

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO
PALMIRA – VALLE

SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 021.-
Treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por el señor **GUSTAVO PACHECHO FERNÁNDEZ**, a través de apoderado judicial, contra la **FISCALÍA 67 LOCAL DE PALMIRA**, por considerar vulnerado sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, INTEGRIDAD PERSONAL Y DEBIDO PROCESO.

2. ANTECEDENTES

Sostiene la togada, que el 07 de julio de 2018 siendo aproximadamente las 18:00h el señor Gustavo Pachecho Fernández se dirigió hacia su casa materna ubicada en la carrera 22 # 38-39 B/ Bizerta de esta ciudad, vivienda en la cual había construido un apartamento y en la que guardaba sus pertenencias. Al llegar a la casa y pretender ingresar, su hermana María Hermencia Pachecho, su nieto y sobrina se lo impiden; razón por la cual el afectado decide acudir al CAI mas cercano a fin de solicitar acompañamiento policial, no obstante, una vez los agentes acuden a la dirección indicada son agredidos verbalmente por las mencionadas personas, aunado a ello dicen no conocer al señor Gustavo Pachecho y que las pertenencias que alude tener, no se encuentran en el lugar.

Los mencionados hechos fueron puestos en conocimiento ante la Fiscalía General de la Nación donde el entonces abogado del afectado, denuncia por la presunta comisión del delito de hurto, empero, la Fiscalía 67 de investigación y juicio de la unidad local de este municipio decide archivar las diligencias, por falta de adecuación típica. Posteriormente, se presenta nuevamente denuncia, correspondiéndole el conocimiento a la Fiscalía 86 Local, misma que, en idéntica forma, se archivó.

Así las cosas, solicita se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, administración de justicia, integridad personal y debido proceso, los cuales considera vulnerados, y se ordene a la Fiscalía General de la Nación iniciar las acciones pertinentes a la investigación por el delito de abuso de confianza, o en



su defecto se adecue la tipicidad de la conducta, en procura de reparar el daño causado; además, se asegure y garantice la entrega material de las pertenencias del accionante.

Para sustentar lo expuesto, allega como prueba copia de la decisión de archivo emanada por la Fiscalía 86 Local Palmira.

3. DEL TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio N° 031 del 17 de marzo de 2022 este Despacho asumió el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenándose la notificación de los accionados – *FISCALÍA 67 Y 86 LOCAL DE PALMIRA, VALLE*; vinculando además a i) la Fiscalía General de la Nación y ii) Sra. María Hermencia Pachecho, corriendo el respectivo traslado en aras de resguardar el derecho a la contradicción y defensa. Por otra parte, se requirió a la abogada para que aportara poder con facultad expresa para instaurar acción de tutela en nombre y representación del señor Gustavo Pachecho Fernández, a lo que la togada atendió, remitiendo poder especial suscrito por el accionante.

3.1. RESPUESTAS ACCIONADOS/VINCULADOS

En su defensa, concurre inicialmente la delegada de la FISCALÍA 86 GRUPO CASOS QUERELLABLES de esta ciudad para informar que, en efecto, conoció de la Notifica Criminal 76001699165202168532 por el delito de abuso de confianza en virtud de la denuncia instaurada por el señor Gustavo Pachecho Fernández contra la señora María Hermencia Pachecho Fernández; de la narrativa que se realizó, se pudo constatar que en la Fiscalía 67 Local se tramitó el caso distinguido bajo el N° 765206000181201802075 por el delito de hurto, relacionado con los mismos sujetos procesales (querellante y denunciado). Agrega que, en dicha oficina judicial, se realizó programa metodológico y se agotaron actos de investigación que finalmente conllevaron al titular a ordenar el archivo del caso, por atipicidad de la conducta; decisión que fue comunicada al profesional de derecho que representaba los intereses del denunciante, quien tenía la potestad de solicitar el desarchivo y, en caso que el Fiscal no modificara la decisión, acudir ante el Juez Constitucional. Sin embargo, esto no se realizó, en cambio si se formuló nueva denuncia penal, en esta oportunidad, itérese, por el delito de abuso de confianza.

Así, la Fiscal 86 Local se pronunció con una orden de archivo respecto de la noticia 76001699165202168532, ya que se estimó que se estaba violentando el principio de “nom bis in idem”, siendo este uno de los pilares fundamentales del debido proceso, además porque aun en este momento se puede solicitar el desarchivo ante la Fiscalía 67 y no colocar una nueva denuncia por los mismos hechos. Asimismo, recalca, que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2018 y en esa misma data se tramitó y archivó, por lo tanto, entre dicha data y la fecha de la segunda denuncia han transcurrido más de dos años, tiempo que



supera el término establecido en el artículo 73, de seis (6), para colocar la querrela, sin desconocer la excepción que contempla además la norma en referencia. Con todo, itera que, el Despacho de la Fiscal 86 ordenó el archivo indicando claramente los motivos de la decisión e indicando que, si a bien lo tiene, puede acudir ante la Fiscalía 67 para solicitar la reactivación de la noticia criminal 201802075, así como solicitar el desarchivo del caso bajo su custodia y, en caso, de no variar la posición acudir ante el Juez de Control de Garantías.

En consecuencia, por parte de esa instancia, aclara, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Seguidamente, se pronuncia el representante de la **FISCALÍA 67 LOCAL DE PALMIRA, VALLE**, advirtiendo en primera instancia que es cierto que en esa Oficina cursó una indagación preliminar por el delito de hurto agravado por la confianza, bajo el NUNC 765206000181201802075. Bajo autonomía judicial, la libertad probatoria y sana crítica, tras constatarse que los hechos no constituían delito, se profirió archivo de la actuación por atipicidad. De dicha decisión fue notificado el entonces apoderado judicial del señor Gustavo Pachecho Fernández, pero el profesional no manifestó deseo de impugnar la decisión de archivo (desarchivo), en el que además se deja sentado que dicha determinación puede ser controvertida ante el Juez de Control de Garantías. No obstante, posteriormente formula querrela penal por el delito de abuso de confianza, siendo los sujetos (pasivo-activo) los mismos, a lo que la Fiscalía 86 se pronunció decretando el archivo.

Con todo, resalta, que como quiera que no se han allegado surgimiento de nuevos elementos probatorios, no se reanuda la actuación; si existiera inconformidad por la entrega de unos muebles y enseres, en el margen de una mediación, no es ese Ente Fiscal el competente sino una autoridad administrativa, la que en últimas se podría acudir. Para constancia, allega copia de la orden de archivo fechada 2020/06/05.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 PROBLEMA JURÍDICO. -

Conocidos los supuestos fácticos, corresponde al Despacho Judicial determinar si es viable, a la luz de los requisitos de procedibilidad que rigen el trámite, tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor GUSTAVO PACHECHO FERNÁNDEZ y proceder, en ésta sede constitucional, a ordenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de sus delegados locales 86 y 67 de Palmira, el desarchivo de las diligencias penales, relativas con la presunta comisión de un delito de hurto agravado y/o abuso de confianza, donde el accionante figura como denunciante y afectado.



Para resolver el presente asunto, antes del análisis del caso concreto, ésta Instancia procederá a reiterar la doctrina de la Corte Constitucional en torno al principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela en casos que existe otro mecanismo idóneo y eficaz para satisfacer las pretensiones del accionante y ii) el archivo de las diligencias penales, previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004; para luego, (ii) verificar si se cumplen los supuestos requeridos en los casos sub examine.

4.1.1 Del principio de subsidiariedad en la acción de tutela. La H. Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos ha manifestado que la acción de tutela fue creada como un mecanismo excepcional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, también que es una figura de carácter **subsidiario y residual**, lo cual significa que solo es procedente cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre el punto, ha dicho la Corte: “[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”¹ (Subraya fuera del texto original).

Así, entonces, la tutela obliga al interesado a agotar todas las actuaciones administrativas y/o judiciales que tenga a su alcance, antes de acudir a la acción de tutela, pues la misma fue creada para salvaguardar derechos fundamentales y que se encuentran en inminente riesgo y no puede ser considerada como un medio alternativo a los establecidos por la Ley, en Sentencia T-150 de 2016, la H. Corte Constitucional dejó claro que: “El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior”.

¹ T-451 de 2010.



No obstante, esa Corporación ha establecido dos excepciones al principio de *subsidiariedad* de la acción de tutela: (i) *la primera, está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.* (ii) *La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección*². En consecuencia, la acción de tutela no puede, en ningún caso desplazar las actuaciones administrativas o judiciales a las que haya lugar y que el afectado debe agotar, a menos, como se dejó claro, se encuentre inmerso en alguna de las excepciones contempladas por la Corte.

4.1.2 El archivo de las diligencias previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004. Reza el artículo 79 de la Ley 906 de 2004:

“ARTÍCULO 79. 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, a través de Sentencia C-1154 de 2005 estudió, entre otras, la exequibilidad de dicho apartado normativo. En aquella oportunidad de manera pedagógica explicó la figura del archivo de las diligencias penales, aclarando, en primera medida, que, de ninguna manera, ésta constituía un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, mucho menos efectos de preclusión, pues para ello se deben dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia de un delito. En consecuencia, cuando el Fiscal ordena el archivo de las diligencias, no se está ante una decisión de política criminal que permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. En palabras de la Corte: *“El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito”* luego, *“cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo”.*

Conforme a ello, al tratarse de una figura provisional, sin que para el efecto se genere cosa juzgada, el mismo artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que

² Sentencia T-150 de 2016



permitan caracterizar el hecho como delito, **siempre y cuando no haya prescrito la acción.** En la mencionada Sentencia de Constitucionalidad, la Corte hace también hincapié en que la previsión de reanudación de la investigación busca proteger, además, a las víctimas por lo que *“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”*. Siendo entonces ésta una diligencia que afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que estas puedan expresar su inconformidad.

Con todo, al momento de solicitar la reanudación de la investigación, se presente una controversia entre la posición de la Fiscalía y el solicitante (víctima), y que esta sea negada. En este evento, como lo ha dicho el máximo tribunal, cabe la intervención del Juez de Garantías; lo que no traduce que deba existir un control judicial por la decisión de archivo, pues la Fiscalía como dueña de la acción penal, dentro de su autonomía, tiene la facultad de así declararlo; lo que habilita la intervención del Juez, es en aquellas oportunidades que, itérese, hay controversia entre la posición del Ente Acusador y la víctima en el desarchivo de las diligencias.

4.2. CASO EN CONCRETO.

En el *subjudice*, la accionante pretende por este medio se ordene a la FISCALÍA 67 DEL GRUPO DE FISCALES DE INVESTIGACIÓN Y JUICIO DE LA UNIDAD LOCAL DE PALMIRA Y/O 86 GRUPO CASOS QUERELLABLES DE PALMIRA, VALLE, la reanudación (desarchivo) de la investigación penal por el delito de hurto agravado y/o abuso de confianza, donde figura como denunciante el señor Gustavo Pachecho Fernández y denunciada la señora María Hermencia Pachecho. Al respecto advierte esta instancia desde ya la improcedencia del petitum atendiendo las consideraciones que a continuación se esbozan:

Tal y como se advirtió en consideración, la acción de tutela fue creada como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales y no como una instancia alternativa a los mecanismos judiciales existentes; la jurisprudencia constitucional en Sentencia C-1154 de 2005 estableció que, frente al archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía General de la Nación, las presuntas víctimas cuentan con dos posibilidades: i) solicitar la reapertura de la investigación con fundamento en nuevos elementos probatorios (artículo 79 de la Ley 906 de 2004) y, en caso de controversia, ii) acudir ante los Jueces con Función de Control de Garantías para debatir tal determinación, por lo que no es de recibo, entonces, alegando la presunta vulneración de derechos fundamentales, trasladar dicha discusión ante esta instancia excepcional. Del plenario se concluye, que el actor no ha agotado siquiera la primera de las posibilidades-solicitud de desarchivo de las diligencias radicadas con el numero 765206000181201802075 ante el Fiscal 67 Local-, por el contrario, trasgrediendo principios fundamentales como el del *nom bis in idem*, decide interponer una nueva denuncia penal, trayendo a colación los mismos hechos y sujetos (activo y pasivo) del año 2018; razones que justifican el porqué la Fiscal



86 Local decide archivar la denuncia 76001699165202168532, a través de orden fechada 2022/02/15.

Aunado a lo anterior, tampoco se aprecia la concurrencia de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para la configuración de un perjuicio irremediable, como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad que haga forzosa la intervención transitoria del juez constitucional, pues como se dijo, los efectos nocivos de la decisión censurada pueden ser conjurados mediante los procedimientos pertinentes. Misma circunstancia ocurre con la pretensión para adoptar medidas administrativas a efectos entregue materialmente unos muebles y enseres de propiedad del accionante; la cual deberá ser puesta en conocimiento ante el ente administrativo competente, verbigracia, Inspección de Policía.

Colofón de ello y no habiéndose superado el examen de procedibilidad de la acción de tutela para ordenar en sede constitucional el desarchivo de la denuncia penal NUNC 76001699165202168532 y/o 765206000181201802075, ni la entrega de bienes muebles, el Despacho se abstendrá de pronunciarse al respecto, en cambio sí, declara su improcedencia.

5. PARTE RESOLUTIVA:

Así las cosas, por lo anteriormente expuesto, El JUZGADO CUARTO PENAL DE CIRCUITO DE PALMIRA - VALLE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado por el señor GUSTAVO PACHECHO FERNÁNDEZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión dentro de los tres días siguientes a su notificación, REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN conforme a lo previsto en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

CAROLINA GARCÍA FERNÁNDEZ
JUEZ. -

