REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013)

Acta de Aprobación No.583
Hora: 5:30 p.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el señor **JAMES BORJA LÓPEZ**, contra el fallo proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Pereira, con ocasión de la acción de tutela instaurada contra la Fiscalía 37 Local de Pereira y la señora LUZ MARY TORO CASTRILLÓN.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de la información que aporta el señor **JAMES BORJA LÓPEZ**, se puede concretar así:

1.1.- Indica que la señora LUZ MARY TORO CASTRILLÓN, en representación de sus hijas VERÓNICA, ISABELLA y DANIELA BORJA TORO, formuló denuncia penal en su contra por el delito de *inasistencia alimentaria* ante la SAU de Pereira el 04-10-11, en virtud de la cual lo han convocado en dos ocasiones a conciliar. En la primera oportunidad no asistió debido a que no fue notificado, y en la segunda manifestó por escrito que en su criterio era improcedente esa diligencia debido a que el 13-11-09 se había efectuado entre él y la señora LUZ MARY una conciliación en la Fiscalía 9 de Tuluá (Valle), en la que acordaron responder conjuntamente por las menores -obligaciones alimentarias y afectivas-, la cual hasta la fecha ha cumplido pese a que la madre de sus hijas se trasladó a la ciudad de Pereira con sus descendientes.

1.2.- Considera que es absurdo darle trámite a una nueva demanda en su contra, puesto que incluso en caso de que estuviera incumpliendo con sus obligaciones, el competente para fijar la respectiva cuota alimentaria sería el juez familia y no la Fiscalía, por lo que al no estar acreditado el requisito fundamental establecido por el Código Penal para el delito de *inasistencia alimentaria*, la Fiscalía 37 Local de esta ciudad no debió iniciar la actuación, máxime que con anterioridad se había llevado a cabo la conciliación a la que hace referencia.

Con base en lo expuesto solicita que se ampare su derecho fundamental al *debido proceso*, y en consecuencia se declare la nulidad de toda la actuación adelantada por la Fiscalía 37 de Pereira, por violación de esa garantía constitucional.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Recibida la demanda, el despacho la admitió y le corrió traslado a las accionadas, no obstante, solo la titular de la Fiscalía 37 Local de esta ciudad ejerció el derecho de defensa en los siguientes términos:

De conformidad con la carpeta investigativa, el 04-10-11 la señora LUZ MERY TORO CASTRILLÓN, en representación de sus menores hijas, VERÓNICA, ISABELLA y DANIELA, presentó denuncia en contra del accionante por el delito de *inasistencia alimentaria*, actuación dentro de la cual se convocó para conciliación, pero el indiciado no compareció, y posteriormente se presentó e informó que se encontraba al día en sus obligaciones y en Tuluá se adelantó un proceso por los mismos hechos.

A la fecha cuenta con informe parcial del investigador en el que aparece la entrevista que se le recibió a la hermana mayor de las víctimas -la cual se encuentra a cargo de éstas, y reside en esta ciudad junto con ellas-, quien narró las circunstancias que rodean el hecho denunciado, lo que significa que la conducta aconteció en Pereira y no en Tuluá como lo asegura el tutelante, de ahí que la investigación se adelante en esta capital.

El señor **BORJA LÓPEZ** alude a una fijación de cuotas por parte del despacho a su cargo, que nunca se ha presentado, y se advierte que el actor tiene una confusión entre las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, y ello se le ha aclarado en las respuestas de los derechos de petición que ha presentado.

Solicita que no se acojan los planteamientos del accionante, puesto que carecen de fundamento jurídico.

4.- IMPUGNACIÓN

En el acta de notificación el tutelante anotó que impugna la decisión; sin embargo, no presentó ningún escrito en el que expresara los argumentos del recurso.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

Corresponde establecer a la Colegiatura si ha existido en el presente caso violación alguna del derecho fundamental que se reclama, y si es procedente la acción de tutela para aceptar la pretensión que hace el señor **BORJA LÓPEZ**.

5.2.- Solución a la controversia

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagró la acción de tutela como una forma para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, pero la condicionó a que sólo procedería cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con las manifestaciones realizadas por el señor **BORJA LÓPEZ**, entiende esta Sala que su solicitud está direccionada básicamente a obtener que por esta vía excepcional se decrete la nulidad de la actuación adelantada por la Fiscalía 37 Local de esta ciudad, en virtud de la denuncia que por el delito de *inasistencia alimentaria* presentó la madre de sus hijas, la cual considera improcedente y violatoria del *debido proceso*.

Frente a las citadas pretensiones, de entrada se advierte que en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa

judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se debe demostrar la premura de la situación y la importancia del auxilio constitucional; es decir, que no puede utilizarse como forma de evadir los procesos ordinarios o especiales contemplados de manera general por la ley.

En la sentencia T-313 de 2005, frente a lo anterior la H. Corte Constitucional indicó:

> "[…] La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. **Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad** y la inmediatez.
>
> El primero está relacionado con la necesidad que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria.[1]
>
> **El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales**. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones."

Acorde con lo anterior, la pretensión del actor no puede ser de recibo, no solo porque el juez de tutela no puede entrometerse en asuntos que corresponden a otras autoridades, como lo en este caso la Fiscalía 37 Local de esta ciudad, sino también porque no se observa vulneración alguna del *debido proceso* ni ninguna amenaza frente a sus derechos fundamentales; por el contrario, se advierte que la actuación se ha llevado a cabo de conformidad con los parámetros legales.

---

[1] En relación con la subsidiariedad de la acción de tutela pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-297/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-449/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-300/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

No es cierto que la citada Fiscalía carezca de competencia para conocer el proceso, como lo asevera el tutelante, toda vez que la denuncia fue instaurada en esta ciudad y al parecer por hechos que también se presentaron aquí, según lo pudo establecer ese despacho en el desarrollo de su programa metodológico, por ende, se trata de un suceso diferente -aunque sea por el mismo delito-, al que en su momento conoció la Fiscalía 9 de Tuluá.

Tampoco le asiste razón al demandante en cuanto a que el asunto solo puede ser tramitado por un juez de familia, puesto que no se trata de un proceso de alimentos o de fijación de cuota, sino de una denuncia por la conducta punible de *inasistencia alimentaria*, cuya etapa de investigación debe ser adelantada por la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, que es precisamente lo que sucede en este caso, y en el evento de considerar que se reúnen los presupuestos para vincular al indiciado a la actuación penal mediante la comunicación de cargos, hará las solicitudes correspondientes ante la judicatura.

Así las cosas, el escenario en el que el actor debe plantear los argumentos dados a conocer mediante este mecanismo constitucional, tendientes a demostrar su inocencia frente al punible por el que está siendo investigado, es el proceso penal, en el cual tendrá la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, adjuntar las pruebas con las que cuente, y en el que se le deben respetar todas sus garantías legales y constitucionales.

En ese sentido, se itera que no encuentra esta Sala ninguna afectación a los derechos fundamentales del actor susceptible de ser amparada por esta vía, tal como lo concluyó la funcionaria de primer nivel y lo expuso la representante de la Fiscalía, ni tampoco la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable que haga procedente este mecanismo.

Respecto a lo que sí considera la Colegiatura debe hacerse una precisión, como quiera que por parte de la señora juez de instancia no se hizo alusión alguna, es con relación a que la demanda de tutela haya sido dirigida también contra la señora LUZ MARY TORO CASTRILLÓN, persona natural contra la cual en principio no procede la acción de tutela, puesto que este mecanismo constitucional no está diseñado para oponerse a actos de particulares, salvo por vía de excepción.

Precisamente sobre ese particular tópico, en la sentencia T-012/12 la H. Corte Constitucional reiteró lo siguiente:

"[…] **3. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Reiteración de jurisprudencia**

3.1. Al analizar lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, esta Corporación en múltiples oportunidades ha sostenido que en esa disposición se confía a la ley la posibilidad de establecer los casos en los cuales la acción de tutela procede contra particulares cuando: **(i) prestan un servicio público; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. Mientras que el primer supuesto es objetivo, los otros dos, requieren de valoración fáctica en cada caso, sin olvidar la relación existente entre las partes.**

3.2. La mencionada disposición constitucional fue desarrollada expresamente por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, siendo objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-134 de 1994, en la que se declararon inexequibles algunos de sus apartes y exequibles otros, bajo el entendido de que "*la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por violación de cualquier derecho constitucional fundamental".*

3.3. Debido a que los hechos materia de análisis por esta Sala de Revisión, pueden enmarcarse en uno de los supuestos de la tercera circunstancia que hace procedente la acción de tutela contra particulares, en la misma se reducirá la presente referencia dogmática.

3.4. En efecto, mientras que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia que tiene su origen en la obligatoriedad de un orden jurídico o social determinado, como la que se presenta entre los trabajadores frente a sus empleadores, o con los estudiantes respecto de los profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica dependencia de una persona respecto de otra, ella emana de situaciones de naturaleza fáctica, en cuya virtud, la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como la posibilidad de respuesta oportuna, inmediata y efectiva ante la vulneración o amenaza de la que se trate.

3.5. Es decir, el estado de indefensión se manifiesta cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular, se encuentra inerme o desamparada, esto es, sin medios físicos o jurídicos de defensa, o cuenta con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental. De allí que en cada caso concreto, debe el juez de tutela apreciar los hechos y circunstancias, con el fin de determinar si se está frente a una situación de indefensión, para que proceda la acción de tutela contra particulares […]"

En acatamiento a lo anterior, para esta Sala la acción de tutela contra la señora TORO CASTRILLÓN es improcedente porque no es un particular que preste servicios públicos, su conducta no afecta el interés colectivo, y el solicitante no se halla en estado de subordinación o indefensión frente a ella.

En conclusión, se aprecia que no existe un motivo que lleve a esta Sala a decir que es imprescindible la intervención constitucional, toda vez que se trata de un conflicto que debe ser abordado en la jurisdicción competente, esto es, en el interior del proceso penal adelantado en contra del accionante por el delito de *inasistencia alimentaria*; por tanto, se confirmará la decisión adoptada por la juez de primera instancia, con la aclaración hecha en precedencia.

6.- DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República, por mandato de la Constitución y de la Ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ
-con impedimento-

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ