

63

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL  
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**  
**Magistrado Ponente**

**STP1541-2017**

**Radicación nº 90067**

(Aprobado en Acta nº 30)

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Se pronuncia la Sala en relación con la acción de tutela presentada por la representante legal de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., contra la Fiscalía 8ª Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, en actuación que compromete a la Fiscalía 44 adscrita a la Unidad de Indagación e Instrucción Ley 600 de 2000 de esa ciudad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, dentro de la actuación penal que se siguió contra Julián Caballero Peñate, Alberto Luis de la Hoz Vargas, Tom Helmun Coll y Wilton Molina, por los presuntos delitos de *prevaricato por acción, peculado por apropiación y fraude procesal*.

*Rafael*

A la actuación fueron vinculados los sujetos procesales e intervinientes dentro del sumario censurado en la demanda.

**ANTECEDENTES**  
**Y**  
**FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

Informa la representante legal de la empresa accionante que presentó denuncia contra Julián Caballero Peñate, Alberto Luis de la Hoz Vargas, Tom Helmun Coll, Wilton Molina y Gilberto Coll Maury, por los presuntos delitos de *prevaricato por acción, peculado por apropiación y fraude procesal*, cuyo sumario le correspondió conocer a la Fiscalía 44 adscrita a la Unidad de Indagación e Instrucción Ley 600 de 2000, proceso No. 277720.

Dentro de la causa el 4 de noviembre de 2015, la Fiscalía instructora profirió resolución de preclusión de la investigación a favor de los implicados, por no haberse demostrado la existencia de la conducta delictiva.

Decisión que apelada fue confirmada en su integridad, mediante providencia de 22 de septiembre de 2016 por el Fiscal 8° Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla.

Aduce la accionante, en calidad de víctima, que tal preclusión constituye una vía de hecho en detrimento de sus derechos fundamentales, toda vez que las decisiones judiciales

Rafael  
I.

carecen de una adecuada motivación y argumentación, así como de un serio análisis probatorio, en especial del material documental.

Afirma que la indagación adelantada fue precaria, sin que se analizara siquiera la probable comisión de otras conductas punibles.

En consecuencia, solicita que se decrete la nulidad de las providencias que decretaron la preclusión de la investigación seguida contra Julián Caballero Peñate, Alberto Luis de la Hoz Vargas, Tom Helmum Coll, Wilton Molina y Gilberto Coll Maury.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN**

Avocado el conocimiento de la acción, el Tribunal A quo ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionadas e involucrados para que ejercieran el derecho de contradicción.

1. En respuesta, acudió la Fiscal 44 de la Unidad de Indagación e instrucción Ley 600 de 2000, quien se opuso a la prosperidad de la demanda, defendiendo la legalidad de la actuación, y el respeto por los derechos fundamentales de los intervinientes, en cuya actuación de conformidad con los elementos materiales probatorios recopilados se concluyó en la preclusión de la investigación por no haberse demostrado la existencia de la conducta.

*Rojas*

Los demás involucrados guardaron silencio dentro del término que les fue otorgado para ejercer el derecho de contradicción.

### **CONSIDERACIONES**

1. La petición de amparo constitucional fue presentada en vigencia del Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen reglas de reparto para el conocimiento de la acción de tutela, y como involucra a una Fiscalía Delegada ante un Tribunal Superior de Distrito, la competencia para definirla está atribuida a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ante el menoscabo o amenaza derivados de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

3. Ahora, la doctrina constitucional ha sido clara y enfática al indicar que, cuando se atacan providencias judiciales, la acción de tutela sólo resulta procedente de manera excepcional. Pues, como regla general, la inconformidad de las partes con lo resuelto por los jueces ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, acudiendo

Rafael

para ello a los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios instituidos en el ordenamiento jurídico.

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, acorde con la jurisprudencia constitucional, exige ciertos requisitos, unos genéricos y otros específicos, cuyo cumplimiento está obligado el demandante a acreditar<sup>1</sup>.

Fuerza concluir, entonces, que cualquier pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela, respecto de la eventual afectación de derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional, solamente es admisible cuando se haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad, lo cual implica una carga de acreditación para el actor respecto de la satisfacción de los mismos y de los supuestos fácticos y jurídicos en que se fundamenta la censura, de tal manera que resulte evidente la vulneración.

De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de aquélla.

---

<sup>1</sup>Corte Constitucional, sentencia C-590/05, reiterada en T- 015/12.

*Rojas*

4. Como se aprecia, el eje de censura se contrae a la inconformidad del accionante frente a la decisión proferida por la Fiscalía 8ª Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla por medio de la cual confirmó la resolución de 4 de noviembre de 2016, emitida por el Fiscal 44 adscrito a la Unidad de Indagación e Instrucción Ley 600 de 2000, consistente en decretar la preclusión de la investigación seguida contra Julián Caballero Peñate, Alberto Luis de la Hoz Vargas, Tom Helmun Coll y Wilton Molina, por los presuntos delitos de *prevaricato por acción, peculado por apropiación y fraude procesal*.

Sostiene la representante de la empresa accionante que tales decisiones son constitutivas de una vía de hecho en perjuicio de sus intereses al no haber efectuado una debida valoración probatoria sobre los medios de conocimiento allegados a la actuación, arribando a la preclusión sin el sustento argumentativo pertinente, lo cual en su sentir da paso a decretar la nulidad de lo actuado y continuar con la investigación.

5. De entrada, no encuentra esta Sala configurada la vía de hecho que pregona la demandante, con la decisión que decretó la preclusión de la investigación penal que se siguió contra Julián Caballero Peñate, Alberto Luis de la Hoz Vargas, Tom Helmun Coll y Wilton Molina, por los presuntos delitos de *prevaricato por acción, peculado por apropiación y fraude procesal*, menos cuando se tiene que el accionante tuvo la posibilidad de recurrir las determinaciones que en ese sentido fueron adoptadas.

*Rafael* 6

Así, nótese que la decisión de 4 de noviembre de 2015 proferida por la Fiscalía 44 de Indagación citada fue impugnada por el apoderado de la víctima, empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Decisión que fue confirmada por la Fiscalía 8ª Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante decisión de 22 de septiembre de 2016, concluyendo en la preclusión por no estar demostrada la existencia de las conductas delictivas de *prevaricato por acción y peculado por apropiación* investigados.

6. En primera instancia, la Fiscal Seccional Ley 600 de 2000 no encontró elementos de prueba suficientes que demostraran la existencia de las conductas punibles que se debiera investigar, cuya determinación fue confirmada en segunda instancia, a través de la cual se corroboró que el hecho investigado no comportaba una conducta delictiva, en especial la investigada de *prevaricato por acción*.

Así, la Fiscalía 8ª Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla al confirmar la preclusión decretada por el A quo precisó, y efectuar una relación de los elementos de prueba arrimados a la actuación, indicó:

*Hemos visto a lo largo de este proceso, que la discusión jurídica se ha centrado en determinar si la conducta de los funcionarios públicos del municipio de Tubará, que para la época de los hechos se desempeñaron como Alcaldes, Secretarios de Hacienda e incluso el abogado asesor, en el desarrollo del proceso de jurisdicción coactiva, adelantado con base en la Ley 14 y el Estatuto Tributario Nacional contra la empresa COMCEL S.A., con el propósito de hacer*

*Rafael* 7

*efectivo el cobro del impuesto de Industria y Comercio que debió declarar y pagar esta empresa con base en las actividades de comercio y servicio que realizó en la jurisdicción territorial de Tubará, incurrieron en la conducta penal de prevaricato por acción y peculado por apropiación; más aún la discusión se centró básicamente en determinar si la instalación de antenas en el territorio de ese municipio daba o no lugar a la generación del ICA; o, por el contrario, si se requería la instalación de conmutadores o switches en el lugar donde se pretende cobrar ese tributo, condición indispensable para que las empresas concesionarias del servicio de telecomunicaciones móviles (celular) procedieran a la declaración y pagos de la mencionada carga impositiva, todo lo cual indiscutiblemente, obedece a la inexistencia de regulación legal, por lo que no advertimos una conducta ostensiblemente contraria a derecho en las actuaciones de los sindicatos. (Folio 346 cuaderno adjunto No. 1).*

Es más, en punto del presunto delito de *peculado por apropiación*, entre otros argumentos precisó:

*Por otro lado, compartimos el criterio de la Instructora, cuando señala que el proceso de cobro coactivo se llevó a cabo de conformidad con la Ley 788 de 2002, basándose en los artículos 684 - 1 y 837 del ETN, procediendo a embargar los dineros de COMCEL (...) lo que al parecer distrajo a esa entidad comercial para hacer uso de los recursos y términos que le concedía la ley, quedando dicho cobro coactivo en firme. Ahora, el contribuyente presentó demanda administrativa con la resolución de aforo de los impuestos, pero no cobijó la resolución que resolvió las excepciones, es decir, a las que se refiere el artículo 835 del Decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario.*

*Una vez en firme dicha resolución, el Alcalde del Municipio de Tubará, en uso de sus facultades legales, procedió a adicionar el*

*Rafael* 8

*presupuesto de rentas y gastos con los dineros recaudados, mediante Decreto 016 de 2006 se adicionaron \$450.444.684, incluidos los \$200.000.000 iniciales embargados a COMCEL, posteriormente por Decreto 020 de 24 de abril de 2007, adicionaron los \$618.381.000, también embargados a la empresa COMCEL S.A., cuyo ingreso contable se hizo a través de 10 consignaciones en diferentes cuentas del municipio.*

*Esos recursos fueron destinados al presupuesto del municipio para cubrir gastos de funcionamiento, verbigracia, compra de equipos, servicios, honorarios, mejoramiento de la infraestructura educativa, recreación y deportes, por lo que no fueron mal utilizados como pretende hacerlo ver la parte civil, ni desviados hacia otros propósitos o cuentas, tampoco fueron apropiados por los sindicatos, con lo cual se desvirtúa el peculado por apropiación (Folio 350 ibídem).*

Dicha postura fue aceptada por los operadores judiciales quienes después de confrontar los elementos materiales probatorios, concluyeron en la imposibilidad de iniciar el ejercicio de la acción penal por los delitos reseñados.

Luego las razones que esgrimieron los despachos judiciales accionados para acceder a la preclusión son serias y sensatas, en cuanto resolvieron el asunto de cara a los elementos de juicio allegados al proceso, sin que se perciba que la providencia esté fundada en conceptos arbitrarios que tengan la trascendencia de edificar alguna vía de hecho -como lo anuncia el accionante-, que deban ser conjurados mediante este excepcional instrumento de amparo para los derechos fundamentales.

*R. Torres*  
9

7. Amén de lo anterior, y en el mismo orden de ideas, la presente acción de tutela es improcedente, porque la resolución que precluyó la investigación hizo tránsito a cosa juzgada material, lo cual impide retomar la de la actividad investigativa sobre el mismo asunto, salvo que la autoridad competente disponga lo contrario, exclusivamente como resultado de una *acción de revisión*, cuando concurren las exigencias de los artículos 220 y siguientes del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso concreto (Ley 600 de 2000).

8. Así las cosas, para la Sala la improcedencia de la presente acción de tutela es la decisión que corresponde adoptar, habida cuenta que no se evidencia quebranto de los derechos fundamentales invocados por la accionante, quien utilizó los mecanismos de defensa judicial al interior del proceso, aunado a que no se vislumbran actuaciones que configuren una verdadera e inocultable vía de hecho en la decisión reprochada, al punto que sea el juez de tutela el llamado a intervenir para impedir la trasgresión de derechos fundamentales que surjan con ocasión de tal irregularidad.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para que la Sala confirme la decisión impugnada.

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

*Rafael*

**RESUELVE**

**Primero: Negar** por improcedente la acción de tutela presentada por la representante legal de la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., conforme quedó consignado en las motivaciones precedentes.

**Segundo: Notificar** según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Tercero: De no ser impugnada** la presente decisión, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

  
**JÓSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

  
**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

  
**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

  
**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

  
11