

Proceso No 23116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 57

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual incrementó a cincuenta y dos meses de prisión la pena impuesta por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de dicha ciudad, que lo declaró penalmente responsable de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El Jefe de la División Jurídica Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, DIAN) con sede en Medellín denunció ante las autoridades que ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA, en su calidad de representante legal de la empresa

Almacenes Zhivago Valencia y Compañía Sociedad en Comandita, declaró pero no consignó dentro del plazo legal establecido para ello varias sumas de dinero, entre las cuales se encontraban las correspondientes al Impuesto del Valor Agregado (IVA), por el periodo tributario que va del 2001-3 al 2001-06, al igual que los periodos 2002-01 y 2002-03; y a la Retención en la Fuente (RETEFUENTE), del periodo del 2001-06 al 2001-12 y del 2002-01 al 2002-06.

2. Debido a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura de la instrucción, vinculó al señalado mediante diligencia de indagatoria y, en resolución que calificó el mérito del sumario, lo acusó de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador de que trata el artículo 402 de la ley 599 de 2000, en la modalidad de concurso previsto en el artículo 31 ibídem, tras estimar que fueron veinte las oportunidades en las que se dejó de consignar.

3. En la etapa siguiente, el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Medellín declaró a ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA como autor del delito en comento y lo condenó a la pena principal de treinta y seis meses de prisión y multa de \$365.898, al pago de la suma de \$271.972 a favor de la DIAN por concepto de daños y perjuicios. Así mismo, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad de que trata el artículo 63 de la ley 599 de 2000 por un periodo de prueba de dos años.

En la dosificación punitiva, el a quo consideró que el comporta-miento atribuido al procesado no obedecía a un concurso de conductas punibles, sino a la figura del delito continuado, en la medida en que cada una de sus pretermisiones se realizó bajo un mismo designio criminal.

Igualmente, partió para la individualización de la pena de los límites punitivos contemplados en el artículo 402 del Código Penal, que establecen una sanción privativa de la libertad que oscila entre los treinta y seis meses y los setenta y dos meses

de prisión.

4. Apelada dicha providencia por el representante de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que en la tasación de la pena no se dio aplicación al artículo 31 del Código Penal, el Tribunal Superior de Medellín le dio la razón, tras aducir que la primera instancia no pudo haber tenido como límites punitivos los previstos en el artículo 402 del Código Penal, sino que además debió haber contemplado lo señalado en el artículo 31 ibídem, bien sea en cuanto al concurso de conductas punibles, o bien en lo relacionado con la figura del delito continuado de que trata el parágrafo de la norma en comento.

Agregó que, en virtud del principio de la ley penal más favorable, en este caso resultaba más beneficioso para los intereses de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA aplicar lo señalado en el parágrafo del artículo 31 de la ley 599 de 2000, que aumenta la pena correspondiente al tipo respectivo en una tercera parte, en lugar de lo previsto en el inciso 1º ibídem, que incrementa la pena individualizada más grave hasta en otro tanto.

Por lo tanto, fijó como límites punitivos para la dosificación de la pena la prevista en el artículo 402 del Código Penal, aumentada en la tercera parte, para una sanción que oscila de los cuarenta y ocho a los noventa y seis meses de prisión, y, ubicando el ámbito de movilidad en el denominado cuarto mínimo, que va de cuarenta y ocho a sesenta meses, la individualizó en cincuenta y dos meses de prisión en contra del procesado.

Así mismo, le concedió la prisión domiciliaria y, por último, confirmó la sentencia en todo lo demás que no fue materia de impugnación.

5. Contra el fallo de segundo grado, interpuso el defensor de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA el recurso extraordinario de casación.

## LA DEMANDA

El defensor manifestó al amparo de la causal tercera de casación que el Tribunal dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto la Fiscalía imputó en la resolución acusatoria un concurso de conductas punibles mientras que las instancias condenaron por un delito continuado, de manera que, al no darse aplicación a la figura de la variación de la calificación jurídica de que trata el artículo 404 de la ley 600 de 2000, se configuró una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso.

Agregó que, si bien es cierto que las instancias invocaron el reconocimiento del principio de la ley penal más favorable, en el presente asunto el mismo no opera porque no hay un conflicto de leyes en el tiempo, en la medida en que todas las acciones omitidas debieron tener lugar bajo la vigencia de la ley 599 de 2000, porque la consignación más antigua (es decir, la correspondiente al periodo tributario 2001-03) pudo haberse presentado hasta el 11 de noviembre de 2001, fecha en la que ya se encontraba en vigencia la ley 599 de 2000.

Adicionalmente, indicó que, como la aplicación de este principio debe hacerse en concreto y no en abstracto, la pena en contra de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA debe individualizarse dentro del denominado cuarto mínimo, que oscila entre los treinta y seis meses y los sesenta y tres meses de prisión, y como la sanción dentro de ese ámbito de movilidad tendría que fijarse más cerca del mínimo que del máximo, es obvio que resultaría menos gravosa que la de cincuenta y dos meses de prisión impuesta por el Tribunal.

En consecuencia, solicitó a la Corte que en defensa de la garantía fundamental del debido proceso case de manera excepcional y discrecional el fallo impugnado y que además subsane la irregularidad señalada, en el sentido de dosificar la pena con base en los parámetros previstos en los artículos 31 inciso 1º, 60 y 61 de la ley 599 de 2000.

## CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo contemplado en el artículo 213 de la ley 600 de 2000, la Sala no admitirá la demanda de casación cuando el sujeto procesal que la presente carezca de interés jurídico en la interposición del recurso extraordinario.

Según una línea jurisprudencial de vieja data de la Corte, que ha sido tan pacífica como reiterada, el interés para recurrir no existe cuando el resultado de la impugnación suscitaría consecuencias más dañosas para los intereses de quien a ésta acude.

Por ejemplo, en la sentencia de 20 de abril de 1999, la Sala señaló en vigencia del ordenamiento procesal penal anterior (decreto 2700 de 1991) lo siguiente:

“Ciertamente, es el interés para recurrir lo que legitima el derecho a la impugnación, pues los recursos no pueden concebirse jurídicamente sino como un medio a través del cual se persigue la reparación de un agravio o perjuicio causado con la decisión judicial que se repudia, constituyendo imprescindible supuesto para su ejercicio, conforme lo regula la Ley Procesal Penal, trátase de recursos ordinarios o del extraordinario de casación, pues si bien es cierto que el artículo 196 de este Estatuto sólo lo exige literalmente para los primeros, ello no significa que no sea predicable para la casación, no solo porque conceptualmente en el ámbito de la Teoría del Proceso no puede concebirse un recurso en sentido diverso, sino porque nítidamente se infiere su imperativo de los fines que le determina este Código en su artículo 219.

”Esta exigencia, desde luego, no corresponde a un mero ejercicio intelectual de lo jurídico o a una ritualidad normativa desprendida de contenido y finalidad, pues, siendo un medio procesal que posibilita la revisión judicial para que el mismo funcionario que profirió la decisión por medio de la cual presuntamente se ocasionó ilegalmente un agravio o perjuicio a una de las partes lo subsane, o, mediante el recurso de apelación,

que lo haga su inmediato superior funcional o quien la misma ley determine, su naturaleza defensiva le es connatural y como tal se sustenta y contiene como legitimante del Estado de Derecho respetuoso de la dignidad y libertad del ser humano, que garantiza la interpretación y consiguiente aplicación de la ley, los medios para su ejecución y las decisiones intermedias y finales que se ven así amparadas en un debido proceso respetuoso de los derechos individuales y colectivos de una sociedad que se sabe protegida por la seguridad jurídica que emana de esta clase de decisiones.

"Incrustado, entonces, el derecho a la impugnación de los decisiones judiciales en un Estado fundamentado en el respeto a los derechos de la dignidad y la libertad de las personas, riñe con su naturaleza, filosofía, contenidos políticos, político criminales y jurídicos, el ejercicio de los medios defensivos legales que en cumplimiento de los límites formales y materiales que lo caracterizan, se emplee no para que los derechos de los sujetos procesales resulten lo menos afectados posible, sino para que sean mayormente afectados, esto es, para que la situación jurídica del impugnante se agrave, pues si bien los recursos constituyen un derecho, es el propio Estado el que presumiendo la legalidad y el acierto de las decisiones judiciales sólo posibilita su ejercicio en beneficio del recurrente, reservándose por razones de orden público otro mecanismo judicial como el de la consulta para los casos expresamente consagrados en la ley, en virtud de la cual por encima de los derechos individuales de cada uno de los sujetos procesales, aún desmejorando las situaciones declaradas judicialmente en su favor, hace primar la legalidad, llegando hasta declarar la nulidad de lo actuado cuando no existiendo otro mecanismo que la evite se impone para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos para el juzgamiento penal.

"Así, y si bien es cierto que la defensa técnica cumple en relación con la administración de justicia un papel de colaboración sobre el descubrimiento de la verdad real y el respeto de garantías que puedan abarcar los derechos de los demás sujetos procesales, lo cual implica atribuirle un deber de interés general, lo es igualmente que, frente a su

defendido, la actividad profesional debe estar encaminada al empleo de todos los medios legal y jurídicamente permitidos para beneficiar la situación procesal de aquél, lo cual le impide sacrificar los derechos de su procurado so pretexto de sacar adelante aquellos que teóricamente puedan incidir en el carácter público del juzgamiento, pero que en su particular situación no lo han afectado, lo que si se haría al provocar su corrección para hacerla más gravosa”<sup>1</sup>.

2. En el asunto que concita la atención de la Sala, el defensor del sentenciado ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA interpuso demanda de casación con el propósito de que la Corte revise la sanción impuesta por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia de segunda instancia y realice una nueva individualización de la misma, teniendo como parámetro de modificación para el tipo básico del delito de omisión del agente retenedor o recaudador el inciso 1º del artículo 31 del ordenamiento sustantivo, que regula la dosificación en los casos de concurso de conductas punibles, en lugar de seguir el criterio del ad quem, que la fijó con fundamento en el párrafo del citado artículo 31, referido a los casos de delito continuado, y obtuvo una pena privativa de la libertad equivalente a los cincuenta y dos meses de prisión.

De seguir la pretensión del demandante, la Sala encuentra que desde el punto de vista de la punibilidad se agravaría la situación jurídica de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA por lo siguiente:

2.1. Tal como lo tiene establecido la Corte, la dosificación en los eventos de concurso de conductas punibles “debe efectuarse a partir de la individualización de la que corresponde a cada uno de los delitos en concurso, con el fin de detectar cuál es la que resulta más grave, convirtiéndose ésta en la base que permite llevarla hasta el otro tanto de que habla el comentado artículo 26 [actual artículo 31 de la ley 599 de 2000]”<sup>2</sup>, de suerte que incluso podría presentarse “la sumatoria de las individualmente consideradas en caso de que sea inferior al otro tanto de la signada como más grave”<sup>3</sup>.

2.2. Como el presente caso se trataría de individualizar la pena correspondiente a un concurso homogéneo de delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, la 'pena más grave' de la que habría de partir sería la individualizada para cualquiera de las veinte pretermisiones que imputó la Fiscalía en la acusación.

2.3. De esta manera, como la pena señalada en el artículo 402 de la ley 599 de 2000 oscila entre los treinta y seis y los setenta y dos meses de prisión, y como además el organismo instructor no imputó desde el punto de vista jurídico circunstancia de mayor punibilidad alguna, el ámbito de movilidad en que habría de fijarse la pena sería el del denominado cuarto mínimo, es decir, el que va de los treinta y seis a los cuarenta y cinco meses de prisión.

2.4. Teniendo en cuenta que el Tribunal (en un ámbito de movilidad que oscilaba de cuarenta y ocho a sesenta meses) fijó una pena de cincuenta y dos meses de prisión, la sanción que en forma proporcional habría de imponerse en un ámbito de los treinta y seis a los cuarenta y cinco meses equivaldría a treinta y nueve meses de prisión.

2.5. Dicho monto de treinta y nueve meses tendría que incrementarse hasta en otro tanto, como quiera que el número de conductas punibles de omisión del agente retenedor o recaudador cometidas por ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA en concurso alcanzarían el número de veinte, tal como se indicó en la resolución de acusación.

Por lo tanto, la pena privativa de la libertad que habría de imponer la Corte al procesado si tratase su comportamiento como un concurso de conductas punibles y no como un delito continuado ascendería a los setenta y ocho meses de prisión.

En otras palabras, lo único que el demandante buscaría con la interposición de recurso es

que se le incremente la pena de prisión a su protegido de los cincuenta y dos meses a los setenta y ocho meses de prisión.

3. El error del demandante en la formulación y desarrollo del cargo consistió en suponer que para la dosificación en un concurso homogéneo de delitos el hasta otro tanto se determina sobre la base del límite máximo del tipo correspondiente a la conducta punible, por lo que en sus cuentas la pena oscilaba entre los treinta y seis y los ciento cuarenta y cuatro meses de prisión y, por lo tanto, el ámbito del cuarto mínimo se movía entre los treinta y seis y los sesenta y tres meses, caso en el cual la sanción, respetando de manera proporcional el criterio del Tribunal, no podría superar los treinta y nueve meses de prisión.

Pero, como se advierte de lo analizado en precedencia, el hasta otro tanto se determina en concreto, es decir, a partir de la pena más grave debidamente individualizada, y no en abstracto, como lo sugería en forma completamente equivocada el demandante.

Adicionalmente, el tema atinente al reconocimiento del principio de la ley penal más favorable a que hizo alusión en el escrito de la demanda, que se circunscribe al tiempo de perpetración de la conducta o conductas punibles, no sólo carece de incidencia alguna en este caso (pues de cualquier forma la pena que resulta aplicable es la del artículo 402 del actual Código Penal), sino que además no ostenta relación alguna con el problema jurídico propuesto, pues la favorabilidad que se predicó en el fallo cuestionado tiene que ver con la modalidad de incremento punitivo que había que imponerle al procesado, ya sea como un concurso homogéneo o un delito continuado, y en el presente asunto el Tribunal acertó dosificando la pena de la forma como lo hizo, esto es, reconociendo el aumento de la tercera parte de la pena de que trata el parágrafo del artículo 31 del Código Penal.

4. En consecuencia, como el defensor de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA carece de interés jurídico para recurrir en sede de casación, la Sala no admitirá la demanda presentada en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Por último, es de anotar que la Sala no observa que con ocasión del trámite procesal o en el fallo impugnado se haya materializado violación de derechos o garantías del procesado como para que se haga necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a la Corte a fin de asegurar su protección.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de ÓSCAR VALENCIA ECHAVARRÍA en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO  
GONZÁLEZ DE L.

MARÍA DEL ROSARIO

Permiso

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Permiso

(Impedido)

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de 20 de abril de 1999, radicación 10391

2 Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 18856

3 Ibídem