

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

STP1244-2019

Radicación n.º 102850.

Acta n.º 32

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la doctora HERLINDA OLMOS SUÁREZ, Fiscal 107 Seccional adscrita a la unidad de Ley 600 de Bogotá, contra la sentencia proferida el 18 de enero de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, que concedió la acción de amparo promovida mediante apoderado por el ciudadano Pablo Emilio Peña Solano, en contra del prenombrado despacho fiscal, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Según el escrito de tutela y los documentos que lo acompañan, el 22 de enero de 2014 el accionante denunció la presunta comisión de los delitos de fraude procesal y falsedad ideológica en documento público, conductas que según él fueron perpetradas durante 1986 y 1987 por Luís Hernán Lesmes Duarte, Lilia Lesmes de Ospina, Ana Duarte de Lesmes, María Ana Pulido, Fernando Alberto Lora Figueroa y Álvaro Gómez Sanabria.

Mediante resolución de 26 de abril de 2015, la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá ordenó la apertura de instrucción y dispuso vincular mediante indagatoria a los antes mencionados, excepto a Lora Figueroa y Gómez Sanabria, quienes solamente serían escuchados en diligencia de declaración jurada.

El 16 de octubre de 2018, la Fiscalía 107 Seccional, adscrita a la Unidad de Ley 600 de 2000, precluyó la investigación en favor de quienes fueron vinculados formalmente, por los delitos de fraude procesal y estafa, tras considerar que sus acciones eran atípicas.

El actor afirmó que la preclusión con la que se beneficiaron los sindicatos es producto de la ligereza con la que el ente acusador adelantó la investigación, en tanto «esperó que fuera solo el denunciante quien le arrimara las pruebas», omitiendo decretar otras que resultaban pertinentes. Adicionalmente, criticó que en la mencionada providencia nada se dijo de Fernando Lora Figueroa y Álvaro Gómez, a quienes señaló como los principales responsables del detrimento en su patrimonio económico.

Con fundamento en lo anterior, solicitó se decrete «la nulidad de la resolución de 16 de octubre de 2018 y de todo el trámite adelantado dentro de la investigación». También, que «se proceda a una debida notificación de los actos» y que la conducta se adecúe al tipo penal de estafa.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Por auto de 18 de diciembre de 2018¹ un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá admitió la demanda y comunicó lo pertinente a la autoridad accionada, para que ejerciera su derecho a la defensa.

La doctora Herlinda Olmos Suárez, Fiscal 107 Seccional de Bogotá, informó que la resolución censurada por el convocante cobró ejecutoria el 2 de noviembre de 2018, sin que ninguno de los sujetos procesales la impugnara, incluyendo el apoderado de la parte civil, a

quien se le notificó lo decidido el 23 de octubre del mismo año. Sobre el particular, aclaró que Pablo Emilio Peña Solano, el día que la resolución quedó en firme, radicó un memorial en la secretaría de la unidad; empero, no estaba legitimado para interponer recursos directamente, sin mencionar que no atacó los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión.

Contra el ciudadano Fernando Alberto Lora Figueroa, agregó, no existe investigación penal vigente, pues la Fiscalía 57 Seccional no lo vinculó formalmente en la apertura de instrucción.

Por todo lo anterior, solicitó que el amparo fuera declarado improcedente, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo de 18 de enero de 2019², consideró que la Fiscalía 107 Seccional tenía razón, por lo menos en relación con la actuación adelantada contra Luís Hernán y Lilia Lesmes, Ana Duarte y María Pulido, pues pese a contar con mecanismos ordinarios para controvertir la resolución de 16 de octubre de 2018, el demandante no los utilizó.

En cambio, a diferente conclusión arribó respecto de la denuncia formulada contra Fernando Alberto Lora Figueroa, en tanto, estimó, una vez se recibe la noticia criminal el fiscal debe «abrir investigación», dictar resolución inhibitoria o iniciar investigación previa, esta última en caso de duda sobre la apertura de instrucción; no obstante, la acusadora no optó por ninguna de esas alternativas, limitándose a citarlo como testigo, sin tener en cuenta las serias acusaciones que el denunciante hizo en su contra.

Por lo anterior, el A quo negó «la tutela respecto de la acción adelantada contra Luís Hernán Lesmes Duarte, Lilia Lesmes de Ospina, Ana Duarte de Lesmes y María Ana Pulido»;

no obstante, la concedió respecto de la denuncia formulada contra Fernando Alberto Lora; por consiguiente, ordenó a la autoridad demandada decidir si abre instrucción, investigación previa o, por el contrario, dicta en su favor resolución inhibitoria.

IMPUGNACIÓN

El fallo de tutela de primera instancia fue comunicado a la Fiscalía 107 Seccional mediante Oficio n.º T9 0137 MACM de 21 de enero de 2019. Inconforme con lo resuelto la titular de ese despacho apeló la decisión, alzada que concedió la Sala Penal del Tribunal de Bogotá por medio de auto del pasado 28 de enero.

La fiscal alegó que, tras analizar detenidamente las pruebas, decidió precluir la investigación por considerar que las conductas denunciadas son atípicas, por ende, carece de sentido indagar a Fernando Lora por hechos que no están previstos en la ley como delito.

Dijo que en virtud del principio de autonomía consagrado en el artículo 12 de la Ley 600 de 2000, concluyó que Lora Figueroa debía ser llamado a rendir testimonio, mas no vinculado formalmente como coautor, porque para eso no basta el simple señalamiento del denunciante.

En definitiva, solicitó se revoque el numeral 2º del fallo enervado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación formulada contra el fallo de tutela emitido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que, cuando se trata de providencias judiciales, el amparo constitucional solamente procede de manera excepcional, pues, como regla general, la inconformidad de las partes con las decisiones judiciales ha de ser planteada y debatida a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha aceptado la procedencia de la tutela cuando se trata de actuaciones que carezcan de motivación o fundamento objetivo, contrariando su espíritu para hacer imperar la arbitrariedad y el capricho del funcionario, o resulten manifiestamente ilegales, de ahí que, por excepción, se permite que el juez constitucional intervenga para hacer cesar los efectos nocivos de la vía de hecho en relación con los derechos fundamentales.

De acuerdo con la doctrina constitucional, se incurre en vía de hecho cuando, (i), la decisión que se reprocha se funda en una norma absolutamente inaplicable (defecto sustantivo); (ii), resulta manifiesto que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (iii), el funcionario carece de competencia para proferir la decisión (defecto orgánico); y, (iv), el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental).

Empero, quien administra justicia tiene autonomía para interpretar la norma que más se ajuste al caso, así como para valorar las pruebas y decidir el asunto con fundamento en las

prescripciones legales y constitucionales pertinentes. La labor de interpretación permite que varios operadores jurídicos lleguen a tener diversas comprensiones de una misma norma, sin que ello implique incurrir en vía de hecho susceptible de ser enmendada a través de la acción de tutela.

En el presente asunto, es claro que la petición de amparo formulada por el accionante se orienta a censurar la resolución de 16 de octubre de 2018, por cuyo medio la Fiscalía 107 Seccional de Bogotá precluyó la investigación en favor de los ciudadanos Luís Hernán Lesmes Duarte, Lilia Lesmes de Ospina, Ana Duarte de Lesmes y María Ana Pulido.

Según el artículo 250 de la Constitución de 1991, la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos con características delictuales que llegue a conocer por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.

Por su parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal de 2000, elevado al rango de norma rectora, establece que las decisiones judiciales proferidas durante el proceso penal serán la expresión de la función constitucional de administrar justicia, agregando que los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos.

En ejercicio de esta facultad, en la resolución calendada el 26 de abril de 20154, la Fiscalía 57 Seccional, adscrita a la Unidad de Indagación e Instrucción de Ley 600 de 2000, estimó que «de acuerdo con los elementos materiales probatorios aducidos» se podía inferir razonablemente la comisión de delitos que atentan contra la recta y eficaz impartición de justicia, la fe pública y el patrimonio económico, motivo por el cual profirió apertura de instrucción.

Además de ordenar la práctica de varias pruebas, en uso de sus facultades, dispuso vincular mediante indagatoria a Luís Hernán y Lilia Lesmes, Ana Duarte y María Pulido, mientras que

en relación con Fernando Alberto Lora y Álvaro Gómez Sanabria solo ordenó se les escuchara en declaración bajo la gravedad de juramento.

Para la Sala, el a quo yerra al considerar que la Fiscalía General de la Nación, en lo concerniente a Fernando Lora Figueroa, ineludiblemente debió decretar la apertura de instrucción, dictar resolución inhibitoria o iniciar la investigación previa.

En primer lugar, porque la obligación de investigar los hechos que revistan características de delito no implica que, de manera indiscriminada, deba vincular mediante indagatoria a todas las personas señaladas por el denunciante.

En segundo término, porque no puede pasarse por alto que fueron distintas las funcionarias que dispusieron, en su orden, la apertura de la instrucción y la preclusión de la investigación. La primera decisión data de 26 de abril de 2016 y sus suscrita por la doctora Yaneth Ofelia González Traslaviña, Fiscal 57 Seccional de Bogotá; la segunda, de 16 de octubre de 2018, y fue adoptada por la doctora Herlinda Olmos Suárez, Fiscal 107 Seccional de Bogotá.

La opción entre abrir investigación previa o instrucción depende de si se avizora o no que los hechos pueden ser constitutivos de delito, o de si se cuenta o no con la individualización o identificación de los posibles autores o partícipes (arts. 322 y 331 L. 600 de 2000).

En este caso la Fiscal 57 Seccional se decidió por abrir la instrucción. Es decir, consideró que los hechos reunían las características de un delito.

Diferente es la determinación de a quien se vincula mediante indagatoria:

Por mandato del artículo 333 de la Ley 600 de 2000, «el funcionario judicial solo recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor

o partícipe de la infracción penal». Sumado a esto, esta Sala de Casación Penal, de antaño, ha sostenido que la vinculación mediante indagatoria deviene en ilegal cuando el procesado no tiene relación con los hechos investigados. Así lo expresó:

(...) dada la importancia de la indagatoria para el procesado en su defensa, y para la investigación misma, en la medida en que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, para el primero constituye la oportunidad de presentar las explicaciones pertinentes frente a la imputación que se le hace y permite además, al funcionario obtener elementos de juicio que le posibiliten definir el curso de la investigación puesto que su finalidad es obtener la versión que sobre los hechos suministre el imputado, esos antecedentes y circunstancias a que se refiere la ley no son de cualquier naturaleza, sino aquellos que tengan estrecha e íntima relación con los investigados, pues de lo contrario, resulta ilegal la vinculación de una persona a un proceso, con las consecuencias que necesariamente de allí se derivan cuando el llamado a tal diligencia tiene propósitos que le son ajenos a las finalidades propias de la investigación y que solo pueden conducir a crear cargas innecesarias a los ciudadanos que, por el desvío de quienes tienen a su cargo la responsabilidad de ejercer el poder punitivo del Estado, se ven sometidos a la justicia, lo cual atenta contra dicha función pública. (CSJ SP, 19 Mar 1998, Rad 8.664)

Como viene de verse, la vinculación mediante indagatoria requiere que de un serio análisis por parte del ente acusador, el cual debe fundarse en las pruebas practicadas hasta ese momento y no en las simples afirmaciones del querellante.

Por otra parte, la citación o declaración de ciertos denunciados no impedía que con posterioridad fueran llamados a indagatoria, dentro de la instrucción ya abierta.

Ahora bien, la revisión de la providencia cuestionada evidencia que, contrario a lo afirmado por el proponente, la misma está lejos de ser arbitraria o caprichosa, pues, sin importar que Lora Figueroa no fue vinculado mediante indagatoria, en las consideraciones se decantó

suficientemente la atipicidad de su comportamiento. Veamos:

Señala el denunciante que dentro del proceso de pertenencia instaurado por Fernando Alberto Lora Figueroa, ante el Juzgado 33 Civil del Circuito, radicado 2007-0692, en el que se cita a una persona fallecida que está viva, según certificado de supervivencia, acción que se da de manera intencional para engañar al funcionario y al denunciante como víctima; se arribó oficio proveniente del Juzgado 33 Civil del Circuito, donde se informa que el referido proceso se encuentra archivado por desistimiento tácito desde el 25 de enero de 2013, el Juzgado 23 Civil del Circuito, decretó la terminación.

Así las cosas, no podemos predicar que hubo engaño para obtener dicha sentencia, como lo menciona el denunciante, toda vez que los proceso fueron llevados en legal forma, los sujetos procesales tuvieron la oportunidad procesal para defenderse, interpone (sic) recursos, por lo que no se avizora la conducta punible de fraude procesal, si el denunciante no fue notificado de estos procesos, es precisamente por no tener legitimación en lo que respecta al proceso de pertenencia, detállese que sí la tuvo en el proceso de restitución de inmueble arrendado que cursó en el 50 civil municipal, y en donde el denunciante tuvo la oportunidad de ejercer el derecho que señala ostentaba, como poseedor.

(...)

Tan evidente falta de requisitos no puede siquiera considerarse como una mentira o fraude capaz de llevar a error a ningún operador judicial, pues recordemos que aquella, la mentira, debe ser de tal magnitud que pueda sobrepasar la voluntad del servidor público.

(...)

Observamos en el caso que nos ocupa como bien lo refleja el material probatorio arrimado, la conducta aquí denunciada, se encuentra lo suficientemente lejos del punible de FRAUDE PROCESAL, cual sería la norma inicialmente violada. Detallamos que las inconformidades

que expone el denunciante no hacen parte de la conducta punible de fraude procesal; por el contrario, se establece dentro de la órbita del derecho civil normas que permiten a los asociados adelantar las correspondientes acciones. Si la inconformidad del denunciante radica en que fue despojado de la posesión que lícitamente ostentaba sobre el inmueble, así como de otro en la ciudad de Cali (Valle del Cauca); y, de una empresa de artes gráficas en esta ciudad, que era todo el patrimonio del denunciante, obtenidos dentro de negocios de buena fe, es precisamente ante la jurisdicción ordinaria, que deberá hacer valer sus derechos como poseedor del bien, que señala; y, no acudir a la jurisdicción penal a denunciar un hecho como delito; no vemos por ningún lado ninguna inducción en error.

Así las cosas, vemos que las controversias jurídicas existentes entre el aquí denunciante PABLO EMILIO PEÑA SOLANO y los sindicatos ÁLVARO GÓMEZ SANABRIA y FERNANDO ALBERTO LORA FIGUEROA, es de índole civil y que, debe ser ventilada en esa instancia de justicia, con lo cual se descarta la incursión de los antes sindicatos PRIMA FACIE, en fraude procesal.⁵

A la funcionaria impugnante le asiste razón al considerar que si la preclusión decretada se sustentó en la atipicidad de la conducta, sería inane continuar cualquier tipo de pesquisas, llámese indagación preliminar o instrucción, por cuanto si el comportamiento objetivamente concebido no está descrito en la legislación penal como delito, no tiene sentido continuar analizando la responsabilidad de los autores y partícipes. Por eso fue que en el mismo proveído que el accionante dejó de recurrir la Fiscalía 107 Seccional ordenó el archivo definitivo del expediente (núm. 3° de la parte resolutive).

Por lo anterior, los motivos expuestos por el demandante no se adecúan a los defectos a que alude la jurisprudencia, puesto que la providencia censurada se sustenta en premisas razonables que eliminan cualquier viso de arbitrariedad capaz de hacerlas perder legitimidad, resultando inadmisibile que el juez de tutela pretenda imponer su criterio sobre el buen entender de la fiscalía.

El principio de autonomía de la función jurisdiccional (artículo 228 de la Carta Política) impide al juez constitucional inmiscuirse en providencias como la controvertida, la cual hizo tránsito a cosa juzgada, sólo porque el demandante no la comparte o tiene una comprensión diversa a las concretadas en dicho pronunciamiento.

En consecuencia, la Corte revocará la sentencia censurada y negará la protección demandada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, negar el amparo deprecado.
2. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Ver folio 283 del cuaderno original de primera instancia 1.
- 2 Ver folios 1 al 8 del cuaderno original de primera instancia 2.

3 Ver folio 9 del cuaderno original de primera instancia 2.

4 Ver folio 14 del cuaderno original número 2.

5 Cuaderno original número 1, folio 30 y ss.

8