

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

ATP443-2019

Radicación n° 103344

Acta 73.

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Sería del caso pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por Hugo José Gomajoa Enríquez, contra el fallo proferido el 7 de febrero del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, quien declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en protección del derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de esa ciudad, trámite al que fueron vinculados la Dirección Seccional de Fiscalías, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, la Procuraduría 60 Judicial II Penal de esa localidad y el ciudadano Jesús Antonio Gomajoa Enríquez (indiciado dentro del proceso penal fundamento de la tutela), de no ser porque se advierte una causal de nulidad que hace necesario invalidar la actuación.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El 10 de abril de 2012, Eduardo Modesto Antonio Bacca Enríquez formuló

denuncia penal contra su hermano Jesús Antonio Gomajoa Enríquez, por el delito de fraude procesal, por cuanto éste adelantó ante el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali el proceso de sucesión intestada de sus fallecidos padres, donde, aparentemente, faltando a la verdad, señaló que sus demás hermanos, entre ellos, Hugo José Gomajoa Enríquez -presuntamente son cuatro- no estaban interesados en reclamar la herencia, con lo que obtuvo que el bien inmueble objeto de la litis le fuera asignado en su totalidad.

2. Por estos hechos, el 30 de octubre de 2013, la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Cali solicitó ante el Juzgado Octavo con Función de Control de Garantías audiencia de formulación de imputación; sin embargo el 12 de mayo de 2014 la retiró.

3. El 7 de julio de 2015, la mencionada Delegada ordenó el archivo de la actuación por atipicidad de la conducta; decisión que comunicó, entre otros, a Hugo José Gomajoa Enríquez.

4. Inconforme con esa decisión, en el mes de junio de 2018, el citado ciudadano solicitó a la Procuraduría 60 Judicial II Penal su intervención.

5. Ante ello, el 14 de junio de 2018, el representante del Ministerio Público le pidió a la Fiscalía accionada permitirle acceder al expediente. Sin embargo, pese a los reiterados requerimientos, ello no ha sido posible, pues según la última información, el proceso se extravió.

6. Hugo José Gomajoa Enríquez acude a la presente acción de tutela, para que, mediante este mecanismo preferente, se ordene a la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Bogotá desarchivar la actuación penal en comento y continúe con la investigación, para de esa manera, obtener su «herencia»².

III. INTERVENCIONES

1. Procuraduría 60 Judicial II Penal

El Delegado informó que en el mes de junio de 2018, el hoy accionante solicitó acompañamiento del Ministerio Público.

Indicó que el 14 junio del mismo año, requirió a la Fiscalía involucrada le permitiera la revisión del expediente, sin que hasta el momento haya sido posible, aparentemente, porque éste no ha sido ubicado.

Señaló que, en tal virtud, dirigió petición a:

- i) El Director Seccional de Fiscalías de Cali, quien le informó que esos asuntos debía resolverlos directamente la Fiscalía a quien se asignó el proceso.
- ii) La Oficina de Archivo de Fiscalías, donde se le indicó que el expediente se había entregado en la «Coordinación de Administración Pública»³, en concreto a la empleada pública «señora Nancy Erazo»⁴. Al dirigirse personalmente a esa servidora pública, le negó haberlo recibido.
- iii) Mediante oficio del 13 de noviembre de 2018, puso nuevamente en conocimiento la

situación al Director Seccional de Fiscalías.

Refirió que de las gestiones realizadas ha informado a Hugo José Gomajoa Enríquez.

2. Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Cali

La titular, luego de hacer una síntesis de la actuación, expuso que el Ministerio Público, con ocasión de las peticiones presentadas por el hoy demandante, solicitó el expediente para revisarlos; sin embargo, la encargada de la sección de archivo informó que se encuentra extraviado, por lo que iniciará su reconstrucción.

Indicó que finalmente lo que busca el actor es la «adjudicación de una hijuela»⁵, pretensión frente a la cual la acción de tutela es improcedente por existir un mecanismo judicial ordinario para ello, esto es, iniciar el respectivo proceso civil.

Afirmó que Hugo José Gomajoa Enríquez «no posee alguna calidad de denunciante o indiciado dentro de las actuaciones»⁶, aunque el ciudadano que formuló la noticia criminal - Eduardo Modesto Antonio Bacca Enríquez-, lo reseñó como una de las personas con derecho a «heredar»⁷ el inmueble obtenido fraudulentamente por Jesús Antonio Gomajoa Enríquez.

Sin embargo, resaltó que, en su momento, se comunicó al hoy actor la orden de archivo.

3. Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali

El Director del despacho informó que dentro de la causa penal fundamento de la demanda de amparo, se tuvo previsto realizar audiencia de formulación de imputación el 12 de mayo

de 2014; pero finalmente no se llevó a cabo porque el ente persecutor la retiró.

IV. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali declaró improcedente el amparo, con fundamento en que el proceso penal no es el medio para acceder a derechos patrimoniales, como el de herencia, pues para ello existe el «proceso ordinario de carácter civil»⁸.

Expuso que la Fiscalía General de la Nación, es autónoma en el ejercicio de la acción penal y por ende, está facultada para realizar una valoración objetiva de los hechos y de ese modo establecer si los mismos constituyen o no hechos penalmente reprochables. Y por tanto, no estaba obligada a formular imputación, si de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, no era posible inferir razonablemente su existencia.

Sin embargo, adujo que de contar el actor con nuevos elementos materiales probatorios, puede solicitar el desarchivo de la actuación (artículo 79 del Código de Procedimiento Penal).

De otra parte, expuso que, si bien dentro de los documentos allegados por la Fiscalía al trámite de tutela, obra el oficio 3929 del 9 de julio de 2015, mediante el cual esa Delegada enteró a Hugo José Gomajoa Enríquez de la orden de archivo, «no tiene constancia de recibido alguna, por lo que no hay claridad con respecto a la debida notificación de esa decisión»⁹.

En tal virtud «inst[ó]»¹⁰ a la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Cali para que lo notifique en debida forma.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

En el acto de notificación, Hugo José Gomajoa Enríquez plasmó la expresión «impugno»¹¹, sin embargo, no presentó ningún escrito de sustentación.

VI. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para conocer la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Sala (CSJ ATP, 19 jun. 2018, rad. 98945; CSJ ATP, 14 jun. 2018, rad 98712; CSJ ATP, 31 may. 2018, rad. 98419, entre otras) ha sostenido que aunque quien acude a la acción de tutela tiene el deber de manifestar cuál es la autoridad o el particular que ha lesionado o amenazado sus derechos, tal enunciación no puede atar al juez constitucional, ni limitar su ámbito de gestión, ya que el juzgador debe revisar la situación que se tacha de irregular y vincular a todas las personas y entidades que pueden estar vulnerando las garantías reclamadas, así como a aquellos que habrían de verse afectados con la decisión que se adopte al resolver la petición de amparo propuesta.

Así las cosas, de los cánones 16 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992, surge como requisito de procedimiento que tanto la iniciación, como las decisiones adoptadas en el «(...) trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes. Para este efecto, son partes la persona que ejerce la acción de tutela y el particular, la entidad o autoridad pública contra la cual se dirige la acción de tutela». Adicionalmente, es obligación del «(...) juez velar porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa».

La necesidad de enterar a todos los demandados de la acción instaurada en su contra, y a los terceros que puedan resultar perjudicados con el fallo, dimana del mandato legal y de la doctrina constitucional. Ésta, por ejemplo, mediante pronunciamiento CC T-293-1994, ha

establecido que:

«El objeto de tal notificación es el de asegurar la defensa de la autoridad o del particular contra quien actúa el peticionario y la protección procesal de los intereses de terceros que puedan verse afectados con la decisión (...)» [subrayado fuera del texto].

Por lo anterior, se quebranta el derecho de contradicción y, por ende el debido proceso, cuando se falta a la notificación a una parte o a un tercero con interés legítimo para intervenir.

3. En el sub lite, la acción de tutela se dirige, principalmente, contra la orden de archivo adoptada por la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Cali dentro del proceso penal que se inició con ocasión de la denuncia formulada por Eduardo Modesto Antonio Bacca Enríquez -hermano del hoy accionante- contra Jesús Antonio Gomajoa Enríquez.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, en el auto del 28 de enero de 2019, mediante el cual avocó el conocimiento de la acción de tutela, de las personas que integraban los extremos dentro del proceso penal, ordenó vincular únicamente a Jesús Antonio Gomajoa Enríquez, indiciado dentro del asunto fundamento de la tutela.

Sin embargo, no dispuso el llamado de Eduardo Modesto Antonio Bacca Enríquez, pese a que fue la persona que instauró la noticia criminal y, que por ende, era parte de la actuación penal. Además del claro interés que tendría de cara a la pretensión de desarchivo que se invoca en este mecanismo preferente.

Es decir, sin perjuicio de que Hugo José Gomajoa Enríquez se considere víctima del actuar denunciado por su hermano Eduardo Modesto Antonio Bacca Enríquez, era indispensable su

vinculación a la tutela, por ser, se repite, la persona que activó el órgano persecutor y por tanto, llamado a sentar su postura sobre el desarchivo que pretende su hermano.

De otra parte, de acuerdo con la información recolectada durante el trámite, se conoce que la Procuraduría 60 II Penal ha elevado varias peticiones tendientes a acceder al proceso penal en cuestión, sin resultados positivos, entre ellas, una dirigida a la Oficina de Archivo Seccional de la Subdirección Regional de Apoyo del Pacífico, quien tenía bajo su custodia el expediente.

La última noticia que obtuvo el delegado del Ministerio Público es la existencia de un conflicto entre la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Cali y la mencionada oficina de archivo, dado que ésta última dependencia aduce que desarchivó la causa penal y la entregó a una servidora de la Unidad a la que pertenece la Fiscalía accionada y ésta, a su vez, afirma nunca haberla recibido.

Ante este escenario, también se tornaba necesario vincular al presente trámite a la Sección Gestión Documental – Archivo Seccional de la Subdirección Regional de Apoyo del Pacífico.

4. Así las cosas, ante la indebida integración del contradictorio, se decretará la nulidad de lo actuado durante el trámite de primera instancia, a partir de la notificación de la demanda de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

RESUELVE

Primero: Declarar la nulidad de lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda de tutela, con excepción de las pruebas practicadas o aportadas, las que conservarán su validez.

Segundo: En consecuencia, vuelvan las diligencias a la citada Sala para que provea lo necesario de acuerdo con lo reseñado en esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- | | | |
|----|-----------|-----------------------------------|
| 1 | Folio 67 | cuaderno tutela primera instancia |
| 2 | Folio 29, | Ib. |
| 3 | Folio 42, | Ib. |
| 4 | Folio 42, | Ib. |
| 5 | Folio 54, | Ib. |
| 6 | Folio 64, | Ib. |
| 7 | Ib. | |
| 8 | Folio 87, | Ib. |
| 9 | Folio 97, | Ib |
| 10 | Ib. | |

11 Folio 99, lb.