

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP6736 – 2019

Radicación n.º 104571.

Acta n.º129

Bogotá D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el apoderado de CONSTRUCCIONES LA GRAN FORTUNA Y CIA LTDA – EN LIQUIDACIÓN, contra el fallo emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, el 10 de abril de 2019, por cuyo medio declaró improcedente la tutela instaurada contra la Fiscalía Cincuenta y Seis Delegada ante esa Corporación, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante comentó que, en representación de CONSTRUCCIONES LA GRAN FORTUNA Y CIA LTDA – EN LIQUIDACIÓN, denunció la comisión del delito de «falsedad en documento público», por la presunta adulteración de la escritura pública n.º 1685, otorgada en la Notaría 48 de Bogotá el 11 de agosto de 2015. La indagación se adelanta en la Fiscalía Setenta y Nueve Seccional de Bogotá, bajo la radicación 11001 60 00 049 2015 19476.

Afirmó que un investigador contratado por la representación de víctimas obtuvo elementos materiales probatorios a partir de los cuales se estableció la identidad de uno de los coparticipes del delito, por lo que se sugirió al fiscal del caso que «expidiera orden escrita de captura», procediera a formularle imputación y solicitara en su contra la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural; asimismo, le solicitó que oficiara a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Norte para que congelara la Matrícula Inmobiliaria n.º 50N-20677407; no obstante, ninguna de sus peticiones fue atendida.

Señaló que el 23 de julio de 2018 denunció al Fiscal Setenta y Nueve Seccional, por su negligencia al adelantar las pesquisas, noticia criminal a la que se le asignó el radicado 11001 60 00 050 2018 310048 y que fue archivada por la Fiscalía Cincuenta y Seis Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, por estimar que la conducta era atípica.

Esa orden de archivo, en el sentir del promotor, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en tanto la conducta ejecutada por el denunciado, doctor Enrique Amador Londoño Ortiz, en verdad se adecúa al tipo penal de prevaricato por omisión.

A través de la tutela, solicita se ordene a la fiscalía accionada el desarchivo de las diligencias.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Por auto de 29 de marzo de 2019¹, un magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, admitió la demanda y comunicó lo pertinente a la fiscalía encausada, a la que ordenó comunicar a las partes e intervinientes dentro de la actuación con radicado 2018-310048 la existencia de la solicitud de amparo para que, si a bien lo tenían, se pronunciaran sobre los hechos contenidos en el libelo.

La doctora Olga Tristancho Suárez, Fiscal Cincuenta y Seis Delegada ante el Tribunal

Superior de Bogotá, explicó que de conformidad con los elementos materiales probatorios recaudados al interior de la radicación 11001 60 00 050 2018 310048, determinó que la conducta era atípica, motivo por el cual ordenó el archivo de las diligencias el 11 de diciembre de 2018.

Manifestó que el aquí demandante no se ha acercado a ese despacho para pedir el desarchivo, solicitud que tampoco ha elevado ante el juez de control de garantías, por lo que el amparo debe declararse improcedente.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, a través de sentencia de 10 de abril de 2019², declaró improcedente la tutela tras recordar que el promotor puede solicitar el desarchivo de las diligencias ante el juez de control de garantías, por lo que no se satisfizo el requisito de la subsidiariedad.

LA IMPUGNACIÓN

Al estar en desacuerdo, el convocante apeló la providencia de primera instancia, para lo cual precisó que la fiscalía archivó las diligencias argumentando que la conducta era atípica en relación con el prevaricato por acción, decisión errada si se tiene en cuenta que el supuesto normativo que mejor describía el hecho es el de prevaricato por omisión, para cuya demostración existían suficientes pruebas. Igualmente, consideró que en este evento no han surgido nuevos elementos materiales probatorios que hagan viable el desarchivo de las diligencias, por lo que no es posible elevar dicha solicitud ante el juez de control de garantías.

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 el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, por ser su superior funcional.

El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección de sus derechos fundamentales cuando 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 o, existiendo, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso el accionante, quien actúa en representación de CONSTRUCCIONES LA GRAN FORTUNA Y CÍA. LTDA. – EN LIQUIDACIÓN, solicita que se ordene la Fiscalía Cincuenta y Seis delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá el desarchivo de la indagación preliminar con radicación 11001 60 00 050 2018 310048, relacionada con la denuncia formulada contra el doctor Enrique Amador Londoño Ortiz, en su calidad de Fiscal Setenta y Nueve Seccional de Bogotá, al considerar que la conducta desplegada por el funcionario constituye prevaricato por omisión.

Desde ya, la Sala advierte que el recurso de amparo no es procedente, por lo cual se confirmará el fallo de primer nivel. Las razones son las siguientes:

Como la demanda se orienta a que el juez de tutela intervenga en un proceso penal, debe recordarse que según la Corte Constitucional (Cfr. Sentencias: C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de 2017, entre otras), la tutela contra providencias y actuaciones judiciales procede de manera excepcional, siempre que se cumplan ciertos presupuestos de procedibilidad, unos generales y otros específicos. Esta Sala ha sostenido (STP14140-2018) que:

Los primeros que se concretan a: 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) que 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 accionante 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; y f) que no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que los segundos, implican la demostración de, por lo menos, uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) y h) la violación directa de la Constitución.

Al aplicar las premisas jurisprudenciales antes expuestas al sub judice, en lo que atañe a las exigencias de carácter general, se constata que: (i) el caso es de relevancia constitucional, pues se debate la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso; (ii) se cumple con el requisito de la inmediatez, porque la orden de archivo cuestionada data de 11 de diciembre de 2018, fecha desde la cual solo han transcurrido 5 meses; (iii) la parte actora identificó con suficiencia los fundamentos fácticos, las pretensiones y los derechos que consideró vulnerados; y, (iv) no se discute por este cauce

una sentencia de tutela.

No obstante, se incumplió el requisito de la subsidiariedad, relativo al agotamiento de todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa al alcance de la persona afectada con la decisión de la autoridad comprometida. En relación con el archivo de la indagación y la solicitud de desarchivo de la misma, acorde con el marco legal fijado en la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional ha explicado que:

«... de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una orden, de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal.

En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías para controvertir la decisión de archivo del Fiscal investigador, resalta la Sala que aunque el artículo 11(g) de la Ley 906 de 2004 indica que las víctimas tienen derecho a ello ciertamente, la sentencia C-1154 de 2005 de esta Corporación –que revisó la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004–, reconoció que existía la posibilidad de que ello ocurriera en caso de conflicto con el archivo de la indagación, aunque sostuvo

también la Corte que con ello no estaba determinando un control de la actuación del Fiscal, por vía jurisprudencial a través del juez de control de garantías.

Dijo así la providencia constitucional que se menciona: “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...” (C.C. S.T- 520A/2009).
(Negrillas añadidas)

Así las cosas, frente a la orden de archivar la referida indagación preliminar en la que el promotor funge como denunciante, se tiene que este no demostró haber acudido a la fiscalía accionada para que reconsidere su posición, de lo que se sigue que no se ha generado la controversia que legitime la intervención del juez de control de garantías.

Contrario a lo afirmado por el confutador, la existencia de una nueva prueba no es el único motivo por el cual se puede solicitar el desarchivo de la indagación a la fiscalía, toda vez que dicha petición puede fundamentarse en discrepancias respecto al juicio de tipicidad, maxime cuando la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, lo hizo «en el entendido de que la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones».

Por lo tanto, si el actor sigue inconforme con lo ordenado por la titular de la acción penal

debe, en primer lugar, solicitar el desarchivo ante dicha funcionaria; en segundo lugar, en caso de generarse una controversia, pedirle al juez de control de garantías que revise la legalidad formal y material de dicha orden mediante una decisión que puede ser controvertida mediante los recursos ordinarios.

Así pues, el tutelante acudió a esta acción constitucional pretermitiendo los mecanismos legalmente establecidos, con la intención de anticipar los resultados del debate y sin acreditar que la vía judicial ordinaria resulte ineficaz para la resolución de sus aspiraciones.

Finalmente, para la Sala resulta curioso que el demandante, a pesar de haber interpuesto la denuncia en nombre propio, afirme en el libelo que acude en representación de CONSTRUCCIONES LA GRAN FORTUNA Y CIA LTDA - EN LIQUIDACIÓN, lo que deja en entredicho su legitimidad.

En conclusión, como ya se anunció, se impone la confirmación de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Primera 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. Confirmar el fallo impugnado.
2. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Ver folio 53 del cuaderno de primera instancia.
- 2 Ver folio 26 del cuaderno de primera instancia.