

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP12672-2018

Radicación n° 99004

Acta 342.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

## ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por el ciudadano Pedro Manuel Cucunubá Tornett, a través de apoderado, contra el fallo proferido el 13 de agosto del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante el cual declaró improcedente la tutela interpuesta en protección de sus 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; trámite al que se dispuso la vinculación de las partes y demás sujetos intervinientes en el diligenciamiento que dio origen a este asunto.

## 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 Superior del

Distrito Judicial de Santiago de Cali, de la forma como sigue:

Del libelo de la demanda y sus anexos se extrae: (i) Pedro Manuel Cucunuba está siendo investigado<sup>1</sup> por el presunto delito de omisión del agente retenedor o recaudador<sup>2</sup>, 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 alguno<sup>3</sup>. (iii) Dice que contra la decisión de la Fiscalía interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación<sup>4</sup>, 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 porque 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 [F]iscal 97 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública.

Explica la Delegada: (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 motivos<sup>5</sup>.(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.

La apoderada de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali.

De comienzo la apoderada refiere que la DIAN presentó denuncia por el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador en contra de Pedro Manuel Cucunubá Tornet (sic), en calidad de representante legal de la sociedad Comercializadora Incomerco Ltda., en liquidación, quien para la época de los hechos, era quien recaía la obligación de consignar las sumas de dineros recaudadas por concepto de retención en la Fuente e Iva, que a la fecha se encuentran prescritas.

Considera el actor que al haberse declarado la prescripción de las obligaciones objeto de cobro coactivo, también debe declararse la preclusión de la investigación penal, desconociendo que el pago o la prescripción de la acción penal tiene como fin la declaración de responsabilidad penal de quienes teniendo el deber de retener o auto-retener se abstienen de consignar dentro del periodo legalmente establecido lo correspondiente al impuesto a las venta y rete-fuente.

Finalmente, considera que lo relacionado con la prescripción debe surtirse en juicio y con las pruebas que efectivamente lo demuestre, pues tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso.

#### 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, por cuanto ésta 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, toda vez que no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en su postulación inicial.

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, expedidos 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 canon 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali, cuyo superior jerárquico lo es esta Corporación.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover postulación constitucional ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos 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, existiendo, la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.
3. Uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela consiste, justamente, en que se hayan agotado todas las herramientas judiciales (CC C-590- 2005 y CC T-332-2006; CSJ STP16324-2016, 10 nov. 2016, radicado 89049), porque es ante el fallador natural, el estadio adecuado donde el peticionario puede plantear sus desavenencias, expresar los motivos de su desacuerdo frente a las decisiones adoptadas, y recurrirlas, hasta llegar, incluso, a la autoridad de cierre de la jurisdicción ordinaria, para que finalmente dirima la cuestión debatida.
4. En el asunto bajo estudio, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Fiscalía 97 Seccional de Cali trasgredió o no los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana y acceso a la administración de justicia del actor, al negarse a archivar o precluir la investigación penal que se lleva a cabo en contra del accionante.
5. Frente a ello, desde ya anticipa la Sala que se confirmará la negación del amparo reclamado, dado que la actuación penal de la cual se duele el actor, en este momento se

encuentra en etapa de investigación, por lo cual, es en ese escenario donde el tutelante puede ejercer sus derechos ante la autoridad que dirige la instrucción; y, en caso de darse inicio a la etapa de juzgamiento, en ella, aún tendrían a su alcance todas las herramientas de defensa judicial, pues podría solicitar la preclusión, tal como lo establece el parágrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, en concreto por la causal 1º contemplada en el mencionado canon6, a efectos de que tales postulaciones sean resueltas en las oportunidades procesales respectivas.

6. Recuérdesse que las especiales características de este instituto subsidiario y residual de protección imposibilitan que se acuda a él para obtener una intervención indebida en procesos en curso, toda vez que tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró la acción tuitiva, como mecanismo residual de defensa de los derechos superiores, y no para su declaración.

7. Lo dicho, a tono con lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al respecto del cual, ha señalado la jurisprudencia constitucional:

(...) Cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. De allí que la Corte ha señalado que no toda irregularidad en el trámite de un proceso constituye una vía de hecho amparable a través de esta acción. En la sentencia T-296 de 2000 se dijo:

Para analizar cada uno de estos puntos, se tomará como parámetro la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la vía de hecho. Esta Corporación ha señalado que cuando en la acción de tutela se alega tal situación en relación con las distintas etapas de un proceso, o en la propia sentencia, la intervención del juez de tutela, por ser estrictamente excepcional, debe estar encaminada a determinar si a pesar de existir errores o faltas en los procesos, éstos pueden ser corregidos en el propio proceso, a través de los distintos mecanismos que prevé la ley. Es decir, si para su corrección se pueden proponer recursos, pedir nulidades, etc.

En otras palabras, no toda irregularidad en el trámite de un proceso, o en la sentencia misma, constituye una vía de hecho amparable a través de la acción de tutela. Este rigor para conceder la acción de tutela cuando se alegan vías de hecho, obedece al debido entendimiento del artículo 86 de la Constitución, en cuanto al carácter excepcional de la acción de tutela, su procedencia únicamente cuando no exista para el afectado otro medio de defensa judicial...7.

8. En este orden de ideas, la Sala confirmará el amparo solicitado, por las motivaciones aquí expuestas.

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: CONFIRMAR el fallo recurrido por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de

1991.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Apoderado Judicial José Siloney Navia Gutiérrez

2 Radicado SPA N° 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.

6 Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.



3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

Parágrafo: Durante el Juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.