

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS 2

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado ponente

STP5288-2020

Radicado 1105 / 111043

Acta 144

Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Resolver la impugnación presentada por CÉSAR WILLIAM GÓMEZ CORREAL y PATRICIA BRITO CALDERA contra la sentencia de tutela proferida el 16 de marzo de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que negó el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Fiscalía 61 Seccional de esa misma ciudad, el Procurador 382 Judicial I Penal.

Al trámite se vinculó la Oficina de Veeduría de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación, al Fiscal General de la Nación y al Procurador General de la Nación.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

Según se establece de la demanda y sus anexos, que CÉSAR WILLIAM GÓMEZ CORREAL y PATRICIA BRITO CALDERA en representación de la empresa DATCOM SYSTEMS S.A.

denunciaron a Hollman Ortiz por la presunta comisión del delito de abuso de confianza

calificado y otras conductas a su juicio punibles.

La actuación fue asignada a la Fiscalía 61 Seccional de Bogotá que dispuso el archivo de la misma, por ello, el 20 de enero de 2020 los accionantes solicitaron a la Fiscalía General de la Nación el desarchivo de las diligencias en virtud de contar con nuevos elementos probatorios que permiten continuar con la investigación.

Además, en escrito a parte, recusaron a la Fiscal 61 Seccional y al Procurador 382 Judicial I Penal. A juicio de los demandantes, los funcionarios no han sido imparciales en el tratamiento dado a la denuncia por ellos formulada.

Acuden a la acción de tutela ante la ausencia de respuesta de las accionadas. Por ende, pidieron la protección de sus prerrogativas al debido proceso, acceso a la administración de justicia y los derechos de las víctimas, en consecuencia “se le ordene a las autoridades accionadas, conforme a sus propias competencias y responsabilidades (...) se pronuncien por escrito acerca de la RECUSACIÓN planteada (...) se pronuncien acerca de la SOLICITUD DE DESARCHIVO”.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

Por auto del 4 de marzo de 2020, el Tribunal admitió la demanda y corrió el traslado respectivo a las autoridades accionadas.

La Directora de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación informó que luego de consultar el sistema interno de gestión documental de la entidad, encontró que el diligenciamiento del presente trámite constitucional fue asignado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

A su turno, la Procuraduría 382 Judicial I Penal de Bogotá explicó que desconoce la recusación elevada en su contra al corresponder al superior jerárquico dar trámite a ese

tipo de actuaciones. Acto seguido, explicó que su intervención en la investigación donde figuran como víctimas los actores, se debió a la agencia especial 15743, misma que culminó en el año 2019 con el archivo de las diligencias.

La Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá explicó en relación con la recusación presentada por la parte actora contra la Fiscal 61 Seccional de esa ciudad con radicado 2020617007902, la declaró infundada el 27 de febrero de 2020 mediante la Resolución 00830. Así mismo, indicó que notificó a los petentes con oficio 202000010029121. Aportó copia de las piezas anunciadas.

En cuanto a la definición del desarchivo, afirmó que es competencia exclusiva de la Fiscalía 61 Seccional de Bogotá.

La Fiscalía 61 Seccional de Bogotá relató que los accionantes han acudido en reiteradas ocasiones a la acción de tutela por similares motivos, siendo improcedentes las solicitudes de amparo. Seguidamente, puntualizó que una vez se declaró infundada la recusación formulada en su contra por parte de los demandantes, procedió a negar la solicitud de desarchivo el 2 de marzo de 2020 con base en que “no tiene fundamento alguno que sea novedoso, ni se argumentó jurídicamente los motivos de disenso, además, que los peticionarios de acuerdo con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal no presentaron realmente “nuevos” elementos materiales probatorios que realmente (sic) tuvieran potencialidad y ameritaran la reapertura de la indagación”, decisión que comunicó al correo electrónico ds201007@gmail.com con oficio 061-0087.

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación aportó copia del auto que ordenó la remisión de la recusación propuesta por los accionantes contra el Procurador 382 Judicial I Penal a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales para que adelante el incidente de recusación. Por tanto, solicita se declare hecho superado por carencia actual de objeto.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá denegó el amparo. En primer lugar, advirtió en cuanto a la petición de desarchivo, que la Fiscalía 61 Seccional reportó mora en la resolución de la solicitud, pero que, en todo caso, se superó durante el trámite constitucional.

En segundo lugar, refirió que la recusación formulada contra la Fiscal se resolvió fuera del término previsto en la normatividad, pero, la situación se superó con la emisión de la Resolución que declaró infundada la misma.

Finalmente, no halló vulneración de los derechos de los postulantes por parte de la Procuraduría General de la Nación, ya que no demostraron la iniciación del trámite.

Los accionantes impugnaron el fallo. Comenzaron por censurar la afirmación del Tribunal en cuanto a que no acreditaron la presentación de la recusación contra el Procurador 382 Judicial I Penal, sin embargo, la entidad acreditó la remisión de la solicitud al funcionario competente.

En igual sentido, manifestaron inconformidad en cuanto a la respuesta emitida por la Fiscalía 61 Seccional de Bogotá en tanto que la petición de desarchivo la radicó en ese Despacho y no ante la Dirección Seccional de Fiscalías. Así mismo indicaron que la Corporación de primera instancia omitió “partir de las pruebas aportadas y que debió valorar el Juez constitucional se demuestra de manera clara y suficiente que la DECISIÓN DE ARCHIVO ES INADMISIBLE, si PROCEDE LA ACCIÓN DE TUTELA. En estos casos donde las irregularidades, el fraude procesal, la afectación de los derechos y el concierto para afectar dichos derechos es tan palmario, el JUEZ DE TUTELA debe velar por la protección real e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y también debe conducir el proceso con la mayor diligencia y tiene la obligación de llegar a la verdad del asunto”.

En esencia, solicitan se declare la nulidad del fallo de segunda instancia por: i) la supuesta indebida interpretación del problema jurídico planteado en la demanda, puesto que las

solicitudes de desarchivo y recusación, el Tribunal las resolvió como simples derechos de petición. ii) De igual manera afirman la ausencia de valoración de las pruebas que permiten llegar a la conclusión de la reactivación de la investigación penal y, finalmente advierten iii) la supuesta indebida integración del contradictorio con los indiciados.

Por consiguiente, solicitan se declare la nulidad del trámite o se amparen los derechos fundamentales reclamados en la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Conforme con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la alzada, por cuanto la decisión sobre la que recae fue proferida por un tribunal superior de distrito judicial.

1. De la solicitud de nulidad por indebida integración del contradictorio.

Según los impugnantes, la ineficacia procesal del presente trámite constitucional se presenta porque no se vincularon los indiciados dentro del radicado 2015-18946.

No obstante, el artículo 135 del Código General del Proceso, aplicable al caso en virtud del principio de remisión consagrado en los artículos 4° del Decreto 306 de 1992 y el 2.2.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015, establece, de una parte, que quien alegue una nulidad debe tener legitimación para proponerla, y de otra, que la causal derivada de la falta de notificación del auto admisorio (133.8), solo puede ser alegada por la persona afectada.

En el caso concreto, el presupuesto de legitimación para plantear la invalidación del trámite procesal no se cumple, porque quien la invoca no es la persona respecto de quien se afirma que se omitió el acto de notificación, ni su representante legal, ni explica de qué manera la omisión la afecta.

Las entidades contra las cuales se dirigió la acción, fueron debidamente integrados al contradictorio, y la Sala no encuentra inconsistencia alguna en la decisión de no vincular a los indiciados de la investigación ya referida, pues, la queja constitucional está dirigida a obtener respuesta de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a la solicitud de desarchivo radicada el 20 de enero de 2020 y de la recusación presentada en contra de la Fiscal 61 Seccional de Bogotá y del Procurador 382 Judicial I Penal de esa ciudad. Así, no se advierte de qué manera podrían resultar afectados de ordenarse la prosperidad del amparo.

Lo anterior, lleva a la Sala a negar la solicitud de nulidad, por improcedente, al verificarse la inexistencia de la irregularidad en virtud de la cual la parte actora plantea la invalidación de la actuación, y no advertirse ninguna otra.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) dispone que, y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o de los particulares. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa o su falta de idoneidad, o excepcionalmente para evitar un perjuicio irremediable.

Como punto de partida, precisa la Sala que en los eventos en los cuales los sujetos procesales elevan peticiones dentro del proceso, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, el que ciertamente tiene cabida dentro de la garantía del debido proceso y, por tanto, su ejercicio está regulado por las normas procesales que determinan la oportunidad de su ejercicio.

En efecto, en el ámbito jurisdiccional, esto es, al interior de un proceso judicial en el que el peticionario tenga la calidad de parte, sujeto procesal, víctima, interviniente, entre otras categorías posibles, el derecho de petición no tiene cabida (C.C.S.T-377/2002), pues si bien dicha prerrogativa puede ejercerse ante los funcionarios judiciales y en consecuencia éstos

se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten, también es cierto que «el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido –como también las partes y los intervinientes– a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio (artículo 29 C.P.)» (C.C. S.T-215A/2011).

3. En el presente asunto se reprocha de un lado, el silencio de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación en la recusación formulada por CÉSAR GÓMEZ y PATRICIA BRITO contra la Fiscal 61 Seccional de la Unidad de Fe Pública y Patrimonio Económico de Bogotá y el Procurador 382 Judicial I Penal de esa ciudad. Así mismo, la omisión de la funcionaria recusada de resolver la solicitud de desarchivo de la investigación 2015-18946.

En primer lugar, encuentra la Sala que durante el trámite se estableció que dos de las solicitudes presentadas por los actores el 20 de enero fueron resueltas por la Fiscalía General de la Nación a destiempo como se detalla a continuación.

La Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá el 27 de febrero de 2020 mediante la Resolución 00830 declaró infundada la recusación formulada por los accionantes en contra de la Fiscal 61 Seccional de Bogotá. Ello, luego de analizar el caso concreto con las causales contenidas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Esa decisión la notificó con oficio 0010029121 a los correos electrónicos aportados por los requirentes, de ahí que la vulneración cesó antes de la interposición de la acción de tutela.

En cuanto al desarchivo, durante el trámite constitucional la Fiscalía 61 Seccional de Bogotá resolvió no reactivar la investigación ya que, en su criterio, los accionantes no aportaron

elementos nuevos acorde con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, decisión que notificó a la parte actora.

Ante tales circunstancias, en eventos como el presente, la competencia del juez de tutela se agota al verificar la satisfacción de los derechos que se estimaron violentados, porque en virtud de tal situación procesal cualquier pronunciamiento u orden emitida por el juez constitucional carecería de objeto.

Por tanto, debe concluirse que se configura el fenómeno conocido como hecho superado, evento que sustenta la declaratoria de improcedencia de la tutela, al tenor de lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991.

En cuanto al inconformismo con lo resuelto por la Fiscalía, formulado en la impugnación, habrá de decirse de un lado, que el alcance de protección estaba dirigido a que “se le ordene a las autoridades accionadas, conforme a sus propias competencias y responsabilidades (...) se pronuncien por escrito acerca de la RECUSACIÓN planteada (...) se pronuncien acerca de la SOLICITUD DE DESARCHIVO” por tanto, resulta improcedente pronunciarse de fondo sobre la censura postulada, dado que el accionante tiene a su alcance mecanismos ordinarios, expeditos y eficaces, para satisfacer su pretensión.

En efecto, frente al inconformismo planteado con la recusación de la Fiscal, el 12 de marzo de 2020 los accionantes solicitaron ante la Fiscalía General de la Nación la nulidad de la decisión por considerarla violatoria de su derecho al debido proceso, por tanto, es ese escenario el natural para que se pronuncie la entidad, de así considerarlo procedente, y no el juez constitucional como lo pretenden CARLOS GÓMEZ y PATRICIA BRITO.

En cuanto al desarchivo de las diligencias, al estudiar en abstracto el asunto, la Corte Constitucional, entre otros tópicos, estableció que las presuntas víctimas cuentan con dos posibilidades: solicitar la reapertura de la investigación con fundamento en nuevos elementos probatorios o acudir ante los jueces con función de control de garantías para

controvertir tal determinación. (Sentencia C - 1154 de 2005)

La existencia de medios judiciales como los descritos tornan improcedente la solicitud de tutela, al tenor de lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, máxime cuando la parte actora no acreditó (ni lo avizora la Sala) encontrarse frente a una evidente situación de perjuicio irremediable que haga forzosa la intervención transitoria del juez constitucional.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T - 578 de 2010, entre muchos otros pronunciamientos en el mismo sentido, lo siguiente:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación para que proceda el amparo se requiere del agotamiento de todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, salvo que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, ha advertido que el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio”.

Finalmente, la parte actora demostró que el 20 de enero de 2020 recusó al Procurador 382 Judicial I Penal quien ejerció la agencia especial 15743 en la investigación adelantada por la Fiscalía 61 Seccional de Bogotá que decidió archivar las diligencias. Así, razón le asiste a los impugnantes en señalar que el Tribunal se equivocó al afirmar que no se demostró la radicación de la recusación, pues, de la respuesta dada por la Procuraduría General de la Nación es claro que el 5 de marzo de 2020 la Veeduría de la entidad en aplicación del Decreto 262 de 2000, remitió la queja al competente para su respectivo trámite.

A pesar de lo anterior, es palpable que se encuentra en trámite la recusación y en consideración con la actual situación excepcional por la que atraviesa el país, será suficiente exhortar a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales para que -si aún no lo ha hecho- resuelva de fondo la recusación formulada en contra del Procurador 382 Judicial I Penal de Bogotá.

Los precedentes razonamientos constituyen fundamento suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas 2, 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:

1. CONFIRMAR el fallo del 16 de marzo de 2020 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que negó la acción de tutela interpuesta por CÉSAR WILLIAM GÓMEZ CORREAL y PATRICIA BRITO CALDERA.
2. EXHORTAR a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales para que -si aún no lo ha hecho- resuelva de fondo la recusación formulada en contra del Procurador 382 Judicial I Penal de Bogotá.
3. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
4. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria