

Proceso No 25985

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.102

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil siete (2007).

VISTOS

La Sala se pronuncia de fondo en sede de casación acerca de la eventual violación de garantías del procesado OSCAR IVÁN SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ con ocasión de la dosificación de la pena principal de multa de cuatrocientos noventa y cinco millones ciento ocho mil pesos (\$495.108.000,00) impuesta por el Tribunal Superior de Cundinamarca, cuando el 22 de febrero de 2006 confirmó el fallo de carácter condenatorio emitido por el Juzgado Único Penal del Circuito de Fusagasugá al hallarlo penalmente responsable a título de autor del concurso homogéneo de delitos de omisión del agente retenedor o recaudador.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

OSCAR IVÁN SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ, representante legal de la sociedad “Colombiana de Hoteles S.A.”, fue nombrado depositario provisional del Hotel “Chinauta Resort”, cuando la Fiscalía General de la Nación lo ocupó y lo puso a disposición del Instituto Nacional de Estupefacientes, cargo que desempeñó desde el 30 de mayo de

1996 hasta el 21 de agosto de 1998.

Como persona encargada de cumplir las obligaciones de la sociedad y de consignar las sumas retenidas y recaudadas por concepto de impuesto a las ventas (IVA) y retención en la fuente por las operaciones comerciales de la misma, no realizó los pagos correspondientes a los periodos comprendidos entre julio de 1997 y agosto de 1998.

La Fiscalía General de la Nación dio apertura a la respectiva investigación penal y luego de vincularlo a través de indagatoria, al no constituir requisito de perseguibilidad bajo la Ley 600 de 2000 resolver su situación jurídica provisional, clausuró el ciclo instructivo y calificó el mérito probatorio del sumario el 4 de marzo de 2002 con resolución de acusación por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo y sucesivo, decisión que adquirió firmeza tras su confirmación por parte de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de septiembre de la anualidad en cita.

La fase del juicio la adelantó inicialmente el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá, pero por el factor de competencia territorial correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito de Fusagasugá, despacho que tras celebrar el acto público de juzgamiento, mediante fallo de 13 de mayo de 2005 condenó a OSCAR IVÁN SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ como autor del concurso delictual objeto de acusación, a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de cuatrocientos noventa y cinco millones ciento ocho mil pesos (495.108.000,00), así como a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad.

Impugnado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Cundinamarca lo confirmó en su integridad, por lo que insistió el mismo sujeto procesal a través de la formulación del recurso extraordinario, no obstante, esta Sala mediante providencia de 30 de

noviembre de 2006 decidió inadmitir el libelo de casación, pero ordenó surtir al Ministerio Público el traslado establecido en la ley con el propósito de que conceptuara acerca de la eventual vulneración de garantías fundamentales del procesado en relación con la fijación del monto de la pena pecuniaria, a lo cual, en consecuencia, se circunscribirá el fallo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal destaca la

necesidad de restaurar la garantía de la legalidad de la pena imponible al enjuiciado ante su vulneración por parte del Tribunal al confirmar la decisión que la fijó en el doble del valor no consignado que estructuraba el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

Señala que en este caso debían integrarse las disposiciones del antiguo y el actual Código Penal para que con sujeción al principio de favorabilidad se dosificara la pena de prisión de acuerdo con el segundo y la multa con arreglo al primero.

Lo anterior, por cuanto el artículo 22 de la Ley 383 de 1997 establecía para la referida conducta la misma punibilidad prevista para el delito de peculado, la que de acuerdo al monto de la infracción ubica el rango punitivo de seis (6) a quince (15) años de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado, en tanto que el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, establecía una pena de prisión de tres (3) a (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado.

En suma, estima que fue desbordada la imposición de la pena pecuniaria de multa equivalente a cuatrocientos noventa y cinco millones, ciento ocho mil pesos (\$ 495'108.000.00), ya que no podía ser superior a la cuantía total de lo apropiado, es decir, de apenas doscientos cuarenta y siete millones quinientos cincuenta y cuatro

mil pesos (\$247'554.000.00) como tope máximo establecido en la antigua legislación.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo a fin de que la pena pecuniaria se imponga dentro de los límites establecidos en la legislación derogada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, la preexistencia normativa respecto del delito y de la pena se constituye tanto en garantía fundamental para el procesado, como límite al poder punitivo estatal.

En efecto, los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos y por lo mismo elevados por el legislador a la categoría de delitos, así como la correspondiente sanción previamente establecida a fin de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley, sin que estos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales.

Sin embargo, el mismo precepto superior en comento autoriza la excepción al principio de legalidad cuando se trata de leyes penales sustantivas y procesales de efectos sustanciales favorables al procesado o condenado, las cuales se deben aplicar con preferencia a las que le sean desfavorables.

A este respecto, la Sala ha puntualizado acerca de la sucesión de leyes con ocasión de la expedición del Código Penal de 2000 y el cotejo con el precedente ordenamiento (Decreto-Ley 100 de 1980), que no existe impedimento para acudir a la combinación de preceptos con miras a integrar la norma favorable, siempre que se mantenga a salvo la autonomía de cada instituto o materia objeto de regulación.

Si bien en este caso, para el comportamiento delictivo de omisión del agente retenedor o

recaudador acaecido entre julio de 1997 y agosto de 1998, en virtud del principio de favorabilidad en la dosificación de la pena principal de prisión se prefirieron las disposiciones del nuevo Código Penal de 2000, se imponía integrar la normativa derogada en lo concerniente a la pena pecuniaria.

Efectivamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, en su artículo 402 se estableció como punibilidad para el delito en estudio la prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado, sin superar el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tanto que el artículo 22 de la Ley 383 de 1997 homologaba la punibilidad con la prevista para el delito de peculado por apropiación en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 (modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), la cual, de acuerdo a los montos se fijaría entre seis (6) a (15) años de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado.

En este orden, como lo señala el Delegado, advierte la Sala el error esencial de los juzgadores de primera y segunda instancia, porque al determinar la pena pecuniaria en cuatrocientos noventa y cinco millones ciento ocho mil pesos (\$495.108.000,00) que corresponde al doble de lo no consignado que ascendió a los doscientos cuarenta y siete millones quinientos cincuenta y cuatro mil pesos (\$247.554.000,00), incurrieron en flagrante violación de las garantías fundamentales del procesado a la legalidad de la pena y la favorabilidad, pues con su fijación dejaron de aplicar el tope máximo establecido en la antigua regulación legal, norma que por hallarse en vigor en la fecha aludida era plenamente aplicable.

En consecuencia, corresponde a la Sala restaurar la garantía de la legalidad de la pena y por ello se dispondrá casar parcialmente, de oficio, el fallo en cuanto refiere a la pena de multa impuesta al procesado OSCAR IVÁN SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ, para en su lugar establecer su monto en doscientos cuarenta y siete millones quinientos cincuenta y cuatro mil pesos (\$247.554.000,00).

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

RESUELVE

1. CASAR DE OFICIO PARCIALMENTE el fallo de
segundo grado, para reducir a doscientos cuarenta y siete millones quinientos cincuenta y
cuatro mil pesos (\$247.554.000,00), la pena principal de multa impuesta al
procesado OSCAR IVÁN SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ, de conformidad con la
argumentación precedente.

2. PRECISAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada
se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aclaración de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Aun cuando al momento de suscribir el auto a través del cual se inadmitió la demanda de casación (noviembre 30 de 2006) omití consignar que aclaraba mi voto frente a la decisión de disponer de manera oficiosa el traslado de la actuación a la Procuraduría General de la Nación para la emisión de concepto acerca de posible vulneración a garantía fundamental, como ha sido mi posición reiterada, ello no obsta para que en este momento reitere mi criterio sobre el tema, pues hoy en día existe la posibilidad de “superar los defectos de la demanda” para realizar pronunciamiento de fondo por posible vulneración a garantía fundamental, ya que así se prevé en el artículo 184, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, a raíz precisamente de los fines de la casación, cuales son “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia” (artículo 180 ibídem), para lo cual ha de tenerse en cuenta la fundamentación que en la demanda se haga de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada, todo lo cual permite, itero, superar los defectos de la demanda.

En lo que no estoy de acuerdo, y es el objeto de la presente aclaración de voto al fallo emitido dentro de la presente actuación, es en que se haya dispuesto el traslado de la actuación a la Procuraduría General de la Nación para la emisión de concepto sobre la posible vulneración a garantía fundamental del sujeto pasivo de la acción del Estado, ya que esto sólo es procedente cuando la demanda satisface los requisitos formales (artículo 213, Ley 600 de 200), pues el concepto debe versar sobre los cargos admitidos, motivo por el cual al no haberse aceptado ninguno resultaba innecesario el traslado, por lo que lo

procedente era haberse pronunciado inmediatamente sobre el punto en la misma providencia inadmisoria de la demanda, para de esta manera dar aplicación al principio de pronta y cumplida administración de justicia, consagrado en el artículo 4º de la Ley 270 de 1996.

En torno a este tema, cabe agregar que cuando la Corte entra a proferir una sentencia de casación, es porque se ha observado el debido proceso propio del medio de impugnación extraordinario. Así, ha debido interponerse contra el fallo de segunda instancia dentro del término oportuno, el tribunal lo concedió, la demanda fue presentada en el término de traslado para el efecto, se tuvo que haber corrido, así mismo, el traslado para los no recurrentes; de igual modo, llegada la actuación a esta Corporación, se examinó la demanda, se declaró ajustada y ordenó el traslado al Procurador Delegado para que conceptuara sobre el mérito de la misma.

De esa forma, digo, la Corte regularmente asume de plano la competencia que tiene como Tribunal de casación para emitir la sentencia que sea del caso de acuerdo con los términos planteados en la demanda. Por ministerio de la Ley tal competencia se puede extender a aspectos no tratados en la demanda, cuando quiera que encuentre un motivo de nulidad o afectación a las garantías de los sujetos procesales (artículo 216).

No han sido pocos los casos en los que la Corte se ha visto precisada, después de haberse surtido el comentado trámite, a casar de oficio una sentencia de segundo grado al advertir la presencia de cualquiera de esas eventualidades, incluso, sin que el agente del Ministerio Público la hubiera detectado al rendir su concepto.

Entonces, si así ha procedido, es decir, si ha casado de oficio sin contar ni conocer la opinión del Procurador Delegado sobre un aspecto que sólo emergió a ojos de la Corte al momento de dictar la sentencia de casación, no encuentro razón atendible para que al estudiar si la demanda de casación reúne los requisitos de admisibilidad y después de

inadmitirla ante la carencia de tales requisitos, se dé lugar a un trámite que la ley no prevé.

En otras palabras, si según el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 el presupuesto para casar de oficio es que la Corte perciba que la sentencia se profirió dentro de un juicio viciado de nulidad o porque la misma atenta de manera ostensible contra las garantías fundamentales, es decir, si ya advirtió la falla al examinar preliminarmente la demanda que se va a inadmitir, pregunto ¿para qué traslado al Ministerio Público?

Creo, al contrario, que frente a esa circunstancia, el sentido del artículo en cita consiste en habilitar la competencia de la Corte para que profiera sentencia de oficio por fuera de los derroteros de la demanda, bien sea coetáneamente con la inadmisión de ésta o después de agotado el debido trámite casacional si es que el libelo llegó a ser admitido.

Por último, debo ser enfático en que el ejercicio de la facultad oficiosa que la ley le otorga a la Corte para casar una sentencia de segunda instancia si percibe alguna de las condiciones señaladas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, no abre paso a una tercera instancia, ni se asimila a un ámbito de plena jurisdicción, a modo de consulta, como para que pueda estimarse que tiene la gracia de decidir sobre todos los aspectos fácticos o jurídicos tratados en el fallo o examinar el completo andamiaje procesal.

En tal evento, el legislador estatuyó un plus de protección a las garantías fundamentales al asignarle a la Corte la misión de reparar ostensibles agravios a la estructura del proceso o las garantías debidas a los sujetos procesales, por manera que su campo de acción no es ilimitado sino el apenas necesario para introducir el correctivo que sea del caso.

En cuanto sentencia de casación la que así produzca, desde luego, como cualquier otra de la misma naturaleza, también debe propender por el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley le asignan a esa sede extraordinaria: hacer efectivos el derecho

material y las garantías de las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y la reparación de los agravios inferidos a las partes con el fallo.

No son más, pero tampoco menos, los límites que tiene la Corte en el ejercicio de la atribución que tiene de casar de oficio la sentencia. La ineludible e imperativa observancia de ellos garantizará que la casación no pierda su naturaleza de instituto procesal extraordinario, que se desarrolla por fuera de las instancias, técnico y especializado, y que no mute en simple escenario para revivir controversias ya agotadas o para prolongar, en desmedro de la celeridad que debe observar la administración de justicia, la discusión de asuntos resueltos en una sentencia judicial que se presume acertada y emitida con arreglo al ordenamiento jurídico.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.