

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP11910-2018

Radicación N° 100402

Acta 318

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Procede la Sala a pronunciarse, en primera instancia, acerca de la demanda de tutela interpuesta por MARCO TULIO ESPINOZA MESA, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, a quien acusa de vulnerar su derecho fundamental al debido proceso, dentro del asunto penal que se adelanta en su contra por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, en actuación que vinculó al Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, así como a los sujetos procesales y partes e intervinientes del citado diligenciamiento.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

DE LA ACCIÓN

Acude al presente reclamo constitucional MARCO TULIO ESPINOZA MESA, al considerar que la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, incurrió en irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso en el trámite de la actuación penal que se adelanta en su contra por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

En sustento señaló que, el 22 de junio de 2018, previo a dar inicio a la audiencia en la que se formularía la acusación por la mencionada conducta punible, su defensor solicitó a la Juez 5º Penal del Circuito de Conocimiento de Ibagué decretara a su favor la preclusión de la investigación, al configurarse la causal 1º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal -inexistencia del hecho investigado-, toda vez que la Sociedad que representa se encuentra en un proceso de reorganización empresarial, conforme a la Ley 1121 de 2006, solicitud admitida por la Superintendencia de Sociedad, de manera que en virtud de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 y lo dispuesto por la Sala de Casación Penal en sentencia del 18 de marzo de 2015, radicado 42822, se genera la imposibilidad de la acción penal de la conducta punible prevista en el artículo 402 del Código Penal, sin embargo, la funcionaria judicial en una irrazonable interpretación de la normatividad, trajo a colación elementos no previstos por el artículo 665 del Estatuto Tributario, como la comprobación de aspectos sustanciales y operacionales del proceso de reorganización de acreencia, negó la solicitud; defecto que se reiteró por parte del Tribunal accionado al resolver el recurso de apelación que se interpuso contra dicho proveído, pues confirmó la negativa a decretar la preclusión.

En extenso se dedica a señalar porqué se imponía para la judicatura acceder a su pretensión, en tanto el artículo 665 del Estatuto Tributario, contempla como único requisito para que se configure la causal de extinción de la acción penal y/o cesación de procedimiento, la comprobación de que la sociedad por la cual se adelantó el proceso de omisión del agente retenedor o recaudador, se encuentra inmersa en un proceso de reorganización de que trata la Ley 1116 de 2006, tal cual incluso lo reconoció la Sala de Casación Penal, en la sentencia del 11 de agosto de 2015, radicado 45194, aspecto que, incluso como lo aceptan los accionados, se encuentra acreditado.

Por lo anterior, solicitó el amparo de sus derechos, en consecuencia, se deje sin efectos la decisión de segunda instancia emitida el 19 de julio de 2018, para que en su lugar, se le ordene el Tribunal resolver la preclusión de la investigación, si exigir requisitos diferentes a

los establecidos en el ya mencionado artículo 665 del Estatuto Tributario.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Avocado su conocimiento, se ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionada y vinculadas para que ejercieran el derecho de contradicción y aportaran la información pertinente.

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, allegó copia de la decisión objeto de censura, advirtiendo que la misma no comporta arbitrariedad alguna, en tanto allí se expusieron las razones fácticas y jurídicas que conllevaron a confirmar la negativa a decretar la preclusión solicitada a favor del accionante
2. Por su parte, la titular del Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento de Ibagué, dijo conocer de la fase de juzgamiento del proceso adelantado contra MARCO TULIO ESPINOZA MESA, como presunto autor de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, dentro del cual hasta el momento no se ha podido realizar la respectiva audiencia en la que se formulará la acusación por diferentes aplazamientos impetrados por la defensa.

De otra parte, expuso los fundamentos fácticos y jurídicos que la llevaron a no acceder a la petición de preclusión solicitada a favor del procesado accionante.

3. La Fiscal 26 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Ibagué, solicitó negar el amparo invocado, como quiera que las decisiones censuradas estuvieron soportadas en fundamentos fácticos y jurídicos acordes a lo solicitado, pues al no haberse demostrado que la obligación tributaria que reclamaba la DIAN como no cancelada se hubiese incluido expresamente en el proceso de reorganización empresarial, no se cumplían los presupuestos del inciso 2º del párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, para la inaplicabilidad del tipo penal objeto de acusación.

4. Las demás autoridades judiciales guardaron silencio dentro del traslado concedido para el efecto.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1382 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por MARCO TULIO ESPINOZA MESA, como quiera que vincula presunta omisiones o irregularidades cometidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, del cual es su superior funcional, así como del Juzgado 5º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces 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 o si existe, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el asunto puesto a consideración de la Sala, la censura del demandante se origina en su inconformidad con las decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, que confirmó la emitida por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que rechazó la solicitud de preclusión de la investigación -inexistencia del hecho investigado-, presentada por su defensor al inicio de la audiencia en la que se formularía la acusación, dentro de proceso que se adelanta en su contra por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, disponiéndose que se continuara con el respectivo juzgamiento, pues a su juicio, se incurrió en una irregularidad sustancial que afectó sus garantías, ante la irrazonable interpretación que se le diera al artículo 665 del

Estatuto Tributario, en tanto, exigieron el cumplimiento de presupuestos que en manera alguna allí se demandan.

Razones por la que solicita que por vía de tutela, se deje sin efecto dicha decisión judicial, para que en su lugar se le ordene al Tribunal accionado resuelva el recurso de apelación, indicando que el único presupuesto exigido por la ya mencionada normatividad para tenerse por acreditada la causal de extinción de la acción del delito previsto en el artículo 402 del Código Penal, es demostrar que la empresa se encuentra en un proceso de reorganización conforme la ley 1116 de 2006.

4. Al respecto, es oportuno recordar que la acción de amparo de los derechos fundamentales, por principio general, es improcedente contra actuaciones y decisiones judiciales, pues solamente se ha permitido la excepcional intervención, ante la ausencia de medios de defensa para lograr el amparo, o cuando existiendo, y considerando el caso concreto, se tornan ineficaces para conseguir la real e inmediata protección, desde luego que frente a determinaciones o actuaciones judiciales que puedan catalogarse como vías de hecho, que con la evolución jurisprudencial, pasaron a considerarse como causales genéricas y especiales de procedibilidad (CC. T-332/06).

5. De otra parte, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad que son predicables de la acción de protección constitucional, aparejan como consecuencia que no pueda acudir a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

6. Igualmente, tiene dicho que tampoco puede acudir a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió

precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, mientras el proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela¹.

7. Descendiendo al caso en estudio, demostrado es que la actuación penal en la que se adoptó la decisión que hoy se cuestiona, esto es, el rechazo de la solicitud de preclusión a favor del accionante, aún no ha concluido, pues como lo precisara el Juzgado 5º Penal del Circuito vinculado, incluso así lo acepta el demandante, ni siquiera se llevado a cabo la audiencia en la que se formulara la respectiva acusación.

Por tanto, será al interior de dicho proceso donde el actor deberá dirigir sus esfuerzos en confirmar las apreciaciones aquí consideradas, de manera específica que la judicatura no puede continuar con la acción penal en su contra por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, atendiendo el proceso de restructuración en que se encuentra su empresa, pues este es el escenario propicio para demostrar directa o indirectamente los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como la responsabilidad penal del acusado o para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionadas en el escrito de acusación, ya sea a través del interrogatorio, contrainterrogatorio, con las pruebas de descargo, en los alegatos, e incluso, podrá interponer los recursos ordinarios en el supuesto de que resulten desfavorables las providencias judiciales que decidan el asunto y, en últimas, puede acudir al recurso extraordinario de casación de considerarlo necesario, en orden a defender en forma eficaz las garantías que reclaman por este medio constitucional.

Recordemos que los artículos 180 y 181 de la Ley 906 de 2004 prevén que la finalidad de dicho recurso extraordinario es preservar el respecto de las garantías de los intervinientes, así como que procede por el desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Lo que se observa es que el accionante pretende propiciar un pronunciamiento anticipado, por vía de la tutela, sobre la ausencia de su responsabilidad en la conducta denunciada, ante la inexistencia del hecho investigado, aspecto propio del debate que propone la Fiscalía con la acusación y que solo puede fundarse y debatirse con la prueba legalmente producida en el proceso, lo cual acontece en el juicio oral, el que hasta el momento como se indicara ni siquiera se ha iniciado.

8. De allí que, no es posible entrar a señalar si es procedente o no dejar sin efectos la decisión de segunda instancia cuestionada y entrar a decretar una preclusión, pues el juez constitucional se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los jueces naturales, al interior del cual existen otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata, de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que «la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.» (CC T-1343/01).

Entonces, al contar con otros medios de defensa judicial al interior del asunto penal que se adelanta contra MARCO TULIO ESPINOZA MESA, la petición de amparo propuesta está destinada a fracasar por improcedente, ante la carencia del presupuesto de subsidiariedad.

9. De otra parte, permitir que el juez de tutela verifique la juridicidad de los trámites, o de los supuestos desaciertos en la interpretación de las normas jurídicas o de las pruebas por los funcionarios de instancia, no sólo desconocería los principios que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural, y las formas propias del juicio contenidos en el artículo 29 Superior².

10. Además, el accionante no señaló, mucho menos demostró, una sola razón para la procedencia excepcional de la tutela como mecanismo transitorio, es decir, no evidenció que de negársele el amparo reclamado recibirá un perjuicio irremediable; circunstancia que revela la improcedencia de la acción en este asunto particular.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. NEGAR el amparo constitucional reclamado por MARCO TULIO ESPINOZA MESA, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

2 Cfr. CC ST-336-2002