

Proceso No 31710

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 283

Bogotá. D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil nueve (2009).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación excepcional presentada por el defensor de Carlos Alirio Ruiz Fandiño, contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2008 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 7 de marzo de 2006 Olga Lucía Jaramillo Gómez en su calidad de funcionaria del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, denunció penalmente a Carlos Alirio Ruiz Fandiño representante legal de la Sociedad Administración Asesoría Inmobiliaria y Cobranza -AINCO LTDA- por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por el no pago de las sumas recaudadas por concepto del impuesto al valor agregado IVA durante los períodos que se relacionan a continuación:

CONCEPTO

AÑO

PERIODO

VALOR

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

Ventas

2001

2001

2001

2001

2002

2003

2003

2003

2003

2004

2004

2004

01

02

05

06

01

02

04

05

06

01

02

03

\$103.000

\$96.000

\$215.000

\$385.000

\$282.000

\$15.000

\$295.000

\$268.000

\$297.000

\$332.000

\$276.000

\$252.000

TOTAL

\$2.816.000

2. La Fiscalía inició investigación formal por estos hechos, vinculó a Carlos Alirio Ruiz Fandiño al proceso mediante indagatoria, y el 23 de octubre de 2006 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación por el delito omisión del agente retenedor o recaudador<sup>1</sup>, decisión que cobró ejecutoria el 9 de noviembre de 2006<sup>2</sup>.

3. El 4 de julio de 2007, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali condenó al acusado a la pena principal privativa de la libertad de 47 meses de prisión, a la accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, multa de \$6.144.000 y al pago de perjuicios materiales a favor de la DIAN por \$ 2.816.000<sup>3</sup>.

4. Apelado el fallo por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali lo confirmó el 28 de noviembre de 2008<sup>4</sup>. Inconforme con esta decisión, el apoderado del condenado recurre en casación excepcional.

## LA DEMANDA

El defensor plantea la necesidad de que la Corte desarrolle jurisprudencia en el sentido de determinar “en qué casos específicos existe vulneración efectiva de un tipo penal, cuando la cuantía del ilícito no supera un salario mínimo mensual legal”.

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal formula un cargo contra la sentencia de segundo grado por violación directa del artículo 402 del Código Penal (omisión del agente retenedor o recaudador) por indebida aplicación del artículo 11 (Antijuricidad) de la misma normatividad.

Considera erradas las apreciaciones del Tribunal Superior en las que asume que el comportamiento de Carlos Alirio Ruiz Fandiño puso efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado por el Estado. Afirma que su postura desconoce “por completo el principio de lesividad o antijuricidad material, y borrar de un tajo el denominado delito de bagatela, para disponer que todo comportamiento agotado por irrisorio que fuera deberá tener una intervención del Estado a través de los jueces de la república, con la emisión de una sanción punitiva, porque con ello, el mensaje de la sociedad es diáfano de que todo acto delictivo es derecho (sic) a una sanción represora, congestionando de esta manera más la Administración de Justicia y retrotrayéndonos a un derecho de autor, superado a este modelo actual de justicia.”

Asegura que la antijuricidad material excluye el daño insignificante al bien jurídicamente tutelado en la ley, por eso las sumas de dinero irrisorias dejadas de consignar por el procesado no están dentro de ese concepto por cuanto las mismas no alcanzaron a sobrepasar un salario mínimo mensual para predicar un daño efectivo al tipo penal por el cual fue condenado el señor Carlos Alirio Ruiz Fandiño.

Se pregunta el censor: ¿será que los dineros apropiados por el condenado lesionaron gravemente las finanzas de la Nación o que sin esos dineros, es imposible la realización de alguna obra o se dejaron de cancelar obligaciones por parte del Estado cuando el mismo Tribunal las catalogó como irrisorias? obviamente que no, pues esas cifras no son representativas para las finanzas de la Nación.

Es imperativo afirmar que por la cuantía del presente caso, no es posible predicar un daño efectivo a las finanzas del Estado, todo lo contrario, hay que aceptar que se trató de una lesión insignificante y justamente por eso, la tutela penal no resulta oportuna, acorde con el principio de intervención mínima de la facultad punitiva del aparato estatal.

Concluye el censor afirmando que la conducta imputada a Carlos Alirio Ruiz Fandiño no reúne las condiciones intrínsecas atribuidas a la antijuricidad material, razón por la cual el Tribunal Superior vulneró las garantías fundamentales porque finalmente lo condenó por un comportamiento que no tenía entidad de punible.

Solicita casar la sentencia impugnada y que en su lugar se profiera fallo absolutorio, por ausencia de antijuricidad material.

## CONSIDERACIONES

Cuando la casación se intenta por vía excepcional, requiere que el actor cumpla con la carga de expresar los motivos por los cuales considera que se ha violado una garantía fundamental o que se hace necesario desarrollar la jurisprudencia, pues sólo a estos eventos se restringe la posibilidad de admisión de esta modalidad de casación.

Si lo que se pretende es el desarrollo jurisprudencial, como sucede en este caso, el casacionista está obligado a exponer una argumentación lógica dirigida a evidenciar si lo que pide es: (i) la unificación de posiciones encontradas sobre el particular, (ii) la actualización de la doctrina hasta el momento imperante, (iii) el pronunciamiento sobre un tema aún no desarrollado y (iv) de qué manera la decisión que va a adoptar la Corte presta el doble servicio de solucionar adecuadamente el caso y de servir de guía como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Esta tarea implica, poner de presente el grado de dificultad que representa para los jueces el estudio del tema, su complejidad conceptual, la falta de claridad en su definición, y en fin, las razones de origen general y particular que justifiquen la necesidad de intervención de la Corte, precisiones que se tornan necesarias para poder valorar la seriedad de la demanda y concretamente, las razones que justifican su pronunciamiento por vía jurisprudencial.

Cumplidos estos requerimientos, corresponde al demandante presentar la fundamentación concreta de la censura, respetando las reglas técnicas de formulación, desarrollo y demostración del cargo, según las exigencias lógicas de causal invocada y el modo de violación de la ley sustancial.

En el caso analizado, el demandante justifica la intervención excepcional de la Corte para el desarrollo de la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“... es necesario que nuestro Máximo Tribunal en lo Penal, se pronuncie acerca de estas conductas que por el monto económico no deben ser objeto de una protección del Derecho Penal, y mucho menos como en el presente caso en donde el ofendido es la Administración Pública, delineando la Honorable Corte Suprema de Justicia con su pronunciamiento en qué casos específicos existe vulneración efectiva de un tipo penal, cuando la cuantía del ilícito no supera un salario mínimo legal mensual, y si por el hecho de encontrarnos ante un injusto de OMISIÓN DEL AGENTE RENEDOR O RECAUDADOR (sic) definido en el art. 402 del C. Penal, la cuantía no tiene ninguna incidencia en el juicio de tipicidad o por el contrario debe dársele el mismo tratamiento de la cuantía definido en el del PECULADO POR APROPIACIÓN, es decir, desarrollar la jurisprudencia en torno a los injustos que por su poca monta económica no alcanzan a vulnerar un bien jurídico tutelado por el Estado (antijuridicidad Material)”.<sup>5</sup>

Estas razones no ameritan la injerencia de esta Corporación, pues el censor pide “desarrollar la jurisprudencia en torno a los injustos que por su poca monta económica no alcanzan a vulnerar el bien jurídico”, pero no dice si el problema radica en la existencia de posiciones encontradas sobre el punto que deben ser unificadas, o en la necesidad de renovar tesis jurídicas desactualizadas, o en la conveniencia de fijar una postura doctrinal alrededor de un tema, aún no desarrollado.

Lo único que se infiere de sus argumentaciones es que está inconforme con

el juicio positivo de responsabilidad realizado por los juzgadores de instancia, y que en el propósito de continuar discutiendo sus decisiones, acude a plantear la necesidad de que la Corte estudie el tema y desarrolle la jurisprudencia, a partir, no de demostrar la existencia de una confusión o confrontación doctrinal generalizada alrededor del tema de la lesividad del bien jurídico, sino de una postura muy personal, que nace del interés que tiene en que el caso le sea resuelto favorablemente.

Tan subjetiva es la tesis del casacionista, que opta por tomar como referente para definir la lesividad de la conducta en esta clase de delitos, el monto de un salario mínimo legal mensual vigente, sin explicar de dónde nace o por qué debe acudirse a esa particular y caprichosa diferenciación cuantitativa para determinar la antijuridicidad del comportamiento, ni qué tiene que ver ese referente con la lesividad o no lesividad del bien jurídico de la administración pública.

La Corte asume que toma ese valor, y no otro, para que todas las apropiaciones que se le imputan al procesado en el caso en estudio, individualmente consideradas, queden cobijadas por su exótica tesis, lo cual viene a confirmar lo ya dicho sobre la falta de rigor sustancial del cargo, más aún si se tiene en cuenta que el actor omite considerar interesadamente que su defendido fue condenado, no por una apropiación en cuantía inferior a un salario mínimo, sino por múltiples apropiaciones, que superan ampliamente dicho límite.

Hacer depender la antijuridicidad de la conducta en esta clase de delitos, de la cuantía de lo apropiado, y más concretamente, del monto del salario mínimo, como lo propone el censor, desconoce que lo protegido a través de la norma es la indemnidad de los dineros estatales, y que a nivel de antijuridicidad formal y material amerita igual reproche quien se apropia de pequeñas cantidades, como quien lo hace de grandes valores, o quien decide esquilmarlos a cuenta gotas.

En síntesis, lo que se evidencia es la intención de utilizar el recurso extraordinario de casación como una tercera instancia para continuar haciendo reparos indiscriminados a los fallos, lo cual resulta inane en esta sede, de una parte, porque la sentencia de segunda instancia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y de otra, porque la casación solo procede frente a la demostración específica y concreta de errores in iudicando o in procedendo.

Como la demanda, de acuerdo con lo que se ha dejado visto, no cumple las exigencias mínimas para su estudio de fondo, en cuanto no demuestra la necesidad de intervención de la Corte para la protección de garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia, ni acredita la existencia de errores en la definición del caso, se dispondrá su inadmisión, de acuerdo con la consecuencia procesal prevista en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

#### CASACIÓN OFICIOSA

La Corte ha sostenido que la inadmisión de la demanda de casación no ahoga la posibilidad de una intervención oficiosa, cuando se advierte el desconocimiento de garantías fundamentales, al respecto ha dicho<sup>6</sup>

:

“Ha venido considerando la jurisprudencia mayoritaria de Sala que cuando se inadmite la demanda de casación pero se advierte la vulneración de una garantía fundamental que imponga su ineludible corrección, la Corte, previamente a pronunciarse al respecto, disponía correr traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto al respecto.

Sin embargo, encuentra la Sala que en aras de los postulados de pronta y eficaz administración de justicia, lo lógico es que advertida la irregularidad que atente contra las

garantías de los derechos fundamentales, sin correr traslado al Ministerio Público, se subsane de manera inmediata, con el fin de reparar el agravio inferido, máxime cuando la Constitución y la ley impone a la Corte Suprema de Justicia efectivizar el derecho material.

Por consiguiente, recogiendo la jurisprudencia sentada al respecto, la Sala procederá a pronunciarse en este caso sobre la afectación de un derecho fundamental”.

En el presente asunto, la Fiscalía 92 Seccional de Cali profirió resolución de acusación en contra de Carlos Alirio Ruiz Fandiño por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, “en calidad de autor, respecto del impuesto de ventas año 2001 periodos 01,02,05,06, año 2002 periodo 01, año 2003 periodo (sic) 02,04,05,06 y año 2004 periodo (sic) 01,02,03 conformidad con las consideraciones precedentes, de acuerdo a los artículos 395 y 397 del C.P.P.”, sin indicar que se procedía por un concurso de delitos.

El juez de primera instancia, al dictar sentencia, condenó al procesado a la pena de 47 meses de prisión y multa de \$6.144.000 al hallarlo responsable de 12 delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, agotados en concurso, en decisión que fue confirmada por el Tribunal al desatar el recurso de apelación.

La Sala observa que el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali desbordó los marcos de la resolución de acusación, al deducir en la sentencia condenatoria un concurso de conductas punibles, no imputado por la Fiscalía al momento de calificar el mérito del sumario contra el procesado, con vulneración flagrante del principio de congruencia, y de la estructura conceptual del proceso, que se reflejó en la tasación de la pena.

En efecto. En el proceso de dosificación el a quo concretó la pena privativa de la libertad a partir del mínimo a imponer, es decir 36 meses de prisión y la aumentó en 11 meses más “por los 11 delitos de la misma especie concursantes”, para un

total de 47 meses de prisión. Y en lo que respecta a la multa tomó el doble de lo apropiado ( $\$ 2.816.000 \times 2 = \$ 5.632.000$ ) y lo aumentó en la misma proporción ( $\$ 5.632.000 / 11 = \$ 512.000$ ) para un total de  $\$ 6.144.000$ .

Con el fin de enmendar el error advertido, la Sala casará parcialmente, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para modificar las penas principales de prisión y de multa impuestas al procesado, en el sentido de eliminar los incrementos por concepto del concurso endilgado, y fijar la pena privativa de la libertad en 36 meses de prisión y la multa en  $\$ 5.632.000$ . En el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad queda tasada la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Lo anterior hace imperioso revisar la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos del artículo 63 del estatuto sustancial.

El primer requisito (objetivo) exigido por la norma se encuentra demostrado automáticamente con la modificación oficiosa de la pena privativa de la libertad, y para la verificación del segundo requisito (subjetivo) se mantienen los mismos parámetros que permitieron conceder el beneficio de la prisión domiciliaria a favor del procesado: "... como lo certificase la foliatura, el procesado, a (sic) comparecido o ha intentado comparecer oportunamente al proceso, las veces que se le ha solicitado, acreditando también sus arraigos familiares, sociales y laborales, del mismo modo es evidente que no reporta en su contra alguna otra sentencia condenatoria, que nos diga ó refleje que de él existe la necesidad de ejecutar algún tratamiento de carácter penitenciario."7.

Tales aspectos permiten inferir que no existe necesidad de ejecución de la pena, razón por la cual se le concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el término de dos (2) años.

Por consiguiente, deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 65

del Código Penal ante el Juez de primera instancia y garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicha norma mediante la caución fijada en la sentencia de primera instancia.

En mérito de 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,

## R E S U E L V E

Primero. INADMITIR la demanda de casación excepcional presentada por el defensor del procesado Carlos Alirio Ruiz Fandiño.

Segundo. CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia impugnada para excluir los incrementos de pena efectuados por razón del concurso.

Tercero. Declarar que el procesado Carlos Alirio Ruiz Fandiño queda condenado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de \$5.632.000. En el mismo término de la pena privativa de la libertad queda fijada la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cuarto. Otorgar al sentenciado Carlos Alirio Ruiz Fandiño el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un término de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir ante el Juez de primer grado diligencia de compromiso en los términos del artículo 65 del Código Penal y prestar caución por valor fijado en la sentencia de primera instancia.

Quinto. PRECISAR que en lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL

ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS

QUINTERO MILANÉS Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 70-77 Cuaderno Juzgado.

2 Folio 194 Idem.

3 Folios 143-169 Idem.

4 Folios 194-206 Idem.

5 Folio 223 cuaderno tribunal.

6 Casación 26967 del 12 de septiembre de 2007

7 Folio 167 cuaderno original.