REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)

Acta de Aprobación No 022
Hora: 8:20 a.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el señor **JUAN FRANCISCO RUIZ OSORIO**, contra el fallo proferido por el Juez Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por él, en la que es accionada la Fiscalía 35 Local SAU de Pereira.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea en el escrito de tutela el señor **RUIZ OSORIO,** se pueden concretar así:

- El 05-10-14 a las 10:30 a.m. fue abordado por tres desconocidos que intentaron hurtarlo, quienes le manifestaron estar armados y amenazaron con secuestrarlo de no hacer lo que le ordenaban, él atacó a uno de ellos y logró escapar. Luego, con la colaboración de la Policía identificó a los referidos sujetos, a quienes se les dio captura y se les incautó un cuchillo. En ese momento lo amenazaron nuevamente.

- Los agentes del orden le informaron que los aprehendidos hacen parte de una banda dedicada al hurto de teléfonos celulares.

- En esa misma fecha presentó la respectiva denuncia en la URI y aportó una dirección de notificación.

- El 12-11-14 recibió citación de la Fiscalía 35 Local SAU para asistir a audiencia de conciliación el 15-11-14 a las 12m, la cual tenía la advertencia de ser obligatoria y que la inasistencia del querellante daría lugar al archivo de las diligencia.

En virtud de lo anterior considera afectados sus derechos a la "esperanza", acceso a la administración de justicia, debido proceso, vida digna e integridad personal, por cuanto de realizarle la citada conciliación los agresores posiblemente tendrán acceso a su datos personales, lo cual ante las amenazas recibidas lo pone en una situación de vulnerabilidad propiciada por el despacho en mención. Adicionalmente, en su criterio la acción penal debe adelantarse por el delito de hurto calificado y agravado no por hurto simple como fue tipificado por la Fiscalía encargada.

En consonancia con lo expuesto solicitó: (i) se revoque la decisión de llamar a audiencia de conciliación; (ii) se declare la improcedencia de la misma, ya que el delito del que fue víctima (hurto calificado y agravado) es investigable de oficio; (iii) se determine que esa actuación desconoce sus derechos, e incluso, pone en peligro su vida; (iv) se ordene a la Fiscalía iniciar la acción penal contra los implicados en el caso radicado al No 660016000035201404221 por el delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa; (v) se le ordene a la Fiscalía que de acuerdo con el programa de protección a víctimas vigente, le asigne una medida de protección que le brinde seguridad según su nivel de riesgo, y en consideración a que los agresores están en libertad; y (vi) se ordene a la titular del despacho fiscal accionado pedirle perdón por escrito.

De igual forma solicita como medida provisional que se ordene a la demandada no archivar la investigación por su inasistencia a la audiencia de conciliación, y adelantar la acción penal hasta el proferimiento de sentencia.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Una vez recibida la demanda el juzgado de instancia la admitió, negó la medida provisional invocada por el accionante, y corrió el respectivo traslado a la Fiscalía accionada, entidad que se pronunció por intermedio de su titular en los siguientes términos:

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar la improcedencia de la diligencia de conciliación por parte del señor **RUIZ OSORIO**, máxime cuando éste nunca hizo manifestación alguna al despacho a su cargo de la inconformidad frente a la programación de esa actuación y el deseo de no querer asistir para confrontar a sus victimarios, como medio expedito para poder brindarle los derechos que tiene en su condición de ofendido.

La actuación se encuentra en una etapa preprocesal en la que era necesario agotar la conciliación al tratarse de un delito querellable (tentativa de hurto agravado), pero ante la manifestación de la víctima de no querer conciliar, no se citará nuevamente a las partes, sino que se dará inicio a la acción penal, a consecuencia de lo cual el pretendido "derecho innominado a la esperanza" está vigente y pendiente del resultado de las averiguaciones.

Sea como fuere, debe ser el fiscal radicado a quien se le asigne el asunto quien determine posteriormente y de acuerdo con el desarrollo del programa metodológico, si procede la variación jurídica de la tipificación inicial hecha por el Fiscal URI, ya que a esa sala de atención al usuario solo le corresponde la conciliación como requisito de procedibilidad. Por tal motivo, no puede pretender el accionante que se le pida perdón, cuando esa delegada cumplió con diligencia y prontitud la obligación constitucional y legal que le ha sido asignada.

La protección en calidad de víctima solicitada por el accionante es competencia de la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos, la cual evalúa si éste reúne o no los requisitos para ello, pero eso debe adelantarlo ante la Fiscalía radicada.

No se han vulnerado los derechos fundamentales invocados por el tutelante, toda vez que se le dio el trámite legal pertinente, y en ningún momento se le ha negado el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, derechos que fueron materializados al brindarle la oportunidad de interponer la denuncia y ratificar los hechos como efectivamente se hizo por intermedio de la policía judicial, según se establece en el formato único de noticia criminal FPJ12 del 05-10-14.

El Fiscal URI de turno al valorar el procedimiento y la actuación fundamentó su orden de libertad en la ausencia de elementos materiales probatorios y evidencia física que le permitieran en su momento realizar una audiencia de

formulación de imputación, ya que solo se contaba con la versión del ofendido.

3.2.- Agotado el término constitucional, el despacho de primera instancia profirió fallo adverso a los intereses del actor, por cuanto consideró que el amparo deprecado era abiertamente improcedente al no ser el escenario apropiado para ventilar inconformidades que deben plantearse en el interior del proceso penal, máxime cuando previamente el accionante no acudió a la entidad demandada a efectos de encontrar una solución a la situación que en su criterio afectaba sus derechos fundamentales, y la tutela no puede suplir su inactividad en ese sentido. Concluyó entonces que el tutelante desconoció el carácter subsidiario de la acción al no acudir a la vía judicial con la que cuenta, y no se avizora un riesgo o perjuicio irremediable que haga viable el mecanismo de manera transitoria.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno el accionante presentó escrito mediante el cual impugnó la decisión adoptada por el juez de primer nivel, con fundamento en los siguientes argumentos:

Es equivocada la apreciación del señor juez pues si bien es cierto existe la obligación de agotar los mecanismos legales ordinarios antes de acudir a la acción de tutela, en el caso presentado no existían recursos legales contra la citación a audiencia.

El oficio en el que se le comunicó la fecha de la diligencia lo recibió el 12-11-14, y la conciliación se fijó para el 15-11-14 a las 12:00 p.m., es decir, solo contaba con dos días para realizar cualquier manifestación de inconformidad ante la Fiscalía, por lo que debido a la premura del tiempo, y ante el posible archivo de las diligencias, consideró que no existía ningún mecanismo judicial idóneo de naturaleza ordinaria diferente a la tutela. Adicionalmente, siendo una instancia administrativa no estaba obligado legalmente a acudir ante ese despacho para que revaluara el llamado a conciliación, según lo consagra el artículo 9 del Decreto 2591/91.

En atención a que la vulneración de sus derechos fundamentales era inminente, y realmente se daban las circunstancias que podían configurar un perjuicio irremediable, interpuso la acción de tutela el 13-11-14, tal como consta en el acta de reparto.

En todo momento ha sido diligente al acudir a la administración de justicia, ayudó a la captura de los sospechosos, presentó la denuncia respectiva, estuvo atento a las notificaciones y llamados que hiciera el fiscal competente, y ha cumplido con todos los deberes que se le exigen como ciudadano y víctima de un delito; no obstante, la citación a audiencia de conciliación desborda la esfera constitucional y legal que estuviera en el deber de cumplir, y en la comunicación solo se consignó que la ausencia injustificada daba lugar al archivo, y no se mencionó que fuera procedente algún recurso para atacar la determinación de la Fiscalía.

Acudir al ente acusador para manifestar el malestar que sentía respecto de una actuación que en su criterio era ilegal, era algo inoficioso, por cuanto la mera citación era por sí misma vulneradora de derechos y desconocía el marco legal consagrado tanto en el Código Penal y como en el de Procedimiento Penal.

De acuerdo con lo consignado en el auto admisorio, el 18-11-15 presentó un escrito ante la Fiscalía 35 Local SAU para justificar su inasistencia a la audiencia de conciliación.

Comparte con el fallador de instancia que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y excepcional, pero contrario a lo concluido por ese funcionario, en el presente asunto sí se configuró la posibilidad de que se presentara un perjuicio irremediable, por cuanto la asistencia a la mencionada audiencia era verse confrontado con sus victimarios, por lo que de haberse realizado una valoración adecuada de los hechos manifestados, inequívocamente se hubiera advertido que existía ese riesgo, y por ello era procedente el amparo deprecado.

Con fundamento en lo anterior solicita se revoque la determinación adoptada por el juez de primera instancia, y en su lugar se acceda a todas sus pretensiones. Así mismo, se solicite informes a la Fiscalía accionada sobre las pruebas ordenadas, a efecto de verificar con el expediente lo expresado en la acción de tutela.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito Especializado 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 planteado

Se contrae a establecer el grado de acierto o desacierto de la determinación de primera instancia, por medio de la cual se negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales reclamados en la demanda de tutela.

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 éstos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, pero la condicionó a que solo 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.

Sobre el particular en la sentencia T-313/05, 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

[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.

> 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."

De conformidad con las manifestaciones realizadas por el señor **RUIZ OSORIO**, entiende esta Sala que su solicitud está direccionada básicamente a la protección de sus derechos a la "esperanza", acceso a la administración de justicia, debido proceso, vida digna e integridad personal, por cuanto considera que la citación para la diligencia de conciliación a la que fue convocado por la Fiscalía 35 Local SAU, atenta contra esas garantías, ya que de asistir las personas que intentaron hurtarlo y amenazaron con hacerle daño, posiblemente tendrían conocimiento de sus datos personales, lo que lo pone en una situación de vulnerabilidad propiciada por el despacho en mención. Adicionalmente, porque en su criterio la acción penal debe adelantarse por el delito de hurto calificado y agravado, y entonces nunca debió ser llamado para ese tipo de diligencia al tratarse de un punible investigable de oficio.

En consonancia con lo expuesto por el juez de primer nivel y en contraposición a lo alegado por el accionante, para la Colegiatura el amparo presentado es completamente improcedente y desconoce la subsidiariedad de la acción de tutela, puesto que sin haber agotado previamente la vía judicial que se tenía al alcance y sin que existiera el riesgo o amenaza de un perjuicio irremediable o la afectación de derechos fundamentales, se valió de este mecanismo excepcionalísimo para realizar peticiones que según su criterio pondrían fin a la situación apremiante en la que asegura se encuentra.

Contrario a lo argumentado por el actor en la impugnación, se debe precisar que no se observa cuál es el fundamento que tiene para asegurar la supuesta vulneración de las garantías que invoca por parte del ente fiscal accionado, lo cual tampoco se advierte de los hechos dados a conocer en el escrito de tutela, como pasará a analizarse continuación.

Nótese que el accionante manifiesta una serie de situaciones antecedentes a la que dio origen a la presente acción, y de las mismas no se infiere cuál es el perjuicio o detrimento directo para sus garantías constitucionales, toda

vez que se limita a decir cuáles son las razones por las que no comparte la decisión de haber sido citado a conciliación y la conducta por la que se está adelantando la investigación, pero no en qué lo afecta esa determinación en relación con sus personales garantías constitucionales, puesto que en últimas, lo único que según se extrae de sus afirmaciones podría afectarlo, sería el verse confrontado con sus victimarios y el que se hubiera archivado la investigación, lo cual según lo dio a conocer la delegada de la Fiscalía en su respuesta, la investigación continuará y no se convocará nuevamente a conciliación en vista de la falta de ánimo conciliatorio del señor **JUAN FRANCISCO**.

Tan cierto es lo dicho, que la misma funcionaria puso de presente que el asunto ya pasó, como corresponde, a un fiscal radicado, quien es la autoridad legalmente facultada para tipificar provisionalmente la conducta y para adelantar la investigación conforme a un programa metodológico. Y en cuanto a la no comparecencia a la conciliación por los motivos aducidos, bastaba simple y llanamente ponérselos de presente a la delegada de la URI para que se entendiera su deseo justificado de no comparecer a la audiencia de conciliación, y así tomar las determinaciones más convenientes con miras a no afectarlo más allá de lo estrictamente necesario. Luego entonces, lo anterior traduce que la convocatoria del juez constitucional por la vía de la acción de tutela constituía un desgaste innecesario.

Pero en todo caso, sea como fuere, esa potencial afectación que en su criterio se presentó, de manera alguna puede ser endilgada a la Fiscalía, como quiera que, se repite, el ahora accionante debió poner en conocimiento del ente investigador esa situación de riesgo en la que consideraba estar para que le brindaran la protección, al ser la única forma del ente acusador tener conocimiento de la misma. No se trata por tanto de que hubiese sido o no citado a conciliación, porque en el caso hipotético de que la acción penal se adelantara por el delito de hurto calificado y no hubiera sido necesario agotar ese requisito de procedibilidad, la citación pudo ser para otro tipo de diligencia, como podría ser audiencia de formulación de imputación o solicitud de preclusión, precisamente para garantizarle sus derechos como víctima, evento en el que también tendría que verse confrontado con los indiciados, como quiera que es lo que normalmente ocurre en un proceso penal.

Si el actor se hubiese acercado a la Fiscalía para contar la situación que en su criterio representa amenaza para su vida y su integridad física, incluso antes de ser convocado para audiencia de conciliación, o una vez recibió la

citación hubiese manifestado su deseo de no asistir a la diligencia de conciliación por las razones que considera fundadas, muy probablemente la titular del despacho encargado no solo hubiese cancelado esa diligencia sino que además hubiera iniciado los trámites pertinentes para que se hiciera el estudio de procedencia de una medida de protección en su calidad de víctima por parte de la dependencia encargada, en virtud de la obligación establecida en el artículo 113 de la Ley 906/04[2]. Pero como ello no fue así porque éste decidió acudir directamente a la acción de tutela, hasta el momento ese ente no ha podido brindarle la seguridad que asegura requiere y el trámite deberá realizarlo ante el fiscal radicado a quien le correspondió el conocimiento del asunto.

Entonces no se observa de ninguna manera que la actuación de la accionada haya ido en detrimento de sus derechos fundamentales, sino que por el contrario, estuvo enmarcada dentro de la normativa penal procesal vigente, en cumplimiento de las obligaciones legales inherentes a su cargo y con fundamento en el procedimiento establecido para delitos como el que se adelanta la investigación, situación diferente es que no comparta ese proceder ni la denominación jurídica que se le dio a la conducta de la que fue víctima, discrepancia que por sí sola no constituye una violación de sus garantías constitucionales, dado que para expresar las inconformidades que en ese sentido tiene, debe hacerlo en el interior del proceso penal y no mediante un mecanismo de esta naturaleza.

No puede olvidarse que corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, en virtud de lo cual es ese ente quien tiene la facultad para determinar la calificación que da a las conductas materia de investigación de acuerdo con el programa metodológico adelantado y los elementos probatorios válidamente allegados a la actuación. Adicionalmente, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, el delito de hurto simple -agravado o no- es querellable, y según lo consagrado en el canon 522 ibídem la conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, y si hubiere acuerdo procederá a archivar las

---

[2] "[…] La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad. Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos […]".

diligencias; en caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, y la inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión.

Precisamente la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 68111 del 18-07-13, al resolver un recurso de impugnación contra una acción de tutela donde la pretensión es similar a la que aquí se presenta, refirió:

> "[…] Adicionalmente, observa la Sala que el proceso seguido en contra de **URBANO BERRERA** se encuentra en curso, luego será en ese escenario donde a través de los medios de defensa judicial podrá reclamar el amparo de las garantías fundamentales que considera conculcadas, pues **como reiteradamente lo ha dicho la Corte al juez de tutela tampoco le es permitido intervenir en procesos en curso, no solo porque desconoce la independencia y la autonomía de que está revestido el juez natural para tramitar y resolver los asuntos de su competencia, sino porque tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró el mecanismo de amparo para la protección de derechos superiores**, mas no para su declaración […]".

Acorde con lo discurrido, es evidente que no se configura ni siquiera la mínima posibilidad de un perjuicio irremediable, porque como ya se dijo, no solo no existió ninguna situación que pusiera amenazara los derechos fundamentales respecto de los cuales se solicitó la protección, sino que además la situación que expuso el actor generaría riesgo inminente para su vida y su integridad no tendrá lugar en cuanto la investigación se llevará a cabo sin citarlo nuevamente a diligencia de conciliación. En todo caso, el accionante debe iniciar ante la Fiscalía radicada el trámite pertinente para que le sea asignada la medida de protección que reclama por intermedio de este amparo.

No sobra decir además, que tampoco observa la Colegiatura que los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor **RUIZ OSORIO** hayan sido quebrantados, ya que precisamente en virtud del ejercicio de esas garantías fundamentales: (i) pudo instaurar la denuncia penal que dio origen a la investigación en cita; (ii) la Fiscalía adelanta una investigación penal con ocasión de los hechos puestos de presentes por él; (iii) se intentó agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación; y (iv) la actuación pasará a una Fiscalía radicada para que continúe con el trámite pertinente.

Acorde con lo anterior, se confirmará el fallo objeto de recurso.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y 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 JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ