

Proceso n.º 33407

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 193

Bogotá, D.C., ocho (08) de junio de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala acerca de los fundamentos lógicos y debida argumentación de la demanda de casación presentada en nombre de ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida en el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de la misma ciudad mediante la cual fue condenado como autor responsable del delito de omisión de agente retenedor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el ad quem, así:

“Se dio a conocer a la Fiscalía General de la Nación, a través de la denuncia presentada por el Doctor FABIO AUGUSTO CARDOZO VARGAS, en calidad de abogado de la División Jurídica Tributaria Grupo Unidad Penal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

-DIAN-, que ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES, en su condición de representante legal de la sociedad A & J AUDITORES LTDA, incumplió las obligaciones tributarias para con el erario público por concepto de impuestos sobre las ventas y retención en la fuente, correspondiente a los períodos 4,5,6 de 2002, 1 a 6 de 2003 y 1 a 6 de 2004”.

2. Con base en lo anterior, la Fiscalía 223 Seccional de Bogotá dispuso la apertura de instrucción, y ordenó la vinculación del sindicado¹ escuchándolo en indagatoria el 11 de octubre de 2006.

Clausurada la investigación mediante proveído de 22 de febrero de 2007, el ente fiscal profirió resolución de acusación en contra de ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES, como presunto autor responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador².

3. La causa se adelantó en el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá, despacho que el 31 de octubre de 2008 profirió sentencia condenatoria en contra de ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES por el delito por el cual fue acusado, imponiéndole treinta y seis (36) meses de prisión, y multa en cuantía de \$98.704.000.00, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En igual forma, a pagar a la DIAN el equivalente a \$49.352.000.00 junto con los intereses legales y la corrección monetaria determinados por la Superintendencia Bancaria al momento de su cancelación.

4. Contra esta decisión el defensor interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de julio de 2009 la confirmó en lo atinente a la pena y la modificó respecto a la multa impuesta, señalando que el monto a pagar corresponde a la suma de \$78.549.580.00, fallo contra el cual se presentó y sustentó en tiempo el recurso de casación.³

LA DEMANDA

El apoderado del acusado, con base en la causal primera de casación, según las previsiones del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, presenta dos cargos contra la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, de la siguiente manera:

Primer Cargo: falso juicio de existencia.

Señala que el yerro de esta naturaleza se presentó por atribuirle una conducta que no realizó, ya que se le imputa no sólo la omisión de consignar los valores que había recibido por concepto de IVA, sino también la retención en la fuente, distorsionando los hechos materia de juzgamiento, como quiera que en ningún momento presentó tal tipo de declaraciones con valor diverso a cero.

Sostiene que las declaraciones de retención en la fuente tienen una periodicidad mensual, mientras las del IVA se realizan de manera bimestral, resultando inconsistente afirmar que omitió consignar los valores de reenefuente para los períodos 4, 5, 6 de 2002; 1 a 6 de 2003 y 1 a 6 de 2004, cuando éstos van hasta el mes 12 del año gravable.

Afirma que es “absolutamente inexistente el hecho de que mi cliente en el pago de sus obligaciones a terceros le hubiere efectuado retenciones en la fuente a dichos terceros y a su vez no los haya consignado a la DIAN. Las declaraciones en la fuente que presentó y que están relacionadas a los folios 8 a 10 cdo O 1 (sic), bien reflejan que mi cliente no le hizo retención en la fuente a ninguno de sus acreedores y por ello tan solo debía presentar dichas declaraciones en cero (0). Es totalmente inexistente la imputación de la modalidad de omisión de agente retenedor referida al impuesto de retención en la fuente prevista en el numeral 1º del art. 402 ley 599 de 2000”

Segundo Cargo: falso juicio de convicción.

Por no haberle dado al acervo probatorio incorporado en el juicio el alcance de “fuerza mayor” que a lo sumo acepta respecto de la empresa A & J AUDITORES LTDA, no obstante haberse acreditado que su poderdante era titular nada menos que del 99,66% de las cuotas sociales, por lo cual, cualquier efecto favorable o desfavorable respecto de la situación financiera recaía directamente en él.

En desarrollo del cargo indica que no se tuvo en cuenta que las circunstancias de penuria económica señaladas en su indagatoria lo obligaron a poner por encima de sus obligaciones fiscales, las de índole personal y familiar.

Por ello, independientemente de la valoración doctrinal o normativa de los eventos aducidos y acreditados por su poderdante como fuerza mayor, o situación de inexigibilidad de otra conducta, lo cierto es que su efecto es común, esto es, la exoneración de la responsabilidad penal del acusado, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en las sentencias C-237 de 1997 y C-388 de 2000.

Refiere que en el fallo atacado también se incurre en una manifiesta violación al principio de presunción de inocencia, al suponer la culpabilidad del procesado señalando que la defensa no allegó prueba demostrativa de la causal de inculpabilidad alegada, pues conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, es el Estado quien tiene esa carga procesal y no a la inversa.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 205 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), prevé que la casación procede contra las sentencias “proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial (...) en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años”.

Según los fallos de primera y segunda instancia, se tiene que ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES fue condenado por el delito de omisión de agente retenedor, descrito en el artículo 402 del Código Penal, sancionado con pena de tres (3) a seis (6) años de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado, quantum punitivo que determina la improcedencia de la casación ordinaria en el caso concreto.

Si ello es así, el demandante ha debido acudir a la casación discrecional, y cumplir con la carga prevista en el inciso 2° del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, esto es, demostrando la necesidad de que la Corte avoque el conocimiento del asunto “para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

En el primer evento, si lo procurado es fijar el alcance interpretativo de una norma, la unificación de posturas distintas frente a un mismo tópico, el pronunciamiento sobre algún aspecto no desarrollado por vía jurisprudencial o la modificación de una posición que no se atempere a la Constitución o la ley, el recurrente debe apoyarse en la jurisprudencia existente y argumentar con claridad y precisión cuáles son los cambios o variaciones que deben introducirse en sede extraordinaria con el objeto último de perfeccionarla y de servir de criterio auxiliar de la actividad judicial.

Cuando se trata de preservar derechos fundamentales de las partes o intervinientes, le corresponde demostrar la irregularidad que se contrapone con la garantía cuya salvaguarda se procura, indicar las normas constitucionales y legales que lo protegen y la forma como fue desconocido en el fallo recurrido.⁴

2. El apoderado del demandante incumplió la carga exigida, pues se limitó a invocar y desarrollar los dos cargos propuestos conforme a la causal 1ª del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación indirecta de la ley sustancial, alegando falsos juicios de existencia y convicción soslayando que se constituía presupuesto de procedibilidad argumentar previamente los motivos para acudir a la casación discrecional.

Al omitir la argumentación encaminada a fundamentar el por qué resultaba viable acudir al medio de impugnación extraordinario, la decisión que se impone es la inadmisión de la demanda.

3. A pesar de lo anterior, oportuno se ofrece dilucidar que los cargos propuestos por el actor desatienden los objetivos fundamentales de la casación, así como las exigencias que gobiernan cada uno de los motivos susceptibles de alegar a través de este mecanismo, ya que no logra articular una propuesta seria, clara y coherente acerca de la probable estructuración de yerro alguno.

Ello por cuanto no obstante que en la demanda se parte de enunciar la incursión por el juzgador en falso juicio de existencia, por aplicación indebida del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, olvidó demostrar si fue por omisión de prueba, en cuyo caso ha debido señalar de manera específica cuál fue la excluida, dónde está aportada y qué acredita; o si se trataba de supresión tenía el deber de exponer qué decía y en qué forma de haberse tenido en cuenta habría cambiado la decisión.

Al parecer la queja se refiere a que se le condenó por omitir el pago de la retención en la fuente, sin estar ello probado. Si ese es el sentido de la alegación, se torna obligado destacar que aún cuando el juez fallador anti técnicamente mezcla los dos conceptos referidos al impuesto al valor agregado y a la retención en la fuente, dicho error de ninguna forma implica que se le haya impuesto una sanción por un delito que no cometió, máxime cuando en el acápite de responsabilidad del fallo se alude a que los valores retenidos lo son por concepto de IVA. Al respecto, precisó que: "... de acuerdo con las probanzas anteriores se tiene que, para la época en que se omitió trasladar a las arcas del Estado los dineros retenidos por concepto de impuestos sobre las ventas, esto es, los períodos 4, 5 y 6 de 2002; 1 a 6 de 2003 y 1 a 6 de 2004...". (subrayas fuera de texto).

Igual ocurre en relación con el cargo por falso juicio de convicción, que consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas y presupone la existencia de una “tarifa legal”, en la cual por voluntad de la ley corresponde a las pruebas un valor demostrativo predeterminado o de persuasión único que no puede ser alterado por el intérprete. En consecuencia, se incurrirá en error por falso juicio de convicción cuando se niega a la prueba ese valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder uno distinto. Sin embargo, al desaparecer la tarifa probatoria en materia procesal penal, sustituida por el sistema de la sana crítica previsto en los artículos 238, 257, 277, 282 y 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en principio, no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, porque la legislación penal en materia de pruebas no somete, por regla general, su raciocinio a evaluaciones dependientes de una tarifa legal probatoria.⁵

En este caso, el demandante abandona por completo la demostración de que el sentenciador hubiere dejado de atribuir el valor preestablecido en la ley o la eficacia que ésta le otorga a los medios de persuasión allegados, y se limita a criticar el mérito conferido en las instancias a las pruebas que en su criterio demuestran la incapacidad económica del procesado, argumentación que corresponde más a una serie de apreciaciones personales que resultan ineptas para desquiciar la presunción de acierto y legalidad que cobija el fallo, pues no logra demostrar que en la contemplación material de los medios de convicción recaudados durante las etapas del proceso, o en la asignación de su mérito persuasivo, en el fallo se hubiere incurrido en errores de hecho o de derecho.

El Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de la misma ciudad, en torno al valor probatorio que le merecieron los certificados expedidos por las entidades financieras y las encargadas de tránsito y catastro que demostraban la presunta

incapacidad económica del procesado, concluyó que: "...en nada contribuye a justificar el actuar delictivo del procesado, por cuanto los montos de dinero que éste recaudó como representante legal de la empresa A & J AUDITORES LTDA, pero que acepta omitió consignar a la DIAN, correspondía al porcentaje que deducía del valor de las ventas (I.V.A) y de los salarios que pagó dicha sociedad a sus empleados y por tanto, eran valores que hacían parte de los pasivos del patrimonio de la referida empresa, que por ser una persona jurídica autónoma e independiente del patrimonio de cada uno de los socios que la constituyeron, no debieron ser objeto de apropiación por parte de ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES, ni mucho menos de su familia".

Frente a la anterior apreciación del ad-quem es necesario recordar que los errores que dan lugar al quebrantamiento del fallo en casación deben alegarse, demostrarse y estar fundados en la denuncia de un atentado a la legalidad y no en la inconformidad con las conclusiones probatorias a partir de consideraciones estrictamente subjetivas, pues, tal y como lo ha sido sostenido la jurisprudencia de la Sala, en una controversia de esta índole, la razón siempre estará de lado del juzgador, quien ante la desaparición del sistema tarifado en la valoración de la prueba, goza de un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de los medios y la asignación de su mérito persuasivo, limitada sólo por las reglas de la sana crítica cuya transgresión en este caso, a más de no ser expresamente invocada, tampoco se demuestra por el actor.

Agréguese a lo anterior que el demandante omite precisar las razones por las cuales el procesado debe ser absuelto por la Corte, pues no se indica a partir de qué elementos de juicio se establece que actuó al amparo de la causal de ausencia de responsabilidad, y por qué conduce inexorablemente a la absolución por estar referida a alguno de los aspectos que integran la infracción, nada de lo cual concreta ni puede suponer la Corte sin transgredir el principio de limitación que gobierna la casación.

Así se observa que en lugar de ajustarse a los presupuestos legalmente establecidos, el libelista acude a este instrumento extraordinario de impugnación como forma de prolongar el debate para lograr una revaloración probatoria por fuera de la realizada por el sentenciador, desconociendo que el proceso concluyó con el proferimiento del fallo de segunda instancia y que éste se encuentra amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, la cual era de su cargo desvirtuar.

Entonces, siendo ostensibles los defectos que la demanda acusa, pues como se deja expuesto, de ella no se desentraña precisa y claramente los fundamentos de las causales invocadas, y no pudiendo la Corte corregirla por virtud del principio de limitación que rige su actuación, lo procedente será inadmitirla, y ordenar la devolución del expediente al despacho de origen, conforme se establece en el 213 de la Ley 600 de 2000, en razón a que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción.

Finalmente, es oportuno resaltar que no se observa en el diligenciamiento o en el fallo impugnado, violación de derechos o garantías al procesado ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES, que 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 ALBERTO ÁNGEL ARROYO MONTES.

Advertir que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO CASTRO CABALLERO
SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
R.GONZÁLEZ DE LEMOS

MARÍA DEL

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JULIO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 57 cuaderno original de la Fiscalía General de la Nación.

2 Folios 120-127 ibídem

3 Folios 32-41 Cuaderno del Tribunal.

4 Así lo precisó la Sala en auto de 17 de noviembre de 2010, radicado 34857.

5 Así se señaló en el auto de 10 de octubre de 2007, radicado 22.597.