

Proceso nº 34195

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N°260

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada a través de apoderado por el sentenciado Robert Wagner Navas contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por cuyo medio confirmó el dictado por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, que lo condenó como autor de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. En cuanto a los primeros, el fallo de segundo grado acogió los declarados por el a quo, el cual los sintetizó en los siguientes términos:

“En cumplimiento de su objeto social la firma Wagner’s Servicios Médicos Ltda. realizó en los años de 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002 operaciones comerciales que generaron impuesto de retención en la fuente por los periodos y valores que a continuación se discriminan y que no fueron ni han sido cancelados en los términos que

demanda la ley:

Año 1998; períodos 9, 10, 11 y 12. Valores \$2.157.000,00, \$2.779.000,00, \$3.796.000,00, \$4.064.000,00.

Año 1999; períodos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12. Valores \$2.508.000,00, \$3.347.000,00, \$3.489.000,00, \$3.855.000,00, \$2.349.000,00, \$2.322.000,00, \$3.572.000,00, \$2.399.000,00, \$884.000,00, \$2.020.000,00, \$1.175.000,00, \$3.365.000,00.

Año 2000; períodos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12. Valores \$1.311.000,00, \$1.230.000,00, \$1.177.000,00, \$1.622.000,00, \$898.000,00, \$2.588.000,00, \$439.000,00, \$419.000,00, \$1.676.000,00, \$1.209.000,00, \$581.000,00, \$667.000,00.

Año 2001; períodos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12. Valores \$721.000,00, \$2.845.000,00, \$475.000,00, \$411.000,00, \$584.000,00, \$481.000,00, \$720.000,00, \$400.000,00, \$649.000,00, \$1.127.000,00, \$259.000,00.

Año 2002; períodos 5, 10, 11, 12. Valores \$98.000,00, \$107.000,00, \$36.000,00 y 86.000,001 (sic)".

2. Respecto de lo segundo, el 23 de agosto de 2004 la Fiscalía Doscientos Seccional de Bogotá de la Unidad Primera Especializada en Delitos contra la Administración Pública y de Justicia profirió resolución acusatoria a Robert Wagner Navas como presunto autor responsable de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, cometida en concurso homogéneo y sucesivo, determinación que quedó ejecutoriada el 30 de enero de 2005.

3. Agotada la etapa de la causa, el 20 de octubre de 2006 el Juzgado Catorce Penal del

Circuito de Descongestión de Bogotá dictó sentencia condenatoria en contra de Robert Wagner Navas al hallarlo autor responsable el delito por el cual fue convocado a juicio y le impuso la pena principal de 54 meses de prisión y multa de 327,90 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

Además, lo obligó a pagar, por concepto de perjuicios materiales, el equivalente a 163,95 salarios mínimos legales mensuales vigentes, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

4. La anterior determinación fue apelada por el defensor de Robert Wagner Navas y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fallo del 24 de noviembre de 2008, la confirmó en su integridad.

LA DEMANDA

1. Una vez identifica la providencia impugnada, narra los hechos, reseña la actuación procesal e indica la conducta punible por la cual se profirió condena contra Robert Wagner Navas, el defensor del citado señala que presenta acción de revisión contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2008 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la dictada el 20 de octubre de 2006 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, por cuanto la acción penal prescribió antes de quedar en firme la resolución acusatoria.

2. Sustenta la causal invocada en que si bien los hechos por los cuales fue investigado Robert Wagner Navas ocurrieron en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, en el caso particular se aplicó por favorabilidad el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 y no el

artículo 133 del referido decreto, lo cual no resultó acertado.

3. En este sentido expresa que el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 1332 del Decreto Ley 100 de 1980 preveía una escala de penas de acuerdo con la antijuridicidad de la conducta, de manera que en el inciso 1º consagraba una pena máxima de 15 años y en el 2º indicaba que si lo apropiado era inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como en efecto ocurrió en este asunto, se disminuía la pena “en las $\frac{3}{4}$ partes, es decir, 180 meses menos 135 meses, para un total de 45 meses, esto es 3,75 años, que son inferiores a los seis del artículo 402” de la Ley 599 de 2000.

4. Señala que “Si el Código Penal de 2000 empezó su vigencia el 25 de julio de 2001 es claro que el estatuto del ochenta la mantuvo hasta las doce de la noche del 24 de junio. Y si la última omisión ocurrió con el periodo 6 de 2001, es indudable que la norma a aplicar es la del Código derogado y no la del hoy vigente”.

5. Agrega que de acuerdo con el “artículo 80 del Código Penal derogado”, la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena fijada en la Ley pero en no menos de 5 años y como en el sub judice ésta es de 3,75 años, la prescripción opera en un lustro, por tanto, cuando quedó ejecutoriada la resolución acusatoria ya estaba prescrita.

6. Una vez el demandante cuestiona los argumentos de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para negar la prescripción de la acción penal, el cual predicó del sentenciado la condición de servidor público y, por ende, le dedujo el aumento de la tercera parte del término de prescripción señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, asegura que como el delito de omisión de agente retenedor o recaudador no exige tal condición al sujeto activo, ahora no es posible pregonar el referido aumento para calcular la prescripción en relación con el delito de peculado por apropiación.

7. Con fundamento en lo anterior solicita declarar fundada la causal de revisión invocada, se decrete la prescripción de la acción penal y, en consecuencia, se profiera cesación de procedimiento a favor de Robert Wagner Navas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La acción de revisión está instituida como un mecanismo excepcional para remover, con fundamento en los casos expresamente señalados en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el carácter definitivo de las sentencias y demás decisiones ejecutoriadas que hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, de aquellas que por voluntad del legislador son inmutables e irrevocables.

2. A su vez, el artículo 222 ibídem prevé para su procedencia un conjunto de requisitos mínimos de ineludible cumplimiento, de manera que sin la plena acreditación de los mismos no es posible la admisión de la demanda.

En esa medida, corresponde al demandante identificar la actuación cuya revisión se reclama, los juzgadores que intervinieron en la ella, las conductas punibles investigadas y juzgadas, las decisiones censuradas, la causal invocada, los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda la acción, así como la relación de pruebas aportadas para demostrar los supuestos fácticos en que se apoya la petición.

Adicionalmente, el actor debe allegar copia de las sentencias de primera y segunda instancia con la respectiva constancia de ejecutoría y en las mismas condiciones deberá hacerlo en punto de las demás decisiones con efectos de cosa juzgada, si son el fundamento de la causal invocada.

3. Es oportuno señalar que por el carácter excepcional de la acción de revisión, no es posible acudir a ella en orden a reeditar controversias probatorias o con el propósito de discutir la adecuación típica, la forma de culpabilidad o participación, las circunstancias

del hecho o cualquier otro elemento que pueda incidir sobre la punibilidad de la conducta juzgada³.

4. En el caso particular la demanda se inadmitirá por cuanto se omite allegar tanto la constancia de ejecutoria de la sentencia condenatoria proferida contra Robert Wagner Navas por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, como la relativa al fallo de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad que confirmó aquella determinación, amén de que también se olvidó aportar ese tipo de documento respecto de la resolución acusatoria emitida por la Fiscalía Doscientos Seccional de la Unidad Primera Especializada en Delitos contra la Administración Pública y de Justicia.

Es de anotar que la constancia de ejecutoria es indispensable por cuanto, de un lado, no debe perderse de vista que para la procedencia de la acción de revisión es necesario estar frente a una decisión en firme con efectos de cosa juzgada y, de otra parte, por cuanto únicamente con el documento en cita es posible establecer que no opera otra alternativa procesal de defensa o medio ordinario de impugnación.

Así las cosas, esta sola falencia es suficiente para inadmitir la demanda.

5. No obstante, como la causal planteada en el presente caso es la prevista en el numeral 2º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 y se la hace consistir en que para el momento de proferirse el fallo de condena el Estado había perdido la oportunidad para ejercer la acción penal, dado que previamente operó el fenómeno jurídico de la prescripción, en concreto antes de la ejecutoria de la resolución acusatoria, es preciso recordar que una discusión con ese alcance debe adelantarse de manera objetiva, clara y precisa, mas no acudiendo a una realidad material distinta a la demostrada y declarada en el fallo como lo hace el accionante, quien además cuestiona la tipicidad y acoge un contenido de las normas que regulan la prescripción ajeno a su tenor literal.

6. Conforme quedó consignado inicialmente, los hechos se contraen a que el sentenciado Robert Wagner Navas, en su condición de representante legal de Wagner's Servicios Médicos Ltda., no consignó la retención en la fuente de los periodos 9 a 12 de 1998, 1 a 12 de 1999 y 2000, 1 a 6 y 8 a 12 de 2001 y 5, 10, 11 y 12 de 2002, mas no hasta el periodo 6 de 2001 como lo asegura el actor.

7. Ahora, al margen de que el demandante cuestiona la tipicidad de la conducta punible por la que se procedió, lo cual, como se dijo, no es posible frente a la acción de revisión, es oportuno recordar que para calcular la prescripción de la acción penal en la etapa de la investigación, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 83 del Código Penal⁴, se debe tener en cuenta un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, el cual en ningún caso ha de ser inferior a 5 años.

A su vez, resulta necesario mencionar, que de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 60 ibídem, si la pena se desminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica⁵.

8. Así las cosas, se observa que si el artículo 1336 del Decreto Ley 100 de 1980, al cual se refiere el demandante, señalaba para el delito de peculado por apropiación una pena máxima de 15 años, norma que también precisaba que si lo apropiado no era superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como en efecto ocurrió en este asunto, la pena se disminuía de la mitad a las tres cuartas partes, entonces hipotéticamente, según la tipicidad alegada por el accionante, la pena máxima en este caso sería de 7 años y 6 meses, de donde se sigue que fue equivocada la cifra mencionada por éste de "3,75 años", la cual es fruto de su particular interpretación.

Además, si como viene de verse, la pena máxima para el peculado por apropiación de menos de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes es de 7 años y 6 meses, es evidente que esta es superior a la fijada en el artículo 402 del Código Penal para el delito

de omisión de agente retenedor o recaudador, pues es de 6 años, por tanto, además de alegar el actor un aspecto como la tipicidad a través de la acción de revisión, a pesar de no ser posible, los argumentos que esgrime para hacerlo no encuentran respaldo en las normas que regularon el caso concreto.

9. En lo que sí le asiste razón al demandante es en que frente al delito de omisión de agente retenedor o recaudador no es posible hacer el incremento en razón de ser el sujeto activo servidor público, por cuanto la Sala precisó al respecto:

“2. Naturaleza del agente retenedor o recaudador:

Resuelto lo anterior, es necesario determinar si los agentes retenedores o recaudadores de impuestos tienen o no la condición de servidores públicos, pues, en caso de ostentar tal calidad, el término prescriptivo de la acción penal se incrementa en una tercera parte en la etapa del juicio⁷, según lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Con el propósito de dilucidar el punto, la evolución histórica del ordenamiento jurídico respectivo permite constatar que la responsabilidad penal de los agentes en mención por no consignar los recaudos de obligaciones tributarias aparece inicialmente de forma autónoma en el artículo 10º de la Ley 38 de 1969, donde se establecía el deber de cancelarlos «dentro de los primeros quince (15) días calendario del mes siguiente a aquél en que se haya hecho el correspondiente pago o abono en cuenta», a quienes, por no hacerlo, se les aplicaba la pena prevista para el delito de apropiación indebida de dineros públicos (hoy denominado peculado por apropiación), señalándose, a su vez, que la responsabilidad recaía en la persona natural encargada del recaudo o, en su defecto, en el representante legal si se trataba de una entidad moral.

Ahora, mediante el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 se derogó expresamente el artículo 4º de la Ley 38 de 1969, en el cual establecía la oportunidad para que el agente

retenedor o recaudador consignara los valores por concepto de obligaciones tributarias so pena de cometer el delito de apropiación de dineros públicos, pues, en adelante, de acuerdo con el artículo 16 del decreto en cita, sería el Gobierno Nacional el encargado de fijar los respectivos plazos.

Así mismo, en el artículo 665 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) se incluyó un paratipo penal encaminado a sancionar con la pena del delito de «apropiación indebida de fondos del Tesoro Público» a quienes no consignaran las retenciones, sin embargo, no se precisó el momento para cumplir tal cometido, precepto que por tal motivo se declaró inexecutable mediante Sentencia C-285 del 27 de junio de 1996, al carecer del elemento temporal requerido en sede de tipicidad de la conducta, oportunidad en la cual la Corte Constitucional exhortó al legislador para que expidiera una norma por cuyo medio se describiera la conducta plenamente.

Para conjurar esa falencia, la Ley 383 de 1997, a través de su artículo 22, incorporó al Estatuto Tributario una adición al artículo 665 en el sentido de sancionar a los agentes retenedores que no consignaran las sumas retenidas «dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención» e, igualmente, a los responsables del impuesto sobre las ventas que «no consignen las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente», con la pena prevista para «los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación».

Finalmente, con el propósito de suprimir los paratipos penales, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 40 de 1998 del Senado de República, por cuyo medio se discutió el texto del actual Código Penal, el cual terminó con la aprobación de la Ley 599 de 2000, se expresó:

«Se incluyeron las disposiciones que penalizan, en el Decreto 624 de 1989, Estatuto

Tributario, la omisión del agente retenedor de consignar oportunamente las sumas retenidas por concepto de retención en la fuente o recaudadas por el impuesto sobre las ventas; si bien en la actualidad la pena a imponer al particular es la misma establecida para el servidor público en el delito de peculado por apropiación, en el proyecto se propone una cuantitativamente inferior, teniendo en cuenta que el juicio de reproche debe ser menor para el particular que para el servidor público que tiene un especial deber de lealtad con la administración» (subraya fuera de texto)8.

Entonces, a partir del anterior recuento normativo y legislativo es claro que los agentes retenedores o recaudadores de impuestos no tienen la calidad de servidores públicos9, motivo por el cual en el Estatuto Punitivo de 2000 se dispuso que no incurrían en el delito de peculado por apropiación, pues se incorporó un precepto especial y autónomo.

Conviene agregar que si tales agentes contaran con la condición de servidores públicos, el legislador no habría creado un tipo penal independiente, como en efecto ocurrió, pese a que tal proceder vulnera el bien jurídico de la administración pública”10.

10. Ahora, como la resolución acusatoria quedó en firme el 30 de enero de 2005 y la omisión de consignar la retención en la fuente comenzó con el periodo 9 de 1998 y concluyó en el 12 de 2002, es claro que la acción penal no prescribió.

En efecto, el artículo 402 del Código Penal preceptúa:

“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 en la fuente... incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) meses de prisión”.

Igualmente, se tiene que el Gobierno Nacional por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fijó el calendario para el pago de la retención en la fuente para los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002 a través de los Decretos 3049 de 1997, 2652 de 1998, 2588 de 1999, 2662 de 2000 y 1244 de 2001, respectivamente.

A su vez, el artículo 26 del Código Penal¹¹ dispone que “La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado” y el artículo 84 ibídem en su inciso 3º prevé que “En las conductas omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”.

Entonces, de conformidad con los decretos anotados, las normas recién citadas y el término previsto en el artículo 402 del Código Penal tanto para cumplir con la obligación de consignar la retención en la fuente como la pena máxima allí fijada, es claro que la acción penal no estaba prescrita al momento de quedar en firme la resolución acusatoria.

11. Así las cosas, como la postulación de la causal segunda de revisión fundada en el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal debe emerger diáfana y exclusivamente de los hechos y pruebas conocidos, estudiados, controvertidos y valorados en las instancias, mas no de la particular visión del demandante respecto de la ley en orden a realizar cómputos prescriptivos sin fundamento serio, ello conduce a la inadmisión de la demanda.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de revisión presentada por el apoderado del sentenciado Robert Wagner Navas, de conformidad con las razones consignadas en esta

determinación.

2. ADVERTIR que contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMON

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En realidad esta cifra es de \$82.000.

2 Modificado por la Ley 190 de 1995.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 1º de diciembre de 2004, 1º de junio de 2005, 23 de enero de 2008, 26 de marzo de 2008 y 21 abril de 2010, radicaciones números 22501, 19447, 24447, 28995 y 33878, entre otras.

4 Esta regulación tiene el mismo alcance que la estipulada en el artículo 80 del Decreto

Ley 100 de 1980.

5 Este criterio fue seguido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980. Así lo sostuvo, entre otras, en las sentencias del 27 de octubre de 1987 y del 29 de junio de 1988, radicaciones números 1781 y 1514, respectivamente.

6 Con la modificación introducida por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

7 Cfr. Sentencia del 30 de agosto de 2004, radicación N° 22227. En igual sentido fallo del 10 de octubre de 2007, radicación N° 26973, entre otras decisiones.

8 Gaceta del Congreso N° 139 del 6 de agosto de 1998. Pág. 17.

9 En igual sentido sentencia del 13 de febrero de 2008, radicación N° 24065 y auto del 24 de noviembre de 2008, radicación N° 30486.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de noviembre de 2009, radicación No. 32116.

11 Esta norma recoge una preceptiva similar a la contenida en el artículo 20 del Decreto Ley 100 de 1980.