

Bogotá D.C.,

Señores Magistrados

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sección reparto

Bogotá D.C.

E. S. D.

REFERENCIA: Acción Constitucional de Tutela

ACCIONANTE: Nación – U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN

ACCIONADOS: Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento

José Aldemar Valencia Flórez, identificado al pie de mi firma, actuando en este asunto, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de conformidad con el poder conferido por la Subdirectora de Representación Externa de la entidad y dentro del término de inmediatez, presento acción de tutela en contra del Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento y Sala Penal del Tribunal Superior, ambos de la ciudad de Cali, en razón de sus decisiones de preclusión, que pusieron fin, al proceso penal N° 76001-6000-199-2019-00244; determinaciones proferidas, el 29 de junio de 2021 y el 17 de agosto de 2022, respectivamente, que se adelantaba el presunto delito de Omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402 del Código penal) contra la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, en su calidad de Representante Legal de la sociedad Gestión Hospitalaria De Colombia S.A.

Lo anterior con el fin que se protejan a mi representada, los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso en conexidad con el principio de legalidad y seguridad jurídica, con fundamento en los siguientes argumentos:

- i) **Defecto Sustantivo por indebida interpretación normativa:** Las decisiones de preclusión, proferidas por el Juzgado 8º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, objeto de esta acción de tutela, interpretaron indebidamente los artículos 83 y 84 del Código Penal, por cuanto, determinaron que el término para decretar la preclusión de la investigación es de doce (12) años contados desde la ejecución del delito, es decir, dos (2) meses siguientes en los que debió consignar los dineros retenidos, decisión que fue apoyada en el precedente judicial N° 53823 de 05 de agosto de 2019.

Las decisiones señaladas, desconocieron el inciso tercero del artículo 84 del Código Penal, que dice al texto: (...) *“En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”* (...), tal como lo señala el precedente jurisprudencial No. 30017 del 14 de julio de 2011, aplicable para los delitos omisivos, como lo es el de omisión de agente retenedor o recaudador, tipificado en el artículo 402 del Código penal.

- ii) **Indebida aplicación del precedente jurisprudencial:** Las decisiones proferidas por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de cali y por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, aplicaron de forma irrazonable el precedente judicial, porque la conducta por la cual se imputa a la Representante Legal es de naturaleza omisiva, por tanto, el precedente judicial aplicado por la agencia judicial es improcedente para resolver este proceso.

I. IDENTIFICACIÓN Y LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

1.1. **ACCIONANTE:** U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-.

De conformidad con el artículo 1º y 10 del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 86 constitucional, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-, se encuentra legitimada para interponer la presente acción de tutela por ser la entidad cuyos derechos fundamentales resultaron directamente vulnerados por las decisiones judiciales dictadas dentro del proceso penal referido, por parte del Juzgado octavo penal del circuito con funciones de Conocimiento y por la Sala Penal del Tribunal Superior ambos de Cali, notificadas el 29 de junio de 2021 y el 17 de agosto de 2022, respectivamente.

La legitimación en la causa por activa de mi representada se encuentra acreditada, por cuanto, fue reconocida como víctima de la realización de la conducta punible presuntamente realizada por Claudia Jimena Cárdenas Soto, en su calidad de Representante Legal de la sociedad Gestión Hospitalaria De Colombia S.A.

1.2. **ACCIONADOS:** Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento y Sala Penal del Tribunal Superior, ambos de la ciudad de Cali

La presente acción de tutela se dirige contra el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Cali y Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, por ser las autoridades judiciales que emitieron la decisiones de preclusión de la acción penal, notificadas el 29 de junio de 2021 y el 17 de agosto de 2022, respectivamente, dentro del proceso penal radicado bajo el N° 76001-6000-199-2019-00244, en vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-poniendo en grave y directo

riesgo la labor de recaudación que realiza la entidad a través de particulares investidos de función pública de manera transitoria para propender por la adecuada y exacta declaración y pago de los tributos por parte de los responsables determinados en la Ley, y en el caso concreto de la conducta penal que nos concentra, por el Recaudo, retención o autorretención de los dineros y recursos respectivos y su posterior consignación por el agente recaudador, a favor de las arcas del Estado

II. COMPETENCIA

Esta Corporación judicial es competente para conocer y decidir la presente acción de tutela, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, el cual señala que la acción de tutela promovida en contra de los Tribunales será conocida por su superior, en este caso, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

III. FUNDAMENTOS DE HECHOS

- 3.1. El pasado 21 de enero de 2009 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional, (en adelante DIAN), formuló denuncia en contra de la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, en su calidad de Representante Legal de la sociedad Gestión Hospitalaria De Colombia S.A., NIT 805.028.624, por la presunta comisión del delito de Omisión De Agente Retenedor O Recaudador. (Anexo Prueba N° 1)



- 3.2.** Adelantada la indagación, la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de su delegada, el pasado 04 de junio de 2019, ante el juzgado 12 penal municipal con funciones de control de garantías de cali, formuló imputación en contra de la señora Cárdenas Soto por el delito de Omisión De Agente Retenedor o Recaudador. (Anexo prueba N° 2)
- 3.3.** Los hechos por los cuales se formuló imputación de cargos consisten en que la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto en su calidad de Representante Legal de la empresa Gestión Hospitalaria de Colombia S.A., presuntamente no consignó a la DIAN las sumas recaudadas por retención en la fuente del periodo 3 del año 2006 por valor de \$17´965.000 que, según el Decreto 4714 de 2005 tenía como límite de fecha de pago el 20 de abril de 2006.
- 3.4.** Para el 20 de junio de 2006 la señora Claudia Jimena Cárdenas Soto no había realizado dicho pago, por lo cual, al parecer incurrió en el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, toda vez que dicho delito se perfecciona si transcurridos dos (02) meses desde la fecha límite de pago autorizada por el Gobierno Nacional no se consignan los dineros auto retenidos o recaudados.
- 3.5.** En audiencia de formulación de acusación celebrada el pasado veintinueve (29) de junio de 2021 ante el Juzgado 8º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, el abogado defensor de la señora Cárdenas Soto solicitó y sustentó una nulidad argumentando que para la fecha en la que se formuló imputación de cargos ya habían transcurrido más de 12 años desde la comisión de la conducta, y por ende el ente acusador no tenía la facultad de llamar a juicio a su cliente ya que había operado la prescripción de la acción penal. (Anexo prueba N° 3).



- 3.6.** El defensor para sustentar su postura citó jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia radicado N° 53823 del cinco (05) de agosto de 2019, así como la sala penal de la Corte suprema de justicia en sentencia N° 53405 del 29 de agosto de 2018, con ponencia del magistrado Eugenio Fernández, en la cual se afirma que el término de prescripción para el delito de omisión de agente retenedor o recaudador es de doce (12) años contados a partir de los dos meses en los que debió consignarse los recursos, término que corresponde al máximo de la pena previsto para el tipo penal tipificado en el artículo 402 del Código Penal, aumentado en una tercera parte, toda vez que el agente retenedor tiene la condición de funcionario público (así lo consagraba el articulado original de la regla 83 del Código penal).
- 3.7.** Por su parte, la Fiscalía General de la Nación y la Representante del Ministerio Público solicitaron que se negara la nulidad, por cuanto la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia dentro del radicado N° 30017 del 14 de julio de 2011, indicaron que para los delitos omisivos - como el de omisión de agente retenedor o recaudador -, el término de prescripción comienza a contar cuando *cesa el deber de actuar*, en concordancia con lo señalado en el inciso tercero del artículo 84 del Código Penal.
- 3.8.** El Juzgado 8º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali al momento de decidir sobre la petición de nulidad, retomó la decisión emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado N° 53823 del cinco (05) de agosto de 2019, pues consideró que es la postura actual, y decretó la terminación de la actuación penal al presuntamente encontrarse prescrita al acción para el día 04 de Junio



de 2019, fecha en la que fiscalía 97 seccional de Cali, formuló imputación en contra de la señora Cárdenas Soto, ante el Juez Doce Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cali.

- 3.9.** Contra la decisión tomada por el Juzgado 8º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, se presentaron los respectivos recursos de ley, y en la sustentación de la apelación, la Fiscalía 97 seccional de Cali y la representante de víctima, indicaron que dicha decisión era equivocada, ya que acoger la postura aplicada por el Juzgado en cita, se afectaba gravemente el principio de legalidad, toda vez que el delito de omisión de agente retenedor o recaudador es un tipo omisivo y por ende, el término de prescripción debe comenzar a contarse, de acuerdo con la norma sustantiva, cuando cesa el deber de actuar, es decir, cuando el implicado ya no tuviera la obligación de pagar a la DIAN, los dineros autorretenidos o recaudados. (Anexo prueba N° 4).
- 3.10.** Sorpresivamente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali confirmó la decisión emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Cali, al afirmar que la postura en las apelaciones desplegadas por la apoderada de la víctima y el ente acusador, no corresponde a la línea jurisprudencial actual, indicando en su decisión, que la Sala Penal ya ha dejado como precedente jurisprudencial, que el término de prescripción del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, es de doce años, contados desde los dos meses posteriores a que el sujeto activo tenía el deber de consignar los recursos autorretenidos o recaudados. (Anexo prueba N° 4)

3.11. Las decisiones emitidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, dentro del proceso penal en comento, resultan violatorias del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que incurrieron en dos vías de hecho, la primera, un defecto material o sustantivo porque las providencias desconocen abiertamente la disposición consagrada en el inciso 3 del artículo 84 del Código Penal y la segunda, por el desconocimiento del precedente judicial toda vez que, pese a que las decisiones se sustentan en pronunciamientos recientes de la Sala Penal, desconocen las reglas fijadas por la misma jurisprudencia para la contabilización del término de prescripción de los delitos omisivos.

IV. SENTENCIA CONSTITUTIVA DE LA VIA DE HECHO:

Las determinaciones judiciales que sometemos a estudio, son las proferidas por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento y por la Sala Penal del Tribunal Superior, ambas de la ciudad de Cali, despachos judiciales que emitieron cada uno en su momento, las decisiones de preclusión de la acción penal notificadas en su orden, los días 29 de junio de 2021 y 17 de agosto de 2022, dentro del proceso penal radicado bajo el N° 76001-6000-199-2019-00244, por las cuales se declaró la prescripción de la acción penal, con los siguientes argumentos:

4.1. En audiencia de formulación de acusación celebrada el pasado veintinueve (29) de junio 2021, ante el Juzgado 8 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, el abogado defensor de la señora Cárdenas Soto, solicitó y sustentó una nulidad argumentando que para la fecha en la que se formuló imputación de cargos ya habían



transcurrido más de 12 años desde la comisión de la conducta, y por ende el ente acusador no tenía la facultad de llamar a juicio a su cliente ya que había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

- 4.2.** El defensor para sustentar su petición de prescripción de la acción penal citó el precedente jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia radicado N° 53823 del cinco de agosto de 2019, así como la *sentencia N° 53405 del 29 de agosto de 2018, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Eugenio Fernández* en las que se afirma que el término de prescripción para el delito de omisión de agente retenedor o recaudador es de doce (12) años, contados a partir de los dos meses siguientes en los que debió consignarse los recursos, término que corresponde al máximo de la pena previsto para el tipo penal tipificado en el artículo 402 del Código Penal, aumentado en una tercera parte, toda vez que el agente retenedor tiene la condición de funcionario público (así lo consagraba el articulado original de la regla 83 del Código penal).
- 4.3.** El Juzgado 8° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, al momento de decidir sobre la petición de nulidad, retomó la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado N° 53823 del cinco de agosto de 2019, pues consideró que es la línea jurisprudencial actual y vigente, y decretó la terminación de la actuación penal al encontrar prescrita la acción para el 04 de Junio de 2019, fecha en la que Fiscalía 97 seccional de Cali, formuló imputación en contra de la señora Cárdenas Soto, por el delito tipificado en el artículo 402 del Código de penas.



- 4.4.** Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación, por parte de la Fiscal seccional delegada para el caso y por la representación de la víctima, solicitando en ambos casos, se negara la decisión de decretar la nulidad, por cuanto la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia dentro del radicado N° 30017 del 14 de julio de 2011, señaló que para los delitos omisivos - como lo es por definición, el de omisión de agente retenedor o recaudador -, el término de prescripción, comienza a contar cuando *cesa el deber de actuar*, en concordancia con lo señalado en el inciso tercero del artículo 84 del Código Penal.
- 4.5.** La decisión adoptada por las agencias judiciales, es equivocada, ya que acoger la postura aplicada por el Juzgado y el tribunal mencionados, afecta gravemente el principio de legalidad, toda vez que el delito de omisión de agente retenedor o recaudador es un tipo omisivo y por ende, el término de prescripción debe comenzar a contarse, de acuerdo con la norma sustantiva cuando cesa el deber de actuar, es decir, cuando el implicado ya no tiene la obligación de pagar a la DIAN los dineros autorretenidos o recaudados.
- 4.6.** Advierte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali que la decisión emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, al afirmar que la postura desplegada por la apoderada de la víctima y el ente acusador no es la actual, toda vez que la Sala Penal ya ha dejado como precedente jurisprudencial que el término de prescripción del delito de omisión de agente retenedor o recaudador es

de doce años contados desde los dos meses posteriores a que el sujeto activo tenía el deber de consignar los recursos autorretenidos o recaudados.

- 4.7.** Las decisiones emitidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, dentro del proceso penal en comento, resultan violatorias del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que incurrieron en dos vías de hecho, la primera, un defecto material o sustantivo porque las providencias desconocen abiertamente la disposición consagrada en el inciso 3 del artículo 84 del Código Penal y la segunda, por el desconocimiento del precedente judicial toda vez que, pese a que las decisiones se sustentan en pronunciamientos recientes de la Sala Penal, desconocen las reglas fijadas por la misma jurisprudencia para la contabilización del término de prescripción de los delitos omisivos.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El artículo 86 de nuestra Constitución Política establece que *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*.

Específicamente, frente a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, si bien el Decreto 2591 de 1991 no tiene disposiciones vigentes en la materia, la jurisprudencia constitucional ha establecido de forma reiterada y uniforme que resulta viable, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos precisos, dentro de los cuales encontramos unos de carácter general y otros de carácter específico.

Con la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional marcó un hito que reorganizó y definió las denominadas causales genéricas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. En este mismo sentido se tiene la sentencia SU215 de 2022 de la sala plena de la Corte Constitucional; las cuales se enumeran en la siguiente lista:

- a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

- e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f) Que no se trate de sentencias de tutela.

Asimismo, en las sentencias en mención se indicó, que una vez cumplidos los anteriores requisitos, deben adicionalmente acreditarse unos requisitos o causales especiales para admitir la procedencia de la acción.

Superada entonces la teoría de la vía de hecho para estos efectos, las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias se refieren a los siguientes defectos graves de los cuales podría llegar a adolecer una decisión judicial:

“

- a. *Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. *Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. *Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. *Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
- e. *Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

- f. *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
- g. *Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
- h. *Violación directa de la Constitución.”*

5.2. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN

Reconociendo el carácter excepcional de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, se considera que la presente acción contra la sentencia proferida resulta procedente por concurrir en el caso en particular los requisitos generales y específicos señalados por la Corte. En lo referente a la acreditación de los requisitos o causales genéricas de procedibilidad, se exponen a continuación las razones por las cuales en este caso se cumplen con cada uno de ellos:

5.2.1. Relevancia constitucional del tema bajo discusión:

El presente caso se enmarca en lo denominado “*relevancia constitucional*”, pues es claro que la presente acción se contrae a exponer y someter a consideración del juez de tutela la existencia de graves defectos de la decisión judicial en cuestión que como se explicará más adelante, condujeron a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad de la DIAN.

La presente acción de tutela busca corregir el error judicial generado con la decisión del Juzgado Octavo con Funciones de Conocimiento confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior, ambos de la ciudad de Cali y de esta manera preservar el orden jurídico, esto debido a que la precitada decisión vulnera en forma abierta la Ley, específicamente el artículo 84 en su inciso tercero del Código Penal, disposición que regulan la prescripción de los delitos denominados de omisión, el cual indica que esta se configura cuando cesa el deber de actuar y como en el presente caso la imputada no ha configurado el pago de la retención del año 2006, no puede predicarse su preclusión.

Lo anterior representa un alto riesgo para la Administración Tributaria y para el Estado en general, pues a pesar del oportuno y adecuado trámite procesal para declarar la responsabilidad de la imputada, se da un equivocado mensaje a los presuntos responsables del recaudo, al retener dineros que le pertenecen al Estado, y con ello apropiárselos de manera indebida.

El panorama planteado sin duda es de relevancia constitucional, pues en la medida en que se siga evaluando y juzgado el proceso penal sin tener en cuenta el deber de actuar a pesar de actuar con prontitud el recaudo por parte de los contribuyentes recaudares o retenedores se hará inoperante, al estar protegidos por la preclusión de la investigación penal por prescripción de la acción penal, dinámica procesal que opera a favor del imputado que verá con creces la legitimación de un enriquecimiento ilícito de su patrimonio, con lo que sin duda se hará intranscendente las facultades otorgadas constitucional y legalmente a la DIAN y mi representada tendría una gestión inocua y se verá limitada y entorpecida, lo que a todas luces demuestra la violación del debido proceso con perjuicio notable de la DIAN.

5.2.2. Agotamiento de los medios de defensa judicial:

La decisión judicial objeto de controversia, fue la que puso fin al litigio suscitado entre las partes y en su contra no procede ningún recurso ordinario o extraordinario, lo que evidencia que este requisito se encuentra satisfecho al haberse agotado todas las oportunidades y medios de defensa judicial previstos en la Ley.

5.2.3. Cumplimiento del requisito de inmediatez:

Con respecto a este requisito, la Corte Constitucional ha expresado que la tutela debe interponerse *“en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos”*¹.

Si bien es cierto que no se ha establecido en la ley un término dentro del cual debe presentarse la acción de tutela, so pena de no declararse cumplido el requisito de la inmediatez, la jurisprudencia del Consejo de Estado² y de la Corte Constitucional³ han manifestado que *“seis (6) meses es el término razonable para interponer la tutela contra providencia judicial”*⁴.

¹ Op.cit.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de Agosto de 2011 C.P.: Jorge Octaviano Ramírez Ramírez. Expediente número: 2012-02201.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2013. M.P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Radicado No. 2016-220.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la DIAN fue notificada de la decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el 17 de agosto de 2022 que confirmó la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Cali el pasado 29 de junio de 2021, el plazo de inmediatez definido por la jurisprudencia vencería el 17 de febrero de 2023, razón por la cual se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez de la acción de tutela, pues su interposición se da dentro del rango temporal considerado como oportuno por la jurisprudencia constitucional.

5.2.4. En caso de irregularidad procesal, la misma debe tener efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales:

En este caso los defectos de que adolece el fallo tutelado corresponden a una indebida interpretación normativa, defecto sustantivo.

5.2.5. Identificación de los hechos que generaron la vulneración y de los derechos vulnerados y, que dicha vulneración se hubiere alegado durante el proceso siempre que hubiera sido posible:

En el acápite 3 del presente escrito se presentan los fundamentos fácticos y procesales que ocasionaron la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al principio de legalidad de mi representada, en conexidad con la buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y acceso a la administración de justicia previstos en los artículos 13, 29 y 229 de la Constitución Política de Colombia en perjuicio de la DIAN.

5.2.6. En caso de irregularidad procesal, la misma debe tener efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales:

En este caso los defectos de que adolece el fallo tutelado corresponden a una indebida valoración probatoria, defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial, por lo cual, al no referirse la discusión a una irregularidad procesal, este requisito no aplica al caso en concreto.

5.2.7. Que no se trate de sentencia de tutela: En este caso la providencia acusada es un fallo de segunda instancia proferido

En el marco de un proceso penal, cumpliéndose así este requisito.

Visto lo anterior, se reúnen y satisfacen los requisitos genéricos de procedencia de la presente acción de tutela.

5.3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDENCIA DE ESTA ACCIÓN

Las causales específicas que para el caso en concreto son procedentes son las siguientes:

5.3.1. Defecto sustantivo, por interpretación errónea de la ley

Sobre este defecto, la Corte Constitucional ha expresado en primer lugar que se configura en casos como aquellos donde “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”⁵.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha definido el ámbito de aplicación del presente defecto, aceptando la configuración de este, cuando:

“(...) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente , b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada , c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la Constitución , e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, ‘no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador’; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o ‘la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes’ o cuando en una decisión judicial ‘se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial’ ; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes , (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución ; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza ‘para un fin no previsto en la disposición’ ; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto”⁶. (Énfasis añadido).

⁵ Sentencia C-590 de 2005. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-620 de 2013. M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional, a continuación, se mostrará como la sentencia del 17 de agosto de 2022 proferida por el Tribunal Superior en su Sala de Decisión Penal de la ciudad de Cali, incurre en defecto sustantivo o material por aplicar e interpretar de forma errada la Ley penal en materia de la prescripción de la acción penal.

Teniendo en cuenta que el fallo aquí acusado resolvió declarar la preclusión de la acción penal por prescripción por considerar que habían pasado más de doce (12) años sin que la denunciada hubiera sido llamada a juicio por el presunto delito de omisión de agente retenedor, por lo que la DIAN debe insistir y reintentar la continuidad de la acción penal, al estar demostrado que no ha cesado el deber de actuar de la imputada como agente retenedor.

Con la anterior postura olvidó el Juzgado como la Sala del Tribunal que los artículos 83 y 84 del Código Penal establece los lineamientos que debe observar el operador judicial al momento de decretar la prescripción penal para los llamados delitos de omisión, como es el caso del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, cuyo contenido reglado y no procede juzgar la legalidad de la misma con fundamento en requisitos no contemplados en la ley, por tanto en virtud del art. 6 de la Constitución Política de Colombia los funcionarios públicos deben ceñirse al estricto cumplimiento de las normas y de la constitución.

Al respecto, debemos revisar el contenido de las normas del Código Penal aplicables al caso en particular, con el fin de demostrar a su Despacho la evidente e indebida aplicación de la ley por parte de la Sala Penal del tribunal de Distrito Judicial de la Ciudad de Cali, que afecta de manera sustancial la juridicidad y validez del fallo cuestionado, al respecto se cita textualmente el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal original (antes de la modificación del art. 14 de la ley 1474 de 2011), así:

“ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

[...]

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte” (...)

Por su parte el artículo 84 que el inició del término de prescripción de la acción penal de carácter omisivas comenzara a contarse cuando haya cesado el deber de actuar.

“[...]

En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

[...]

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

[...]”.

De la lectura de las normas aplicables al caso en concreto, para la fecha de los hechos materia del proceso penal (junio de 2006), tiempo en el cual se encontraba vigente el artículo 83 del Código sin las modificaciones introducidas posteriormente, se concluye sin dificultad alguna lo siguiente:

- a.- Que el artículo 83 del C.P. establecía, que el término de prescripción de la acción penal para los particulares que desempeñaran funciones públicas, como agentes retenedores o recaudadores, se aumentaba en la tercera parte del máximo establecido para el tipo penal correspondiente, en este caso por adquirir o investirse por el cargo función, de la calidad de servidor público.

- b.** El artículo 84 en su inciso 3, establece de manera clara y precisa que la acción penal para los delitos de conducta omisiva, como es el caso en estudio, el término de prescripción se contara cuando haya cesado su deber de actuar, es decir después de la fecha en que haya realizado el pago.

Ahora frente al caso concreto tenemos que:

- a.** La señora Claudia Jimena Cárdenas Soto, en su calidad de Representante de la sociedad Gestión Hospitalaria De Colombia S.A. fue denunciada por el delito de omisión de agente retenedor al no consignar los dineros retenidos del periodo 03 de 2006 por valor de \$17'965.000, cuya fecha límite era el 20 de abril de 2006.
- b.** La Fiscalía en audiencia del 4 de junio de 2019 le formuló imputación de cargos por el delito de omisión de agente retenedor.
- c.** El Juzgado 8º Penal con funciones de Conocimiento de la ciudad de Cali el 29 de junio de 2019 en audiencia de formulación de acusación procedió a precluir la acción penal por prescripción previa solicitud que hiciera el abogado defensor, aduciendo que habían pasado más de 12 años desde la ejecución de la conducta y como la Fiscalía no había imputado cargos dentro de este término. La Agencia judicial sustentó su decisión en el antecedente jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia No. 53823 del 05 de agosto de 2019, afirmando que el término de prescripción para el delito de omisión de agente retenedor o recaudador es de 12 años contados a partir de los 2 meses siguientes en los que debió consignarse los recursos, término que es el mismo tiempo que se señala en el tipo penal para considerarse dicha omisión como delito. Artículos 83 y 84 del Código Penal. Decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Distrito Judicial de la ciudad de Cali.

- d. En la sustentación del recurso de apelación se indicó que la decisión adoptada por las agencias judiciales no incluía el inciso 3º del artículo 84 del Código Penal, que determinaba que el término de prescripción de la acción penal para los delitos omisivos comenzaba a contar cuando cesa el deber de actuar, y como en la actualidad la imputada no ha cancelado los dineros recaudados, pues ese deber está activo.

La decisión adoptada por la Jurisdicción penal desconoce de manera errática la aplicación del principio del debido proceso en cuanto con su decisión la cual esta alejada del inciso 3º del artículo 84 del Código Penal, beneficia arbitrariamente a una de las partes, conculcando las garantías procesales de los demás intervinientes al proceso, como son las víctimas de la conducta penal realizada por la imputada Claudia Jimena Cárdenas Soto.

No obstante, lo demostrado y la objetividad de las normas aplicables al presente asunto que limitan el margen interpretativo y de elucubración de quien lo aplica, tanto del Juzgado 8º en lo penal como la Sala penal del Tribunal Superior del distrito judicial de cali, consideraron erradamente que en este caso no era aplicable el inciso 3º del artículo 84 del C.P., al dar por sentado que la conducta investigada era de ejecución instantánea, razón **no prevista en la ley** para efectos de la prescripción, como ha quedado señalado en todo este escrito, ya que adicionalmente por la conducta tipificada en el artículo 402 del Código penal, es por definición y tipificación, de carácter omisiva, ya que omite, incumple o se abstiene del deber de consignar los dineros recaudados, retenidos o autorretenidos.



5.3.2. Violación Directa de la Constitución

Al respecto tenemos que la Constitución Política establecido en el artículo 6 que:

“ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”

A su vez el artículo 121 *ibid.*, preceptúa

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”

Estos límites funcionales existen para proteger tanto a los particulares como al Estado de las extralimitaciones del Estado y propenden por erradicar el oscurantismo en las actuaciones de la administración, creando reglas claras, precisas y públicas para el desarrollo del estado social de derecho.

Es así como, los artículos 83 y 84 de C.P son normas sustantivas de orden público que tienen la finalidad de crear certeza tanto para el imputado como para las víctimas y demás sujetos procesales, porque establece unas reglas claras en la definición jurídica trascendente, de una actuación, las cuales no pueden ser cambiadas de un momento y por interpretación jurisprudencial, en perjuicio claro de los derechos de la víctima de la conducta, en especial en lo concerniente en la reparación del daño causado con ella o en su defecto el resarcimiento de los bienes presuntamente sustraídos de manera indebida.

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

6.1. Violación del debido proceso

De los defectos previamente demostrados se desprende directa y necesariamente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Este, ostenta el carácter de tal de acuerdo con el artículo 29 de nuestra Carta Política de 1991, de conformidad con el cual nadie puede *“ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. Es un derecho que posee una estructura compleja, pues se compone por un conjunto de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento judicial, entre las cuales se destaca el respeto por la plenitud de las formas propias de cada juicio, que se traduce en la correcta aplicación de las garantías procesales vigentes.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que una de las garantías que se desprende del derecho al debido proceso, es la de defensa y contradicción, la cual ha sido entendida como *“la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables”, de aplicación general y universal, que “constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”*⁷.

En el presente caso, la vulneración del debido proceso constitucional en perjuicio de la Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), como víctima es consecuencia del defecto fáctico y material, así como del desconocimiento del precedente judicial en los cuales incurrieron, tanto el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali, al igual que la Sala Penal del Tribunal de la misma ciudad, al emitir sus decisiones, que dieron fin al proceso penal del 17 de agosto de 2022, en abierta contradicción a lo señalado en el artículo 84 del C.P.

Con base en lo expuesto en detalle en los acápites anteriores, puede ahora afirmarse que, en síntesis, existió la vulneración del derecho fundamental constitucional del cual fue víctima con dichas determinaciones, la Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Así las cosas, en cuanto al defecto procedimental absoluto, se considera que no se requiere mayor desarrollo para afirmar que su caracterización en abstracto y luego su configuración en concreto, son una fuente directa e irremediable de violación del debido proceso. Ello fue justamente lo que a nuestro juicio ocurrió al interior del proceso penal y que posteriormente se materializó en las decisiones judiciales proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, el 17 de agosto de 2022 que confirmó la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali el 29 de junio de 2021 en menoscabo del Estado colombiano representado en esta ocasión por la Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).



VII. PETICIONES

PRIMERO: Sírvase Señor magistrado reconocerme personería para actuar como apoderado judicial de la UAE DIAN, de conformidad con el memorial poder que adjunto a este escrito.

SEGUNDO: Solicito se sirva conceder la presente acción constitucional amparo (tutela) declarando que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, y el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali, han violado los derechos fundamentales al debido proceso y al principio de legalidad, así como la buena fe de la DIAN al proferir dentro del Proceso N° 76001-6000-199-2019-00244, decisión definitiva del 17 de agosto de 2022.

CUARTO: Como resultado de lo anterior dejar sin efectos la decisión adoptada el 17 de agosto de 2022 y la del 29 de junio de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali, respectivamente, y en su lugar se le ordene dictar una nueva sentencia en el cual se reconozca la correcta interpretación y aplicación del inciso 3º del artículo 84 del C.P y de la aplicación del precedente judicial N° 30017 del 14 de julio de 2011, el cual señaló que para los delitos omisivos *-como el de omisión de agente retenedor o recaudador-* su término de prescripción comenzaba a contar cuando cesa el deber de actuar.

VIII. PRUEBAS

Para sustentar mi dicho y pretensión, me permito adjuntar copia magnética de los siguientes documentos:

1. Acta y audiencia (inicialmente programada como de Acusación) celebrada el pasado veintinueve (29) de junio 2021 ante el Juzgado 8 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali donde se declaró la prescripción del proceso penal N° 76001-6000-199-2019-00244 a favor de la señora CLAUDIA JIMENA CARDENAS SOTO. En cuatro (04) folios y un (01) link.
<https://playback.livesize.com/#/publicvideo/a61a9042-72a2-4bef-a518-b7c7e68ffb3?vcpubtoken=d12f8810-38f3-4bb1-ba05-f8306954cab7>
2. Decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el pasado diecisiete (17) de agosto de 2022 dentro del proceso penal No. 76001-6000-199-2019-00244. En ocho (08) folios.
3. Denuncia impetrada en contra de la señora CLAUDIA JIMENA CARDENAS SOTO por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en veinte (20) folios.
- 4.- Acta donde consta la audiencia de formulación de Imputación de fecha 04 de junio de 2019, ante el Juzgado 12 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, en un (1) folio

IX. ANEXOS

- 1) Poder debidamente otorgado por la subdirectora de Representación Externa.
- 2) Copia de la Resolución 00091 de 3 de septiembre de 2021 por la cual se adopta el modelo de gestión jurídica para la DIAN.



- 3) Copia de la Resolución 00080 de 26 de agosto de 2021.
- 4) Copia de mi Documento de identificación.
- 5) Copia de mi Tarjeta Profesional de Abogado.
- 6) Acta de posesión en encargo y asignación al Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal de la dirección Seccional de Impuestos de Cali.

X. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento afirmo que no he presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos reclamados en la presente acción.

XI. AUTORIZACIÓN

Esta Tutela fue sometida al estudio previo de procedencia de la misma, se aprobó y autorizó su interposición por parte de la dependencia competente, Subdirección de Representación Externa de la UAE – DIAN, con ficha técnica N° PR-PEC-121 – Atención tutelas de fecha de aprobación 30 de enero de 2023.

XII. NOTIFICACIONES

La entidad accionante recibirá notificaciones en el correo notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Los accionados:



1.- Juzgado 8º Penal con funciones de Conocimiento, recibirá notificaciones en el correo: j08pccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

2.- Sala Penal del Tribunal Superior de Cali,

a) Secretaria Sala Penal, en el correo: sspencali@cendoj.ramajudicial.gov.co

b) Presidencia Sala penal, en el correo: presidenciaspcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Las notificaciones que me corresponden las Recibiré en la cuenta de correo: jvalenciaf@dian.gov.co

De ustedes con toda la atención,

Cordialmente,

José Aldemar Valencia Flórez
C.C. N° 16.705.438 de Cali
T.P N° 55.993 C.S. de la J
Celular: 3007785627.