

Sentencia T-335/18



Referencia: Expediente T-6.609.985

Acción de tutela instaurada por Luz Adriana Gómez Gómez contra el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, el Magistrado Alejandro Linares Cantillo y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo dictado el 14 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que declaró improcedente la acción de tutela promovida por Luz Adriana Gómez Gómez contra el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y que, a su vez, fue confirmado el 25 de enero de 2018 por la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 27 de octubre de 2017, Luz Adriana Gómez Gómez, actuando a través de apoderado¹, instauró acción de tutela² contra el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Lo anterior, con fundamento en los siguientes hechos:

¹ En el expediente se encuentra el poder especial conferido por la accionante al abogado Óscar Albeiro Cardona Trujillo (cuaderno 2, folio 10 a 13).

² Cuaderno 2, folio 1 a 9.

1.1. El 8 de enero de 2009, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante “DIAN”) presentó denuncia penal contra Luz Adriana Gómez Gómez -quien se desempeñó como representante legal de la sociedad Kazuki Motors S.A.- por la presunta comisión de la conducta punible de *omisión del agente retenedor o recaudador*.³

1.2. Posteriormente, la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juzgado Primero con Funciones de Control de Garantías de Yumbo (Valle del Cauca) que convocara a la audiencia de formulación de imputación. Esta fue fijada para el día 21 de septiembre de 2016.

Frente a la mencionada citación, Luz Adriana Gómez Gómez requirió que fuera postergada⁴, a lo cual accedió el Juzgado, estableciendo que la audiencia se celebraría el 4 de octubre de 2016.

No obstante, debido a “*su delicado estado de salud*”⁵, el 3 de octubre de 2016 la procesada solicitó nuevamente que se aplazara la audiencia. Al respecto, el Juzgado determinó como nueva fecha el 28 de octubre de 2016. Sin embargo, una vez más la procesada manifestó que no podía asistir porque “*coincidentalmente para esa calenda se le programó y efectivamente se le realizó una cirugía (...)*.”⁶

En razón de lo anterior, el Juzgado fijó como fecha el 21 de noviembre para la realización de la audiencia. En esta oportunidad, el apoderado⁷ de la procesada pidió un nuevo aplazamiento, en tanto debía atender otras audiencias, y señaló que “*el poder lo había recibido pocos días antes y requería de más tiempo para*

³ Según el artículo 402 del Código Penal (Ley 599 de 2000), vigente al momento de los hechos y sin las modificaciones realizadas por el artículo 341 de la Ley 1819 de 2016, establecía: “*Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas. // Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. // Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.*”

⁴ Según aparece en el expediente (cuaderno 2, folio 14) la solicitud se presentó por la accionante “*para conseguir los recursos económicos que demandaba su desplazamiento hasta esa municipalidad, dejar en orden y segura su parentela, especialmente sus ancianos progenitores y su menor hijo, al igual que obtener los permisos en su lugar de trabajo y dejar las labores al día para conseguirlo.*”

⁵ Cuaderno 2, folio 14.

⁶ *Idem*. El apoderado de la accionante manifestó que las constancias médicas e incapacidades fueron presentadas al Juzgado Primero con Funciones de Control de Garantías de Yumbo.

⁷ En ese momento era el abogado Rafael Mejía Guevara (cuaderno 2, folio 14).

preparar la defensa.”⁸ Pocos días después, el 25 de noviembre de 2016, el apoderado de la procesada renunció al poder.

El Juzgado Primero con Funciones de Control de Garantías de Yumbo estableció el 12 de diciembre de 2016 como fecha para celebrar la audiencia de formulación de imputación. Al respecto, la procesada envió una nueva solicitud de aplazamiento, anunciando que el abogado Óscar Albeiro Cardona Trujillo asumiría su defensa, para lo cual necesitaría más tiempo para prepararla adecuadamente.

1.3. El nuevo apoderado de Luz Adriana Gómez Gómez -quien también la representa judicialmente en el trámite de tutela (*supra*, ver nota al pie N° 1)- señaló que esa petición no tuvo respuesta, y que “*ese silencio llevó a inferir razonablemente a mi patrocinada que se había admitido su pedimento (...).*”⁹

1.4. La audiencia de formulación de imputación se celebró el 12 de diciembre de 2016, en donde se declaró la contumacia de Luz Adriana Gómez Gómez, designándosele una abogada del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

1.5. El apoderado de la procesada indicó que conocieron de la realización de la referida audiencia tan solo en mayo de 2017, cuando se les informó de la fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación. En relación con esta, el 23 de mayo de 2017 solicitaron que se fijara una nueva fecha, lo cual -según el apoderado- no fue objeto de pronunciamiento y que, confiando en la respuesta de una funcionaria del Juzgado -que indicó que habían recibido el requerimiento-, quedaron a la espera de recibir una nueva fecha, siendo “sorprendidos” cuando la defensora pública les comunicó que la audiencia preparatoria sería el 19 de septiembre de 2017.¹⁰

1.6. En efecto, la audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 26 de mayo de 2017 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, en donde se reconoció la condición de víctima a la DIAN, y la defensora manifestó que conocía el escrito de acusación y solicitó la totalidad de los elementos materiales probatorios.¹¹

1.7. El 21 de junio de 2017 el apoderado de Luz Adriana Gómez Gómez presentó solicitud de nulidad ante el juzgado de conocimiento, para que se declarara ese fenómeno jurídico a partir de la audiencia de formulación de imputación.

⁸ *Ibidem.*, folio 15.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem.*, folio 16. En particular, respecto de la inasistencia a la audiencia de formulación de acusación, el apoderado señaló que “[e]sta insospechada sorpresa obviamente acarrearía rediseñar la estrategia con el defensor, pues se trataba de una audiencia completamente diferente, con otros objetivos y efectos jurídicos, lo que requería de mayor tiempo (...)” (*ibidem.*, folio 20.)

¹¹ *Ibidem.*, folio 41.

Lo anterior, pues consideraba que las audiencias de formulación de imputación y de formulación de acusación se realizaron “a sus espaldas”, debido a que la declaratoria de contumacia fue ilegal -ya que las inasistencias estaban justificadas-, lo que implicó que no se garantizaran los derechos de defensa material y técnica durante el proceso.

Precisó que era en la audiencia de formulación de acusación el momento indicado para presentar la nulidad¹², por lo que las irregularidades de la audiencia de formulación de imputación también se extienden a aquella.

1.8. Mediante oficio N° 1312 de 22 de junio de 2017¹³, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali respondió que (i) la audiencia preparatoria estaba programada para el 19 de septiembre de 2017; (ii) teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento en donde impera la oralidad, sería en esa audiencia pública en la que se resolvería lo pertinente a la solicitud de nulidad; y (iii) en la misma audiencia también sería reconocido como defensor conforme con el poder conferido por Luz Adriana Gómez Gómez.

1.9. Tal como lo señaló el Juzgado, la audiencia se celebró el 19 de septiembre de 2017.

En el transcurso de la misma, la procesada no aceptó los cargos, y su apoderado le recordó al Juez acerca de la solicitud presentada por escrito el 21 de junio de 2017. Al respecto, el funcionario judicial le señaló que no podía resolver esa solicitud porque se hizo por escrito fuera de audiencia pública, y en ese momento no estaba reconocido como apoderado. Frente a dicha respuesta, el abogado indicó que la acataba.¹⁴

Finalmente, se fijó el 2 de febrero de 2018 como fecha para iniciar el juicio oral.

2. Acción de tutela instaurada

En razón de lo expuesto, el apoderado de la accionante solicitó que (i) se tutelaran sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, y (ii) se ordene al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali que resuelva la solicitud de nulidad presentada el 21 de junio de 2017, o que convoque a una audiencia pública para que la defensa pueda presentar y sustentar la solicitud de nulidad.

¹² Esto, en tanto el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal aplicable (Ley 906 de 2004) dispone que es la audiencia de formulación de acusación el momento oportuno para proponer las nulidades. Sin embargo, añadió que -de acuerdo con el artículo 10 *ejusdem*- toda la actuación procesal debe respetar los derechos fundamentales de quienes intervienen en ella, razón por la que las nulidades también pueden solicitarse con posterioridad a la referida audiencia (en general, señaló que pueden proponerse “*en cualquier estado y etapa del proceso (...) por violación de [las] garantías fundamentales*”. (Cuaderno 2, folio 18)

¹³ Cuaderno 2, folio 25.

¹⁴ *Ibidem.*, folio 2-3. Específicamente, el apoderado manifestó: “*Muy bien, acato entonces señor Juez*”.

Lo anterior, pues considera que pese a que han transcurrido más de cuatro meses, no se ha resuelto la solicitud de nulidad. Al respecto, el apoderado precisó que, “[n]o obstante la determinación voluble y terminante del señor juez de no contestar mi solicitud allí, me pareció sano dar un compás de espera para recibir posteriormente una respuesta de fondo a su petición (...).”¹⁵

Aunado a esto, subrayó que en la audiencia preparatoria el Juez no se pronunció de fondo ni autorizó a la defensa para que pudiera exponer y sustentar la solicitud de nulidad.

3. Trámite, admisión y respuesta de las accionadas

3.1. El conocimiento del asunto le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, la cual profirió auto admisorio el 27 de octubre de 2017.¹⁶ En este dispuso admitir la acción de tutela y notificar al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

3.2. La acción de tutela fue respondida el 30 de octubre de 2017¹⁷. El juzgado accionado solicitó que se negara el amparo, en tanto no se había vulnerado ningún derecho fundamental.

En particular, sostuvo que en la audiencia preparatoria efectivamente se dio respuesta a la solicitud de nulidad presentada por *escrito*. Señaló que “*al momento en que se realiza la audiencia de Formulación de Acusación fungía como defensora la Dra. Gloria Esperanza Sedano Ospina y es en esa audiencia de formulación de acusación según lo establece la Ley 906 de 2004 en su Artículo 339 donde las partes deben expresar oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación.*”¹⁸ (Subrayas y negrillas originales)

Finalmente, resaltó que (i) el abogado de la procesada estuvo de acuerdo con las razones jurídicas para no resolver el *escrito* de nulidad; (ii) si el mismo no presentó en esa audiencia oral los argumentos de nulidad “*solo él sabrá porque (sic) no lo hizo*”¹⁹; y (iii) lo que pretende con la acción de tutela es revivir la actuación, en la cual ni siquiera se hizo uso de los recursos procedentes para controvertir la respuesta que se le dio.

3.3. Mediante Auto de 2 de noviembre de 2017²⁰, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió vincular al trámite de tutela -como terceros con interés legítimo- a la Fiscalía 156 Seccional de Yumbo (encargada

¹⁵ *Ibidem.*, folio 4.

¹⁶ Cuaderno 2, folio 38.

¹⁷ Cuaderno 2, folio 41 a 43.

¹⁸ *Ibidem.*, folio 42.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Ibidem.*, folio 44.

de la persecución penal) y a la DIAN (en calidad de víctima, *supra* antecedente N° 1.6.).

3.4. Solo se presentó respuesta por parte de la DIAN²¹. A través de oficio de 3 de noviembre de 2017, esta entidad solicitó que se negara el amparo deprecado.

Para fundamentar esto, hizo un breve recuento del proceso penal adelantado contra Luz Adriana Gómez Gómez -resaltando las múltiples inasistencias de esta a las citaciones programadas para celebrar la audiencia de formulación de imputación-, haciendo énfasis además en que la accionante ha contado con los recursos establecidos al interior del proceso penal, pero no ha acudido a los mismos y se ha encargado de dilatar el proceso penal. De esta manera, no puede alegar a su favor “su propia incuria”.²²

Esto, porque la acción de tutela no puede ser empleada como un recurso alternativo ni complementario a los medios de defensa establecidos en el proceso penal, ni para subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia proferida el 14 de noviembre de 2017²³, declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Lo anterior, tras considerar que *“cualquier reclamación que se estime se ha suscitado en el trámite de la actuación judicial debe presentarla al interior del respectivo diligenciamiento y no a través de la tutela”*²⁴, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de un asunto que no ha culminado. Así, *“la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales o con las omisiones que en su trámite se susciten, han de ser planteadas y debatidas en forma oportuna, acudiendo para ello a los medios de impugnación o mecanismos instituidos en los códigos de procedimiento.”*²⁵

Específicamente, indicó que las censuras frente a las presuntas irregularidades *“pueden seguir siendo propuestas en las oportunidades contempladas al interior del proceso, concretamente, en las alegaciones finales del juicio oral, y si es del caso, recurriendo la sentencia en el evento de resultar contraria a sus intereses o, incluso, eventualmente a través del recurso extraordinario de casación.”*²⁶

Finalmente, recalcó que *“la instancia judicial accionada no sólo permitió expresarse al representante judicial de la accionante sobre el trámite de su interés*

²¹ *Ibidem*, folio 49 a 51.

²² *Ibidem*, folio 50.

²³ *Ibidem.*, folio 70 a 77.

²⁴ *Ibidem.*, folio 75.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

(...), sino que le dio a conocer las razones de índole jurídico que le impedían un pronunciamiento sobre lo pedido en el escrito que presentó (...)”²⁷; y que “una vez el Juez de conocimiento le aclaró [al] abogado la imposibilidad de pronunciarse sobre la solicitud de nulidad escrita que formuló, éste acogió ese planteamiento y no intentó si quiera que el Juez reevaluara su postura ni de elevar de manera oral su pedimento, omisión ésta que por vía de este instrumento constitucional no puede tratar de remediar, para que se reviva la oportunidad de invocar o que se le resuelva su pretensión.”²⁸

4.2. La decisión fue impugnada el 11 de agosto de 2018 por el apoderado de la accionante²⁹, quien señaló que el Juzgado accionado no resolvió su petición, “a pesar de haberlo anunciado y prometido con antelación mediante oficio 1312 del 22 de junio (...)”³⁰, razón por la que no dictó ningún proveído frente al cual interponer recursos, “de suerte que mi expresión de ‘acatarlo’, hacia (sic) relación a no confrontar o polemizar con el funcionario por una razón elemental de respeto al director de la audiencia, pues mal haría yo en porfiarle que me contestara la petición, cuando era evidente que no lo iba a hacer, que su posición tozuda no era otra que rehusarla, esquivarla, evadirla (...), por eso, ante esa actitud terminante y de no abrir ni permitir espacio para contraargumentar (...), concebí la idea de no discutirle, sino de recurrir a la TUTELA como solución a la transgresión (...)”³¹

Por otro lado, sostuvo que no es “lógico esperar la realización de la audiencia de juicio público, o los alegatos conclusivos, o la culminación del proceso penal, (...) para su eventual saneamiento de la actuación enervante detectada a tiempo.”³²

4.3. La Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 25 de enero de 2018³³, confirmó el fallo de primera instancia.

En particular, indicó que en los eventos en los cuales se formulen reclamaciones dentro de una actuación judicial -referentes a cuestiones jurisdiccionales y no puramente administrativas-, “éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino de postulación, el que ciertamente tiene cabida dentro del debido proceso (...)”³⁴, siendo la normatividad aplicable para resolver esos cuestionamientos, las disposiciones procesales que determinan la

²⁷ *Ibidem.*, folio 76. En concreto, la Sala Penal señaló que “no se advierte como caprichosa la decisión del Juez Primero Penal del Circuito de abstenerse de resolver en la audiencia preparatoria y de manera oral, sobre la solicitud de nulidad que de manera escritural fue formulada por el profesional del derecho que en tal documento se anunció como abogado defensor de la acusada, sin que se le hubiera reconocido la personería jurídica para actuar en el proceso; cuando lo que el mismo ordenamiento jurídico impone como principio rector y de obligatorio cumplimiento, es que la actuación procesal sea eminentemente oral (...)”

²⁸ *Ibidem.*, folio 77.

²⁹ *Ibidem.*, folio 82 a 84.

³⁰ *Ibidem.*, folio 82.

³¹ *Ibidem.*, folio 83.

³² *Idem.*

³³ Cuaderno 3, folio 3 a 12.

³⁴ *Ibidem.*, folio 8.

oportunidad de su uso (v.gr. Ley 600 de 2000 o 906 de 2004, dependiendo del caso).

En el caso concreto, se evidenció que el trámite se encontraba en curso, razón por la que se contaba con la posibilidad de reclamar al interior del mismo la protección que se pretende con la acción de tutela.

En razón de lo expuesto decidió confirmar la sentencia recurrida, *“pues el suceso de no querer ‘polemizar con el funcionario’ no es justificación válida para acudir de manera automática a esta herramienta constitucional, máxime cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable (...).”*³⁵

5. Pruebas que obran en el expediente

A continuación se relacionan las pruebas más relevantes que reposan en el expediente:

- Poder especial otorgado el 24 de mayo de 2017 por Luz Adriana Gómez Gómez al abogado Óscar Albeiro Cardona Trujillo para que asumiera su defensa en el marco del proceso penal (cuaderno 2, folio 28 y 29).
- Copia de la solicitud de nulidad presentada el 16 de junio de 2017 por Óscar Albeiro Cardona Trujillo al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (cuaderno 2, folio 13 a 24).
- Respuesta proferida el 22 de junio de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali a la solicitud de nulidad (cuaderno 2, folio 25).
- Acta de la audiencia preparatoria, realizada el 19 de septiembre de 2017 (cuaderno 2, folio 26 y 27).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de las decisiones judiciales materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto de 17 de abril de 2018, expedido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que decidió seleccionar para su revisión el expediente referido.

2. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

³⁵ *Ibidem.*, folio 11.

2.1. En relación con los antecedentes mencionados, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional debe determinar, en primer lugar, si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia. De superar dicho análisis, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali vulneró los derechos fundamentales de petición, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Luz Adriana Gómez Gómez al no resolver -en el trámite de la audiencia preparatoria- la solicitud escrita de nulidad presentada por su apoderado?

2.2. Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala (i) se pronunciará sobre la procedencia de la acción de tutela y, de superarse dicho análisis, se referirá (ii) al derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia; y, finalmente (iii) realizará el estudio del caso concreto.

3. Análisis de procedencia. Especial mención del requisito de subsidiariedad tratándose de procesos judiciales en curso

La Sala Segunda de Revisión advierte que la acción de tutela presentada por Luz Adriana Gómez Gómez es improcedente, porque no cumple con el requisito de subsidiariedad.

3.1. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, los requisitos de procedencia de la acción de tutela son los de legitimación por activa, legitimación por pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

3.1.1. Se ha señalado que la *legitimación en la causa por activa* consiste en la posibilidad con la que cuentan determinadas personas para instaurar una acción de tutela. Según el artículo 86 de la Constitución Política, la misma puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la legitimación en la causa por activa se satisface cuando la acción es ejercida (i) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; (iv) por medio de agente oficioso; o (v) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales.³⁶

³⁶ Sentencias T-493 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-194 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.2.3.; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico

3.1.2. Por otra parte, respecto de la *legitimación en la causa por pasiva*, la Corte ha indicado que esta hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Así, la acción se puede invocar contra una autoridad pública o un particular, que haya vulnerado o amenazado algún derecho de rango constitucional fundamental.³⁷

3.1.3. En relación con el requisito de *inmediatez*, la Corte ha manifestado que - por regla general- la acción de tutela debe ser instaurada oportunamente y dentro de un plazo razonable.³⁸ Lo anterior no equivale a imponer un término de caducidad, ya que ello transgrediría el artículo 86 de la Constitución Política, que establece que la tutela se puede instaurar en cualquier tiempo sin distinción alguna³⁹. El análisis de este requisito no se suple con un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela, sino que supone un análisis del caso particular conforme a diferentes criterios, tales como la situación personal del peticionario, el momento en el que se produce la vulneración, la naturaleza de la vulneración, la actuación contra la que se dirige la tutela y los efectos de esta en los derechos de terceros.⁴⁰

3.1.4. En lo referido al requisito de *subsidiariedad*, la Corte ha establecido que la tutela es procedente cuando (i) no exista otro mecanismo de defensa judicial; (ii) existiendo, la intervención del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable⁴¹, evento en el cual procederá de manera transitoria; o (iii) si los mecanismos de defensa judicial no resultan idóneos o eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados, caso en el cual procederá de manera definitiva.⁴² La *idoneidad* se

Nº 2.1.1.; y T-036 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico Nº 3.1.1.

³⁷ Sentencias T-1015 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico Nº 3; T-626 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico Nº 3.1.5; y T-678 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 4.

³⁸ Sentencias SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 2; y T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico Nº 2.3.

³⁹ Sentencias T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico Nº 4.1.3; T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 27; y SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico Nº 3.4.

⁴⁰ Estos criterios fueron sintetizados en la Sentencia SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 62. También son referidos en las Sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico Nº 19; SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 11; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 4.4.

⁴¹ La jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes elementos para considerar cuándo se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable: (i) que se esté ante un perjuicio *inminente* o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser *grave*, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas *urgentes* para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser *impostergables*, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

⁴² Sentencias T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 1.2; T-627 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico Nº 6.2.1.5; T-549 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 5.1; T-209 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico Nº 5; T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 4.3.; y T-036 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico Nº 3.1.3.

refiere a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho, mientras que la *eficacia* hace alusión al hecho que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado.⁴³ Ahora bien, en consideración a las particularidades del caso, es necesario ahondar en las siguientes premisas:

3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.⁴⁴

3.1.4.2. Tratándose de peticiones realizadas ante las autoridades judiciales, los términos de solicitudes de carácter administrativo y de carácter judicial son diferentes.

La Corte ha especificado que se deben diferenciar las peticiones que se formulen ante los jueces, las cuales serán de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo, por lo que la decisión se debe sujetar a los términos y etapas procesales previstos para el efecto; y (ii) aquellas que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración, esto es, por las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.⁴⁵

De esta manera, si la respuesta implica una decisión judicial sobre algún asunto relacionado con la *litis* o con el procedimiento -caso en los que la contestación equivaldría a un acto expedido en función jurisdiccional- el juez no está obligado a responder bajo las previsiones normativas del derecho de petición sino que, en acatamiento al debido proceso, deberá dar prevalencia a los

⁴³ Sentencias T-798 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4; SU-772 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 5.2.; y T-161 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 3.3.1.

⁴⁴ Sentencias T-886 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 2; T-212 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 1.4.; T-113 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 17; T-103 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 5.1.; y T-396 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 5.1.

⁴⁵ Sentencias T-311 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 4; y T-172 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4.

términos, procedimiento y contenidos de las actuaciones que correspondan a la situación.⁴⁶

3.2. La acción de tutela presentada por Luz Adriana Gómez Gómez cumple - respectivamente- con los requisitos de procedencia de *legitimación por activa y por pasiva*, e *inmediatez*, puesto que fue instaurada (i) por su apoderado (*supra*, nota al pie N° 1, y fundamento jurídico N° 3.1.1.), (ii) contra una autoridad judicial, y (iii) cuando había transcurrido apenas un mes y doce días de celebrada la audiencia preparatoria (*supra*, antecedente N° 1 y 1.9), lo cual es un término razonable y oportuno, teniendo en cuenta que el objetivo primordial de la acción de tutela se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales.

No obstante, no sucede lo mismo con el requisito de *subsidiariedad*.

En primer lugar porque, como acertadamente lo afirmó la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (*supra*, antecedente N° 4.3.), el acatar -durante el trámite de la audiencia preparatoria- la decisión del Juzgado accionado por no querer “*confrontar o polemizar con el funcionario*”, no es una razón que justifique la pretensión del apoderado de la accionante de subsanar su omisión a través de la acción de tutela, más aún cuando se trata de un proceso que se encontraba en curso (*supra*, fundamento jurídico N° 3.1.4.1.), y porque tampoco se acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable.

Además, al tratarse de una solicitud de nulidad por la supuesta vulneración del derecho de defensa de la accionante al declararse contumaz (*supra*, antecedente N° 1.7.), es claro que se trataba de una cuestión relacionada con el procedimiento que, en consecuencia, debía ser estudiada conforme con los términos y etapas procesales previstos para el efecto (*supra*, fundamento jurídico N° 3.1.4.2.).

Así, en virtud del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* -según el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa⁴⁷, no puede acudir a la acción de tutela como una instancia adicional para revivir términos procesales vencidos, ni para subsanar omisiones o errores cometidos al interior del proceso⁴⁸, puesto que los abogados deben ser especialmente diligentes en el ejercicio de las actuaciones que realicen en el marco de los procesos judiciales. En tal sentido, frente a la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito con

⁴⁶ Sentencias T-272 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-920 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3.2.; y T-311 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 4.

⁴⁷ Sentencias T-332 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara, fundamento jurídico “a”; C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico N° 6.2.5.c.; T-021 de 2007. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3 y 4; T-213 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 6; y T-1231 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.3.

⁴⁸ Sentencias T-557 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamento jurídico N° 5; T-255 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.2.; T-211 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 1; y T-006 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 4.2.

Funciones de Conocimiento de Cali, el apoderado de la accionante debió promover los recursos que establece el Código de Procedimiento Penal.⁴⁹

Aunado a lo anterior, debe aclararse que -contrario a lo sostenido por el apoderado de la accionante (*supra*, antecedente N°1.7.)-, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la proposición de solicitudes de nulidad no se circunscribe exclusivamente a la audiencia de formulación de acusación.

Si bien es cierto que el artículo 339 es la única norma de la Ley 906 de 2004 que indica expresamente un momento procesal para referirse a las nulidades⁵⁰, su alcance se circunscribe a “*las nulidades de la fase investigativa (...) [y] a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación (...)*.”⁵¹ Ligado a esto, se deben tener en cuenta las consideraciones que se plasman a continuación.

Aunque la Ley 906 de 2004 no establece una completa regulación de las nulidades y sus principios, sí determinó tres causales de nulidad⁵², las cuales deben ser interpretadas y aplicadas de manera taxativa.⁵³ Además, los principios que rigen las nulidades contemplados en la Ley 600 de 2000 siguen vigentes, puesto que pertenecen a la teoría general del proceso penal, y ambos estatutos procesales coexisten -en la medida que la Ley 906 no derogó la Ley 600.⁵⁴

Esto, porque en virtud del *principio de integración* consagrado en el artículo 25 de la Ley 906, es dable acudir a otros ordenamientos procesales que no repelen con la naturaleza del procedimiento penal con el fin de llenar los vacíos normativos que deban subsanarse, como lo puede ser el Código General del Proceso, el cual -en su artículo 1°- autoriza su aplicación, además de los trámites civiles, comerciales, de familia y agrarios, “*a todos los asuntos de cualquier*

⁴⁹ Específicamente, la Ley 906 de 2004 dispone: “*Artículo 176. Recursos ordinarios. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. // Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia. // La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.*”

⁵⁰ “*Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. (...)*”

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 24 de agosto de 2009 (Radicación N° 31900), M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁵² Los artículos 455 a 457 de la Ley 906 de 2004 indica que son causales de nulidad -respectivamente-: (i) la derivada de la prueba ilícita, (ii) la incompetencia del juez, y (iii) la violación a garantías fundamentales. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 6 de junio de 2007 (Radicación N° 26359), M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵³ Artículo 458 de la Ley 906 de 2004.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 6 de junio de 2007 (Radicación N° 26359), M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; 24 de agosto de 2009 (Radicación N° 31900), M.P. José Leonidas Bustos Martínez; y 16 de noviembre de 2016 (Radicación N° 47990), M.P. José Luis Barceló Camacho.

*jurisdicción o especialidad (...) cuando no estén regulados expresamente en otras leyes”.*⁵⁵

Sin embargo, primero debe recurrirse a las previsiones de la Ley 600 de 2000, por ser de la misma especialidad y luego, si allí no se encuentra solución al problema jurídico planteado, o la que se deriva de sus dictados no es compatible con la sistemática de tendencia acusatoria, es factible decidir con soporte en lo preceptuado por el Código General del Proceso u otro estatuto.⁵⁶

En relación con la *oportunidad* para invocar las nulidades, el artículo 308 de la Ley 600 dispone que eso puede suceder en cualquier estado de la actuación procesal.⁵⁷ De igual manera, el artículo 134 del Código General del Proceso prevé que las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes que se dicte sentencia⁵⁸, lo que incluso puede realizarse de oficio si se trata de una actuación irregular con trascendencia.⁵⁹ Lo anterior, pues sería irrazonable que no se pueda corregir la violación a garantías fundamentales (art. 457 de la Ley 906) que se comentan con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación. Así, por ejemplo, la Sala de Casación Penal -en sede de casación- ha decretado la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria.⁶⁰

No obstante, *“el que asista al juez la facultad oficiosa de decretar las nulidades cuando las advierta, no puede constituir factor de habilitación respecto de las partes, pues, estas sí se hallan sujetas a los estrictos términos y oportunidades procesales, no sea que por el camino de la solicitud reiterada o inoficiosa de este tipo de mecanismos invalidantes, se obtengan efectos dilatorios o entrase el procedimiento por la sola voluntad de quien los postula.”*⁶¹

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 7 de julio de 2008 (Radicación N° 29424), M.P. José Leonidas Bustos Martínez; y 27 de julio de 2016 (Radicación N° 42720), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 7 de julio de 2008 (Radicación N° 29424), M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 14 de agosto de 2008 (Radicación N° 30261), M.P. José Leonidas Bustos Martínez; y 16 de noviembre de 2016 (Radicación N° 47990), M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁵⁷ “Artículo 308. Oportunidad. Las nulidades podrán invocarse en cualquier estado de la actuación procesal.”

⁵⁸ “Artículo 134. Oportunidad y trámite. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella (...).”

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de julio de 2016 (Radicación N° 42720), M.P. Eugenio Fernández Carlier. Así, se ha señalado que *“la ausencia total de defensa (...) impone la declaratoria de nulidad, ipso facto, sin necesidad de consideraciones referidas al impacto o trascendencia de ello. (...) la Sala advierte que por principio general la declaratoria de nulidad ha de operar –incluso con intervención oficiosa-, consecuentemente a la manifestación del vicio invalidatorio, en tanto, carece de sentido que deba continuarse con la tramitación procesal apenas porque formalmente se establecen etapas específicas, aun conociendo que lo adelantado con posterioridad también será objeto de anulación. // Lo adecuado, entonces, es que el saneamiento opere inmediato, dada no solo la naturaleza de la nulidad, sino caros principios de eficacia y economía procesal.”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de agosto de 2017 (Radicación N° 50774), M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.)

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 27 de enero de 2016 (Radicación N° 45790), M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; y 7 de febrero de 2018 (Radicación N° 49715), M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de enero de 2016 (Radicación N° 43002), M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. En el mismo sentido, se ha señalado que la facultad de decretar nulidades de oficio *“no significa que se habilite a las partes para que acudan al remedio cuando ya ha fenecido la oportunidad de alegarlo –siempre y cuando, claro, el vicio opere anterior a esta oportunidad-, dado que siguen operando para el efecto los principios de extemporaneidad, trascendencia y convalidación; ni mucho menos, que a manera de recurso dilatorio, se permita interrumpir una etapa procesal cuando al final de la*

En todo caso, lo relativo a las nulidades en el marco del proceso penal debe interpretarse de acuerdo con los principios establecidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.⁶²

3.3. En conclusión, la Sala Segunda de Revisión considera que la acción de tutela instaurada por Luz Adriana Gómez Gómez es improcedente, puesto que no satisfizo el requisito de procedencia de subsidiariedad al dirigirse contra un proceso judicial en curso, y porque las peticiones realizadas en relación con asuntos propios del proceso deben resolverse en los términos y etapas procesales previstos para el efecto.

En consecuencia, se confirmarán las decisiones de instancia, las cuales declararon la improcedencia de la acción de tutela.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida en segunda instancia por la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual declaró **IMPROCEDENTE** la acción de tutela presentada por Luz Adriana Gómez Gómez.

Segundo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

misma existe la posibilidad de tomar una decisión que involucre el tópico.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de agosto de 2017 (Radicación N° 50774), M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.)

⁶² *“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de octubre de 2011 (Radicación N° 32143), M.P. José Leonidas Bustos Martínez). En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 7 de julio de 2008 (Radicación N° 29424), M.P. José Leonidas Bustos Martínez; y 7 de febrero de 2018 (Radicación N° 51653), M.P. Eugenio Fernández Carlier.*

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General