

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP13051-2021

Radicación N° 119016

Acta No. 251

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por DARÍO BLANCO VARGAS frente al fallo proferido el 19 de agosto de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual negó por improcedente la acción de tutela promovida en contra de la Fiscalía 57 Seccional de la misma ciudad, las Comisarías de Familia Cuarta de San Cristóbal y Segunda de Soacha, trámite que se extendió a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

LA DEMANDA

Los fundamentos de la petición de amparo los compendió la Sala a quo en los siguientes términos:

El accionante acudió al presente mecanismo residual y subsidiario, a fin de que se protegieran sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido

proceso, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá y por las Comisarías de Familia 4ª de San Cristóbal y 2ª de Soacha. Sustentó su petición de amparo en que ante la Comisaría 4ª de San Cristóbal presentó acción de medidas de protección por violencia intrafamiliar en contra de su compañera, la ciudadana Wendy Lizeth Mora Flórez; el 04 de enero de 2021 se celebró audiencia en la cual se aprobó entre las partes una etapa de acercamiento y/o composición, encaminada a evitar conductas violentas entre aquellos. Así mismo, se impusieron medidas de protección en su favor, a ser cumplidas por la denunciada.

No obstante, su compañera dejó de permitirle las visitas a la hija que tienen en común a partir del 14 de enero de 2021, en virtud de lo cual se escapó (según su dicho) con la menor, motivo que dio para que el accionante la denunciara ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, proceso que se le asignó a la Fiscalía 57 Seccional de esta Ciudad, dentro del radicado 110016099069202151311, autoridad que mediante decisión del 08 de marzo de 2021 archivó las diligencias por atipicidad de la conducta investigada.

Posteriormente, el 5 de abril de 2021, la ciudadana Mora Flórez lo denunció también por violencia intrafamiliar ante la Comisaría 2ª de Familia de Soacha, por hechos de ocurrencia el 22 de octubre de 2020, proceso que dio para que se impusieran medidas de protección en favor de la denunciante.

Denuncia que las tres entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, como quiera que la Fiscalía archivó el proceso sin mayor investigación previa, además, sin sopesar que actualmente no puede acudir a visitar a su menor hija, por lo que se le mantiene de parte de las autoridades demandadas desprovisto de apoyo jurídico alguno.

Bajo las anteriores consideraciones, solicitó amparo a los derechos vulnerados y las órdenes

a la Fiscalía 57 Seccional de proceder con el desarchivo de las diligencias dentro del radicado 2021-51311 y a las Comisarías demandadas que ordenen a Wendy Lizeth Mora Flórez el restablecimiento de las visitas a las que tiene derecho frente a su menor hija.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó por improcedente el amparo deprecado. Las razones de la decisión se condensan así:

1. Frente a los cuestionamientos contra la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá y que tiene que ver con el archivo de la indagación, señala que la decisión adoptada está acorde con sus facultades constitucionales, legales e independencia como ente persecutor autónomo, pues estableció, bajo su criterio jurídico, que no se reunían los elementos del delito denunciado por el accionante.

El ente instructor notificó dicha determinación a los sujetos procesales, dando así cumplimiento a lo previsto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal.

2. Señala que la solicitud del demandante de desarchivar la diligencias por esta vía resulta improcedente en razón a que, en virtud del requisito de subsidiariedad, le corresponde acudir a los mecanismos ordinarios previstos al interior de cada procedimiento, lo cual no se tiene conocimiento haya realizado.

3. En cuanto a la Comisaría Cuarta de Familia de San Cristóbal, no advierte compromiso de ninguna garantía fundamental, puesto que, conforme con la información suministrada por esa autoridad, se agotó el debido proceso previsto para el tipo de queja interpuesta por el aquí actor contra su compañera, a quien se le impusieron medidas de protección dirigidas a que aquél no siga siendo víctima de violencia, las cuales tuvieron el correspondiente acompañamiento y verificación por parte de esa autoridad.

Precisa que dicha Comisaría no tiene competencia para intervenir frente a la denuncia penal presentada por el demandante, y lo propio aduce respecto de la Segunda de Soacha, la que tampoco tiene injerencia en punto de las alegaciones por él expuestas.

4. Concluye que la petición de amparo se torna improcedente al no haberse comprometido los derechos fundamentales del actor, por la existencia de otros mecanismos judiciales idóneos para que el quejoso ventile su inconformidad respecto de la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá y por la no demostración de la ocurrencia de un perjuicio irremediables que lo haga viable excepcionalmente.

LA IMPUGNACIÓN

Fue interpuesta y sustentada por el accionante, quien expone que el fallo de primer grado no se pronunció respecto de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia que invocó en la tutela, dándole credibilidad a la fiscalía, sin estudiar de fondo su petición, pues, acorde con lo aducido por el ente instructor, el archivo de la actuación se sustentó en la atipicidad de la conducta, conclusión a la que arribó sin haber pasado dos meses desde la radicación de la denuncia, esto es, del 14 de enero al 8 de marzo de 2021 y, sin realizar una investigación previa. En ese orden, descalificó al ente investigador por actuar “con desidia total y pereza de actuar ante la eminente falta cometida por la mamá de mi hija, quien no me ha dejado ver a mi hija, dándole mal trato, con desnutrición y abandono...”.

Asimismo, manifiesta que comprometieron sus derechos y los de su hija, cuando todas las pruebas allegadas a la fiscalía resultaban suficientes para adelantar la investigación previa, preguntándose así, por qué no se realizó una indagación en el lugar de los hechos, efectuaron visitas a la menor, o se solicitó apoyo a bienestar familiar. Agrega que, como padre, a lo mínimo que puede acceder es a ver a la niña, de quien no sabe en qué situación está.

Con base en lo anotado, solicita se revoque el fallo de primer grado y, en su lugar, se amparen sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
2. Toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela en los términos del artículo 86 de la [Constitución Política](#) con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. En el asunto bajo estudio, según los términos de la impugnación, la inconformidad del tutelante radica básicamente en la determinación que adoptó la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá el 8 de marzo de 2021, mediante la cual dispuso el archivo de la indagación que se originó de la denuncia presentada por él en contra de Wendy Liseth Mora Flórez por la presunta comisión del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.
4. Al respecto, resulta necesario precisar que le compete a la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, determinar si hay lugar a formular imputación o proceder al archivo de la actuación, decisión a la cual se arriba después de realizar la valoración de estos, sin que se le pueda imponer un criterio en uno u otro sentido.
 - 4.1. De allí que, en ejercicio de dicha atribución, en el asunto referido, la Fiscalía mediante

ordenada el 8 de marzo de 2021 dispuso el archivo de la indagación, actuación en la cual no se observa que se hubiese comprometido derecho alguno al accionante, pues si se revisa el texto de aquella, con fundamento en los elementos materiales recopilados dentro de la indagación, se concluyó que la conducta denunciada era atípica. Así lo explicó:

Debe entenderse que cuando ambos padres son titulares de la patria potestad, pero a uno de ellos se le ha asignado la custodia y cuidado personal y es éste, es decir, el mismo que tiene asignada exclusivamente la custodia y cuidado personal, quien desarrolla algunas de las conductas descritas en el artículo 230 A (arrebate, sustraiga, retenga u oculte), no se configura la ilicitud, porque no podría privarse a alguien de un derecho que no tiene, en este caso, el derecho de custodia y cuidado personal que no se encuentra asignado al padre denunciante. Lo propio sucede cuando a ninguno de los padres se le ha asignado formalmente la custodia.

(...)

En el caso de estudio ninguno de estos elementos constitutivos de la infracción penal se cumple, ya que según se infiere del texto de la denuncia, el denunciante no ha ostentado a su favor la CUSTODIA del(a) menor, como tampoco se probó que su compañera y (madre) del menor tenía esa cualificación especial a la que nos hemos referido, pues no se allegó documento alguno como conciliación ante Comisario de Familia o en su defecto ante Juez de Familia, donde se le haya otorgado la custodia de la menor.- Sin embargo, se estima que del texto de la denuncia que la madre del menor es quien tiene la custodia.

Bajo esas consideraciones, acorde con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, resolvió archivar las diligencias al no constatar la conducta prevista en el artículo 230A del Código Penal.

4.2. También es importante recodar al accionante que tal procedimiento corresponde a una determinación simplemente investigativa y por lo tanto de potestad exclusiva de la Fiscalía,

que no produce efectos de cosa juzgada, lo cual significa que en cualquier momento, siempre y cuando la acción no haya prescrito, podrá solicitarse el desarchivo de la actuación en el evento que surjan nuevos elementos probatorios.

Sobre el tema, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1154 del 2005, estableció que frente al archivo de la indagación por parte de la Fiscalía General de la Nación, las presuntas víctimas pueden solicitar la reapertura de la investigación con fundamento en nuevos elementos probatorios o acudir ante los jueces de control de garantías para controvertir tal determinación. Así lo explicó el Tribunal Constitucional:

(...) el artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. Por lo tanto, el archivo de la diligencia no reviste el carácter de cosa juzgada. Así, el archivo de la diligencia previsto en el artículo 79 bajo estudio, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

La previsión de la reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas. Éstas, al igual que el fiscal, en cualquier momento pueden aportar elementos probatorios orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadenaría la obligación de reanudar la indagación.

4.3. Así las cosas, conforme lo señaló el a quo, a pesar de que la decisión emitida por la fiscalía constituye una simple orden y por lo mismo no susceptible de recursos, persiste la posibilidad para la víctima de solicitar la reapertura de la investigación y de aportar nuevos

elementos de juicio, y en el evento de presentarse controversia con la fiscalía al denegar la solicitud, surge la intervención del juez de control de garantías, quien en últimas adoptará la decisión a que haya lugar.

4.4. Entonces, contrario al parecer del censor, de lo actuado por el ente instructor, no se observa el compromiso de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, porque, como acaba de verse, la decisión que dispuso el archivo se emitió con apego a la normatividad vigente y con la debida motivación concluyó la atipicidad de la conducta denunciada, de ahí que la intervención del juez de tutela es totalmente impertinente, máxime si, como ya se dijo, el actor cuenta la posibilidad de solicitar el desarchivo de las diligencias.

Es también irrelevante el dicho del censor en cuanto a que solo habían transcurrido dos meses entre el momento de formulación de la denuncia y la decisión de la Fiscalía, pues la misma fue adoptada con apego de la norma pertinente y de los elementos de juicio allegados, de manera que, si para el ente instructor todo conducía al archivo de la actuación por la causal aludida, sin importar el tiempo transcurrido, ninguna irregularidad se observa por ese proceder.

Debe entender el demandante que la tutela no fue instituida para reemplazar al funcionario competente y por ello no es viable cuando se advierte que la persona cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales que considera lesionados, exigencia que solo admite excepción cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, situación que en este caso no está demostrada.

4.5. Ahora, si el petente considera que los derechos de su menor hija están siendo comprometidos por su progenitora, como así lo deja ver en el escrito de impugnación, está facultado para acudir ante las autoridades de familia competentes y propender por el restablecimiento de sus garantías.

5. Surge concluir que ningún derecho se comprometió al accionante con el actuar de la fiscalía, lo cual conduce a la confirmación del fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 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 el fallo impugnado.

Segundo. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Archivo: OneDrive_2021-08-30(2)(1).zip/RESPUESTA FISCALÍA 57 SECCIONAL