caso en que se hace una imputación por homicidio y la víctima no ha sido agredida [negrilla en esta oportunidad].

A su vez, enlista entre los supuestos en los que la Fiscalía no puede expedir esa orden:

«6.4. Otros elementos:

6.4.4. Cuando se discute si existió o no lesión al bien jurídico»

7.3.2.2.2. Línea que esta Sala de Casación ha mantenido (CSJ AP, 9 may. 2007, rad. 27014, CSJ AP, 3 dic. 2008, rad. 30640, CSJ AP, 15 jul. 2009, rad. 31780, CSJ AP2531-2014, 14 may 2014, rad. 41372, CSJ AP1525-2016, 16 mar. 2016) según la cual, cuando existe discusión en torno a los aspectos subjetivos de la tipicidad, la Fiscalía no está habilitada a emitir una orden de archivo y deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión.

Posición que fue plasmada claramente en la última de las providencias citadas, así:

“[...]Se debe extraer de lo anterior que en todas aquellas oportunidades en donde exista discusión sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, quien deberá resolver la misma será el juez penal a través de la preclusión, la aprobación del principio de oportunidad o la realización del juicio oral y no el fiscal a través del archivo de las diligencias, institución que se limita a los eventos en que las circunstancias fácticas permitan concluir la inexistencia del delito” (negrilla y resaltado fuera del texto original). (CSJ Sentencia 21 septiembre 2011, Rad. No. 37205).

Es claro, entonces, que el Fiscal en este caso no tenía posibilidad de archivar la actuación, por cuanto la verificación de si el juez IL contrarió la ley al invalidar los autos interlocutorios proferidos en cumplimiento de la orden de restablecimiento del derecho que la autoridad penal en fallo ejecutoriado revocó, exige el estudio de aspectos subjetivos, análisis que excluye los supuestos que habilitan acudir simplemente al archivo del proceso, pues la discusión no se refiere a la inexistencia del hecho imputado.

A lo anterior se suma que la jurisprudencia constitucional y penal tiene decantado que los eventos de atipicidad del hecho investigado previsto en la causal 4ª del artículo 332 en cita, deben llevarse ante el juez de conocimiento para que resuelva sobre la preclusión, por ende, el Fiscal no puede resolver sobre el particular mediante la decisión de archivo de la actuación.

7.3.2.2.3. Ahora bien, frente al delito de injuria, esta Corporación ha afirmado que para su tipificación se requiere que confluyan los elementos objetivo y subjetivo. Es decir, debe verificarse no solo la existencia de afirmaciones lesivas de la honra con idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado, sino la verificación del ingrediente subjetivo, esto es, el animus injuriandi de afectar la dignidad moral (CSJ AP351, 25 ene. 2017, rad. 47381).

Y ha sido reiterativa y pacífica en señalar que el animus injuriandi hace parte del elemento subjetivo del tipo penal de la injuria (CSJ AP2395, 7 abr. 2017, rad. 46536; CSJ AP351, 25 ene. 2017, rad. 47381, CSJ AP4132, 27 jul. 2015, rad.44264).

En la segunda de las citadas providencias, se trató claramente en tema en los siguientes términos:

«Del contenido del artículo 220 del Código Penal se desprende que para la materialidad de la conducta punible de injuria, se requiere que el sujeto activo, consciente y voluntariamente, impute a otra persona un atributo o calificativo capaz de lesionar su honra, con pleno conocimiento de su carácter deshonroso y su capacidad de daño o menoscabo de la integridad moral del afectado.

Frente al concepto de honra, la Sala ha señalado que se trata de la estimación o respeto con los cuales cada persona debe ser tratada por sus congéneres, esto es, el valor intrínseco de un individuo ante sí mismo y ante la sociedad. En esta medida “será deshonroso el hecho determinado e idóneo para expresar a una persona desprecio u odio público, o para ofender su honor o reputación”.

No obstante, el examen de la conducta no se agota con la sola existencia de afirmaciones lesivas de la honra con idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado. Exige, además, la verificación de un ingrediente subjetivo: el conocimiento de la condición ofensiva de las imputaciones realizadas, la conciencia de su naturaleza degradante y la voluntad de hacerlas con la intención inequívoca de causar daño.

[...]

En este orden, la esencia de la injuria está determinada por el ánimo del injuriante, a saber, su conciencia acerca del carácter lesivo, gravoso, de la acción que imputa. De allí que se sostenga que su carácter injurioso no depende de las expresiones o lenguaje que se utilice, ni de la indignación, aflicción o rechazo que genere en su destinatario, sino en el ánimo de afectar su dignidad moral.

Así, más allá de la existencia de imputaciones que afecten la autoestima o se perciban como agravios, se requiere que tales expresiones tengan la intención de lesionar la integridad moral del sujeto pasivo, elemento subjetivo que, de no verificarse, conduce indefectiblemente a la atipicidad de la conducta [negrilla en esta oportunidad].

7.3.3. De la actuación de la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones Preliminares de Bogotá en concreto

La Fiscalía en cita, el 5 de septiembre de 2016 expidió orden de archivo de la denuncia que MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO formuló contra Eccehomo Cetina Rodríguez, Graciela Torres y Deisy Cañón por los delitos de calumnia e injuria.

En cuanto a la conducta de calumnia, fundó la determinación en que no se cumplía el elemento objetivo del tipo penal, pues los indiciados no habían llevado a cabo manifestaciones tendientes a imputar a la hoy accionante conductas punibles. Sobre lo decidido en torno a esa conducta no se plantea ninguna controversia y, por tanto, no será objeto de análisis.

Respecto del delito de injuria, frente al cual versa el debate en esta acción de tutela, cimentó la postura en que no concurría el elemento subjetivo del animus injuriandi, pues no estaba probado que la intención de los periodistas denunciados haya tenido como fin menoscabar la honra de la actual gestora constitucional y que no concurría el presupuesto

de la antijuridicidad material.

Igualmente indicó que, si bien la querellante aportó la valoración psicológica expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal que da cuenta de afectaciones de esa índole «es imposible establecer hasta el momento que estas (...) fueran derivadas o hayan sido producto de lo que se dijo específicamente en el programa de los implicados (...)»

Y que las situaciones particulares de la vida personal de la denunciante, «no fue de ninguna manera una primicia o una noticia exclusiva» pues «un hecho tan delicado e importante que involucraba a una de las personas más queridas del pueblo colombiano como lo era la soberana de la belleza no fue noticia exclusiva de ese programa», tanto que «ya habían sido publicados por diferentes medios de comunicación y hasta en libros de narcos y mafia se había hablado al respecto».

Pues bien, de la sinopsis anterior es claro que la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones Preliminares incurrió en dos de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, esto es, en un defecto sustantivo o material y en la de desconocimiento del precedente.

El primero, se configura cuando, entre otros, «la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con -efectos erga omnes que han definido su alcance». (CC T-459-2017, T-309-2015; T-781-2011, entre otras).

El segundo, ocurre cuando «el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia» (CC T-459-2017).

Pues bien, en la orden de archivo, el ente acusador desconoció el alcance que la Corte

Constitucional fijó al artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en la sentencia C-1154-2005, en punto a que la Fiscalía General de la Nación sólo puede archivar una indagación cuando no concurren los elementos objetivos del tipo, más no por consideraciones frente a los subjetivos, con lo que incurrió en el defecto sustantivo o material.

Además, que desatendió el precedente fijado por la decisión de Sala Plena del 5 de julio de 2017 y que conforme se expuso, ha sido la línea pacífica de la Sala de Casación Penal, en cuanto que en tratándose de discusiones que versen sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, la Fiscalía está impedida para ordenar el archivo y debe acudir ante el juez de conocimiento, por vía de la preclusión.

En el sub lite, las razones que motivaron el archivo respecto del delito de injuria –ya citadas– fueron todas de carácter subjetivo, pues se basaron en que no estaba probado el animus injuriandi que de acuerdo con la línea jurisprudencial de esta Corporación, se reitera, hace parte del elemento subjetivo de este tipo penal, así como en apreciaciones personales sobre la no afectación del bien jurídico y conclusiones inapropiadas sobre el daño moral dictaminado por el Instituto Nacional de Medicina Legal.

Así las cosas, se revocará el fallo de primera instancia para en su lugar, conceder el amparo de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO.

En tal virtud, se dejará sin efectos la orden de archivo emitida por la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones de Bogotá del 5 de septiembre de 2016, únicamente en relación con lo decidido frente a la injuria y, se dispondrá que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, frente a la indagación, adopte una postura que tenga en cuenta el marco jurisprudencial citado en este fallo. Vale decir, si persiste en archivar lo atinente a la presunta injuria, deberá motivar exclusivamente en torno de la atipicidad objetiva; y si de cuestionar la tipicidad subjetiva se trata, el Fiscal delegado deberá debatir

el asunto ante el Juez Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 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

PRIMERO: REVOCAR el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por las razones contenidas en esta decisión.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de MARIBEL JUDITH GUTIÉRREZ TINOCO.

TERCERO: DEJAR sin efectos la orden de archivo emitida por la Fiscalía 335 Local de la Unidad de Indagaciones de Bogotá el 5 de septiembre de 2016, únicamente en relación con lo decidido frente al delito de injuria y, ORDENAR que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, frente a la indagación, adopte una postura que tenga en cuenta el marco jurisprudencial citado en este fallo. Vale decir, si persiste en archivar lo atinente a la presunta injuria, deberá motivar exclusivamente en torno de la atipicidad objetiva; y si de cuestionar la tipicidad subjetiva se trata, el Fiscal delegado deberá debatir el asunto ante el Juez Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.

CUARTO: NOTIFÍQUESE de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria