

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP618-2019

Radicación n.º 102100

Acta 17

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Edgar Álvarez Espinosa frente a la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual declaró improcedente la tutela interpuesta contra la Fiscalía 116 Seccional de esta ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Al presente trámite fueron vinculados Luís Antonio Díaz Andrade, Jairo Navarrete Robayo, Jairo Buitrago Rodríguez y Leslie Josef Celina, quienes obran como denunciados en la investigación reprochada por el actor.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

El actor interpone demanda de tutela contra la Fiscalía 116 Seccional, en atención a que presuntamente le están siendo vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso.

Manifiesta que el 31 de agosto de 2017 interpuso denuncia contra Luis Antonio Díaz Andrade y otros, por los presuntos delitos de estafa agravada, falsedad en documento privado, concierto para delinquir y enriquecimiento ilícito de particulares, respecto de unas elevadas sumas de dinero entregadas por las víctimas a los denunciados en calidad de préstamos que respaldaban aparentemente con pagarés y pólizas fraudulentas, desfalcando un total de \$445.000.000, que aparentemente serían garantizados con la sesión de derechos en las devoluciones del IVA respecto de los establecimientos comerciales de aquellos.

Alega que la noticia criminal fue asignada inicialmente a la Fiscalía 221 Seccional, la cual diseñó el programa metodológico y asignó un investigador de policía judicial para realizar entrevista a los denunciantes; sin embargo, a mediados del año cursante la actuación fue reasignada al Fiscal 116 Seccional, quien sin mediar un correcto análisis probatorio, táctico y desconociendo la sana crítica, el 25 de septiembre de 2018 dispuso el archivo provisional de la investigación por atipicidad de las conductas, pese a ser evidente la configuración de los delitos mencionados, arguyendo que se trató fue de celebración de diferentes negocios jurídicos de mutuo, donde además se confundieron las figuras de fianza y póliza.

En esas condiciones, pretende se ordene al Fiscal 116 Seccional que revoque la orden de archivo provisional y continúe la investigación, con la consecuente imputación de cargos contra los denunciados¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela al advertir que se quebrantó el principio subsidiariedad toda vez que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa, esto es, acudir ante un juez de control de garantías y solicitar el

desarchivo de la investigación.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante afirma que no es dable acudir a la vía ordinaria para solicitar el desarchivo pretendido, pues considera que no es idóneo para asegurar el restablecimiento de los derechos que estima le fueron vulnerados por la demandada.

CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Corte determinar si la accionada vulneró los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del interesado, al haber archivado la investigación n.o 110016000050201734244.

Para tal fin, se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1 El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que el amparo tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades y/o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial.

De la naturaleza de la acción se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el actor debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

2.2 En el presente caso, la Sala considera que, tal y como lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá, el actor se equivocó al elegir la tutela como ruta para solicitar el desarchivo de la investigación n.o 110016000050201734244 que adelantó la Fiscalía 116 Seccional de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico de esta ciudad y en la cual obró como denunciante, ya que es claro que con ese propósito debe acudir ante un juez de control de garantías.

Razón le asistió al A quo cuando señaló que si la intención de Álvarez Espinosa es la de insistir en el desarchivo de dichas investigaciones, bien tiene la posibilidad de acudir a los Jueces Penales Municipales con funciones de control de garantías con el fin de insistir en dicha pretensión.

El artículo 79 de la Ley 906 de 2004, prevé:

[...] 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.

La Corte Constitucional, en sentencia CC C-1154/05, al realizar el control abstracto de constitucionalidad de referido canon, lo declaró condicionalmente exequible en el entendido que la expresión «motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, corresponde a tipicidad objetiva y la decisión del fiscal deberá ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público». Dijo en esa ocasión:

[...] como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos.

Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías". (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Resulta claro, entonces, que cuando la Fiscalía General de la Nación ordena el archivo de la investigación, la víctima (como en efecto lo realizó) puede acudir ante el funcionario que así lo determinó y aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la, toda vez que ello no hace tránsito a cosa juzgada.

Ahora bien, en caso de que el titular del despacho se niegue a continuar la actuación, dichas partes están habilitadas para solicitar el control de garantías ejercido por el juez penal municipal o promiscuo municipal -según el caso- del lugar de la comisión de la conducta delictiva, de conformidad con la cláusula general del artículo 39 de la Ley 906 de 2004. Por lo tanto, resulta claro que el actor cuenta con otros medios de defensa idóneos y eficaces para controvertir la decisión que hoy impugna en sede de tutela.

Así las cosas, no es posible acceder a la pretensión de la accionante en el sentido de

desarchivar la referida investigación, como quiera que no han acudido ante el juez con función de control de garantías, quien es el encargado de tomar la determinación que en derecho corresponda. Un pronunciamiento al respecto, mediante el amparo constitucional, suplantaría al juez ordinario, lo cual está totalmente prohibido debido al carácter eminentemente subsidiario de la acción de tutela.

En ese orden de ideas, el peticionario tiene la posibilidad de acudir ante la referida autoridad judicial y reclamar el respeto de las garantías constitucionales, siendo de esta forma inadmisibles recurrir para tal fin al presente trámite.

Por las razones aquí anotadas, se ratificará el fallo.

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. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 43 y 44, cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 10 de julio y 14 de agosto de 2007 (radicados 31.781 y 32.327).