

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

ATP1379-2018

Radicación n° 99004

Acta 219

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Sería del caso pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por el accionante Pedro Manuel Cucunubá Tornett, a través de apoderado judicial, frente al fallo proferido el 18 de mayo del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante el cual se declaró improcedente la tutela interpuesta para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 97 Seccional de esa misma ciudad, de no ser porque se advierte la necesidad de invalidar la actuación.

ANTECEDENTES

I. HECHOS Y FUNDAMENTOS

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional, las pretensiones del demandante y los informes, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal a quo, de la

forma como sigue:

Del libelo de la demanda y sus anexos se extrae: (i) Pedro Manuel Cucunuba está siendo investigado¹ por el presunto delito de omisión del agente retenedor o recaudador², asunto asignado a la Fiscalía 97 Seccional de esta ciudad. (ii) Asegura que desde que ocurrieron los hechos materia de investigación, han transcurrido más de cinco (5) años, razón por la cual, le requirió al ente investigador que solicitara la preclusión de la investigación, la cual fue negada sin fundamento jurídico alguno³. (iii) Dice que contra la decisión de la Fiscalía interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación⁴, sin que a la fecha de interposición de la acción constitucional haya pronunciamiento alguno. (iv) Menciona que, de conformidad con la situación fáctica y procesal, lo procedente es ordenar la prescripción de la acción penal según lo previsto en los artículos 80,84 y 85 del C.P, en virtud que se cumplen los requisitos para tal fin. (v) Asegura que la presente acción constitucional es procedente por que cumple con los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, se configura la vulneración de un derecho fundamental, y concurre la subsidiariedad e inmediatez. (vi) Finalmente requiere que el juez constitucional le ordene a la Fiscalía 97 Seccional, que solicite la preclusión y los archivos de las diligencias radicadas con número de SPOA 760016000199201800082.

La fiscal 97 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, explica: (i) Que en efecto, los hechos investigados guardan relación con dineros no consignados a la DIAN por parte del accionante, por concepto de retención en la fuente de periodo 1 de 2006 y por Impuesto sobre las Ventas periodos 6 de 2006 y 2 de 2007. (ii) Que al Juzgado 24 penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, le fue asignado el asunto para llevar a cabo la audiencia de imputación, la cual no se ha podido realizar por diferentes motivos⁵.(iii) Que si bien es cierto la doctora Nubia Mabel González Álvarez de la División de Gestión de Cobranzas de la DIAN ha indicado que la “acción de cobro” ha prescrito para las obligaciones de retención 2006 periodo 01, ventas 2006, ventas 2007 periodo 2, dicha acción es por el proceso de cobro coactivo administrativo; empero, que

debe tenerse en cuenta que el proceso penal es independiente, por tanto, las obligaciones que prescribieron dentro del proceso tramitado en la DIAN, no afectan el proceso penal. (iv) Rememora que el sistema penal acusatorio, es un sistema de partes, y que si bien la acción penal está en cabeza de la Fiscalía, el único facultado para decretar la preclusión es un Juez, por tanto, le está vedado realizar el archivo como lo demanda. (v) Respecto de los recursos que fueron interpuestos contra el oficio del 20 de abril de 2018, en oficio del 4 de mayo se le explicó que era un acto de mera comunicación, contra el cual no procede recurso alguno. (vi) Que no se evidencia de qué manera se han afectado sus derechos fundamentales, pues por parte de esa delegada se le ha informado cuál es el procedimiento a seguir, además, que en este caso, la tutela se torna improcedente porque cuenta con todo el proceso penal para lograr sus objetivos.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, declaró improcedente el amparo, por considerar que el actor tiene la posibilidad de solicitar la preclusión ante el Juez ordinario en la etapa de juzgamiento, con base en los elementos materiales probatorios allegados.

Adujo que la Fiscalía accionada no vulneró el derecho de igualdad en relación con otras personas, por cuanto esta actuó dentro del marco de la autonomía e independencia que le es otorgado por la Constitución y la ley.

Finalmente, afirmó que no se evidencia ninguna irregularidad en el proceso penal, pues está en trámite conforme a la ley 906 del 2004.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el gestor de la acción constitucional, quien consideró que el fallador de primera instancia incurrió en error de hecho y derecho, por cuanto no tuvo presente los

argumentos expuestos en su postulación constitucional.

Insistió en el archivo y/o preclusión de la investigación, debido a que: (i) la acción de cobro prescribió, según los mandamientos de pago nº 1663 del 30 de noviembre de 2010 y resolución de ejecución del 6 de noviembre de 2011, expedido por la DIAN, (ii) desde ese entonces hasta hoy, han transcurrido mucho más de 6 años, y, (iii) dentro de la actuación penal aún no se han realizado las audiencias preliminares.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el canon 1º, numeral 4º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, cuyo superior funcional lo es esta Corporación. Sin embargo, se decretará la nulidad de lo actuado porque no se integró en debida forma el contradictorio, toda vez que de la lectura del libelo de tutela y sus anexos, fácilmente se desprende devenía imperante el llamamiento a la DIAN.

2. Si bien el tutelante no relacionó a la mentada parte como vulneradora de su garantía constitucional, era obligación del juez constitucional analizar íntegramente el contenido del escrito petitorio y sus anexos para determinar si existían otros terceros con interés en las resultas de la actuación tutelar. En esa medida, de acuerdo con la respuesta de la autoridad judicial accionada y lo esbozado por el actor su postulación constitucional, figura la DIAN como víctima dentro de la investigación penal que realiza la Fiscalía 97 Seccional, por lo que, resultaba diáfana la vinculación pues podría verse afectada con la decisión que se adopte al resolver la petición de amparo propuesta.

3. Así las cosas, de los artículos 16 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992, surge como requisito de procedimiento que tanto la iniciación, como las decisiones adoptadas en el «(...) trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a

los intervinientes. Para este efecto, son partes la persona que ejerce la acción de tutela y el particular, la entidad o autoridad pública contra la cual se dirige la acción de tutela”.

Adicionalmente, es obligación del “(...) juez velar porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa».

4. La necesidad de enterar a todos los demandados de la acción instaurada en su contra, y a los terceros que puedan resultar perjudicados con el fallo, dimana del mandato legal y de la doctrina constitucional. Ésta, por ejemplo, mediante pronunciamiento CC T-293/94, ha establecido que:

(...) Una vez formulada la petición de tutela debe iniciarse el procedimiento correspondiente y el juez debe buscar –con miras a la garantía del debido proceso— que se notifique, acerca de la acción instaurada, a aquél contra quien ella se endereza. Así lo ha dispuesto el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 16.

Y ha agregado que:

El objeto de tal notificación es el de asegurar la defensa de la autoridad o del particular contra quien actúa el peticionario y la protección procesal de los intereses de terceros que puedan verse afectados con la decisión.

En cuanto alude específicamente a la persona sindicada de violar o amenazar derechos fundamentales, debe tener la oportunidad de dar sus razones e inclusive de desvirtuar lo afirmado en su contra.

Reitera la Corte que, cuando se establezca sin lugar a dudas que la sentencia de tutela ha sido proferida por el juez sin hacer el menor esfuerzo por facilitar el acceso del demandado a la actuación procesal para los fines de su defensa, es decir, cuando el fallador ha preferido conformarse con conocer tan solo una de las versiones –la de la parte actora-, sin cuidarse

de procurar el conocimiento de lo que tenga que decir aquel contra quien se actúa, hay una clara violación al debido proceso y la consecuencia de ella no puede ser otra que la nulidad de lo que, sobre la base de ese vicio, se ha adelantado procesalmente.

5. En síntesis, la actuación surtida en primera instancia comporta un claro defecto procedimental en virtud del cual no sobreviene alternativa distinta para la Sala que la de decretar la nulidad de lo actuado por el a-quo, a fin de que se tramite y profiera la decisión que corresponda con respeto de las garantías fundamentales incoadas, esto es, vinculando en el presente trámite de tutela a la DIAN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Decisión Penal de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la NULIDAD de lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago Cali, desde el auto de fecha cuatro (04) de mayo de 2018, mediante el cual asumió su conocimiento, inclusive; con excepción de las pruebas practicadas, las cuales conservan su entera validez.

SEGUNDO: En consecuencia, vuelvan las diligencias a la citada Sala para que provea lo necesario de acuerdo con lo reseñado en esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

2 Radicado SPA Nº 760016000199201800082

3 Folio 8 C.O

4 Folio 6 C.O. Fecha de presentación de los recursos 26 de abril de 2018

5 El 21 de marzo de 2018 por excusa de la defensa: el 7 de mayo de 2018, la audiencia anterior de ese despacho se prolongó, finalmente se reprogramó para el 30 de mayo del año que transcurre.