

Proceso n.º 37334

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 364

Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil once.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación discrecional presentada por la defensora del procesado URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá, mediante la cual lo condenó por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Aquellos fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“El doctor Uriel Francisco Bonilla Currea en su condición de Notario Segundo del Círculo de Tunja, dejó de consignar al erario dineros por él recaudados correspondientes al tercer bimestre del 2000 y segundo del 2003 por IVA y del sexto período del 2000 y cuarto del 2003, por concepto de Retención en la Fuente, en cuantía que en total ascendió a \$28.096.000.00, suma que actualizada a 2 de diciembre de 2010, según documental que

obra a folio 240 del C. 1 equivalía a \$107.392.600.00” (se destaca).

2.- Con ocasión de la denuncia formulada por el Administrador de Impuestos Nacionales de Tunja y con base en los documentos aportados por éste, el 27 de octubre de 2003 la Fiscalía Trece Especial con sede en esa misma ciudad dispuso la apertura de investigación¹, el 26 de febrero de 2004 vinculó mediante indagatoria a URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA² y se abstuvo de definirle la situación jurídica por no considerarlo indispensable³. Posteriormente, previa clausura de la investigación⁴, el 17 de noviembre de 2004 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado, como presunto autor responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, definido por el artículo 402 de la Ley 599 de 20005, mediante determinación que el 28 de julio de 2006 confirmó íntegramente la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por la defensa⁶.

5.- El trámite del juicio inicialmente fue asumido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Tunja⁷, posteriormente por el Primero Penal del Circuito Adjunto de Descongestión con sede en esa misma ciudad⁸, autoridad que llevó a cabo la audiencia pública⁹, y, finalmente por el Juzgado Penal del Circuito de Monquirá¹⁰, en donde el 24 de enero de 2011 se puso fin a la instancia condenando al procesado URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA a la pena principal de 36 meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de la libertad, al tiempo que le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por 36 meses, entre otras decisiones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador a él imputado en la resolución de acusación¹¹.

Apelado el fallo por la defensa¹² y el Ministerio Público¹³, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 2011 resolvió modificarlo, en el sentido de condenar al procesado a la pena de cuarenta (40) meses de prisión y multa en cuantía de \$56.192.000.00, negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concederle la prisión domiciliaria, entre otras determinaciones¹⁴.

6.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación¹⁵ y dentro del término legal presentó la correspondiente demanda por la vía discrecional, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

2.- LA DEMANDA

Invocando lo dispuesto por el inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, la demandante sostiene que para la jurisprudencia nacional resulta indispensable que la Corte se pronuncie en relación con el primer cargo de la demanda, en el que, según dice, planteará “una violación indirecta de la ley penal sustancial por error de hecho consistente en denegar valor probatorio a elementos de juicio legal, regular y oportunamente allegados al expediente y por concurrir motivos específicos para declarar la nulidad de lo actuado, particularmente ante la necesidad de dar alcance jurisprudencial e interpretativo a las circunstancias especiales que dentro de la estructura del tipo penal del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 Parágrafo 1 y del artículo 655 del Estatuto Tributario, Parágrafo 1, pueden dar lugar a la preclusión y/o a la cesación de procedimiento a favor del sindicado o procesado”.

Anota que asimismo la intervención de la Corte resulta necesaria en este caso, “para la protección de la dignidad humana, el derecho a la libertad individual y a la igualdad ante la ley, el derecho de defensa, el derecho a la contradicción probatoria, el

derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso, así como la preservación del principio 'reformatio in pejus', cuyos derechos, en su criterio fueron conculcados con la sentencia de segunda instancia.

Seguidamente, después de identificar los sujetos procesales y la sentencia impugnada, así como de resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, bajo el acápite que denomina "introducción", sostiene que si bien es cierto para la época de los hechos su representado fungía como Notario Segundo del Círculo de Tunja, no fue él quien dolosamente se hubiere apoderado de bienes asignados al Estado o dejara de consignar a la Dian dentro de los términos legales, las sumas de dinero recaudadas o retenidas por la Notaría, toda vez que "delegó tales funciones en dos funcionarias de su más absoluta confianza".

Con la pretensión de sustentar su aserto, manifiesta que aunque no es materia del recurso extraordinario, debe poner en conocimiento que ante la Fiscalía Quince Seccional de Tunja el doctor BONILLA CURREA instauró una denuncia penal contra dos funcionarias de la Notaría Segunda de Tunja, a quienes les había delegado las funciones de recaudar los dineros por concepto de retención en la fuente e IVA y consignarlos oportunamente en la oficina de la DIAN, y pese a ello omitían la elaboración de las facturas originales.

Sostiene que dicha situación la informa a la Corte, con el propósito de demostrar que su defendido jamás tuvo la voluntad de quebrantar la ley, ya que siempre actuó de buena fe.

Agrega que desafortunadamente la defensa técnica del procesado no allegó los elementos probatorios que demuestran dichos antecedentes, y tampoco la Fiscalía instructora dispuso allegar copia de la denuncia y medios de convicción aportados por el quejoso, sin que de otra parte se tenga conocimiento de haberse proferido algún tipo

de pronunciamiento sobre dicho particular.

Afirma no ser cierto que en el presente proceso se encuentre acreditada la realización de la conducta y la responsabilidad del procesado, pues, como ya se dijo, había delegado en dos empleadas las funciones de recaudar dichos dineros y consignarlos dentro de los plazos establecidos en la ley, por lo que, según dice, fueron ellas quienes omitieron realizar las consignaciones y decidieron apropiarse ilícitamente de bienes del Estado.

Añade que por favorabilidad ha debido aplicarse el artículo 665 del Decreto 624 de 1989, que establece la posibilidad de decretar la cesación de procedimiento para el retenedor que extinga la obligación tributaria por pago, compensación o acuerdo de pago, sin que la norma exija la constatación de que el acuerdo se esté cumpliendo en debida forma.

En el caso de su asistido, dice, se comprobó que suscribió dos acuerdos de pago, los cuales “por circunstancias ajenas a su voluntad no pudo cubrir integralmente, pero en gesto de buena voluntad y transparencia ofreció a la DIAN una garantía real con todos los bienes raíces de su propiedad, en aras de poder lograr una transacción o compensación para cubrir la deuda”, pese a lo cual la División de Cobranzas de la DIAN dejó sin efecto dicho acuerdo.

Estima que en el proceso se encuentra acreditada la causal de justificación que excluye la responsabilidad del procesado y, además, que en el proceso fiscal operó la figura de la prescripción de la acción de cobro, que consiste en la pérdida de la facultad del Estado para exigir el cumplimiento de la prestación fiscal por no haberla reclamado en el término de cinco años.

Seguidamente, con apoyo en las causales primera y tercera de casación de las previstas en la ley 600 de 2000, así como la primera de que trata la Ley 906 de 2004, la libelista formula ocho cargos contra la sentencia de segunda instancia, en los que la acusa de incurrir en violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial (primer cargo), de haber sido proferida en juicio viciado de nulidad (cargos dos, tres, cuatro, seis, siete y ocho) y ser directamente violatoria de la ley sustancial (quinto cargo).

En el primer cargo, postulado con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, sostiene que el sentenciador incurrió en falso juicio de existencia por omisión en cuanto dejó considerar los documentos incluidos en el anexo 1 original, aportados por el procesado.

Sostiene que a folio 70 obra la Resolución expedida el 4 de abril de 2001 mediante la cual la administración le concedió a su representado facilidad para el pago de impuestos adeudados por concepto de renta, ventas y retención en la fuente para ser cancelados en el término de 48 meses con cuotas fijas mensuales. En el folio 55 se encuentra la resolución expedida el 22 de abril de 2003 por medio de la cual la DIAN reconoce expresamente que el doctor Bonilla Currea ha efectuado 40 pagos por una suma superior a 262 millones de pesos, pero que con posterioridad surgió una obligación de 1999 por más de once millones de pesos que no ha sido cancelada. También reconoce que el contribuyente otorgó una garantía consistente en 6 bienes inmuebles pero que el Estatuto Tributario faculta al administrador de impuestos y aduanas nacionales para dejar sin efecto la facilidad de pago por lo cual deja sin vigencia el plazo concedido por un saldo insoluto de más de 142 millones de pesos.

“Es decir -advierte-, a pesar de que hubo un acuerdo de pago de la obligación tributaria, el cual fue cumplido a cabalidad en las condiciones de pago acordadas, pero la DIAN, argumentando el surgimiento de nuevas obligaciones, dejó sin efecto dichas

facilidades revocando intempestivamente dicho acuerdo”.

Anota que a folios 76 y siguientes obra un memorial suscrito por el procesado manifestando su inconformidad con dicha decisión y solicitándole a la administración de impuestos el levantamiento de las medidas cautelares para que con el producto de la venta de una de las propiedades pudiera pagar totalmente la obligación insoluta.

De igual modo, dice, a folios 89 a 91 obra el escrito fechado el 20 de febrero de 1999 mediante el cual el Notario Segundo de Tunja ofrece a la DIAN en garantía de pago unos bienes inmuebles de su exclusiva propiedad; a folio 99 otro escrito en el que le pide al Director de la Dian certificar si ha ofrecido bienes en dación de pago y; a folio 102 otro memorial en el que insiste en proponer la entrega de bienes en dación de pago.

El Tribunal tampoco valoró la intervención del acusado en la audiencia pública, ni la inspección judicial practicada el 22 de junio de 2004 al expediente administrativo Fiscal adelantado por la Dian con el cual se acredita que todas las obligaciones tributarias del acusado son una sola, que sí existen bienes de propiedad del acusado que fueron entregados voluntariamente en garantía de sus obligaciones, luego como dación de pago y finalmente compensación, lo que no fue aceptado por la entidad estatal y; por último, que los bienes embargados por la Dian cubren con creces la cuantía de las obligaciones personales como contribuyente.

Estas pruebas no apreciadas por el juzgador, dice, demuestran la existencia de circunstancias que dejan sin sustento la decisión condenatoria en contra de su representado e imponen la necesidad de absolverlo de los cargos que le fueron formulados.

Señala que si el Tribunal hubiera valorado las pruebas que extraña, en conjunto con todos

los elementos de convicción que obran en el expediente, habría concluido que no se configuró en su estructura típica el delito contra la administración pública y, al dejar de hacerlo, “no solo se violó indirectamente la ley sustancial, se quebrantó el debido proceso en su aspecto estructural, sino también la legalidad del proceso, el derecho de defensa, como consecuencia lógica del error de hecho”.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo objeto de impugnación y absolver al procesado URIEL FRANCISCO BONILLA CUREA de toda responsabilidad por el delito de agente recaudador o retenedor.

El segundo cargo, subsidiario del anterior y postulado al amparo de la causal tercera, lo hace consistir la demandante en la denuncia de haberse dictado la sentencia en juicio viciado de “nulidad supralegal por concurrir circunstancias violatorias de las garantías y derechos constitucionales fundamentales del condenado, consagrados en la Carta Política y en los actos y convenios internacionales que constituyen el bloque de constitucionalidad”.

A este respecto sostiene que la nulidad deriva de la “aplicación indebida del principio ‘reformatio in pejus’”, toda vez que el Tribunal Superior indebidamente agravó la sanción impuesta a su representado por parte del juzgador de primera instancia.

Dice no desconocer que el artículo 215 de la Ley 600 de 2000 consagra el principio de no agravación, según el cual, cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que ello hubiere sido demandado por el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés para hacerlo, y que en este caso fue el Ministerio Público quien demandó ante el Tribunal la agravación de la pena.

Pero en su criterio la motivación de la petición no guarda correspondencia con la

realidad procesal y probatoria, pues el Procurador pidió agravar la sanción penal del procesado, sobre la base de haber realizado una conducta punible sobre bienes o recursos que debía captar la DIAN de Tunja, destinados a las necesidades básicas del Estado y por la posición distinguida que el sentenciado ocupaba en ejercicio de su cargo como Notario Público, por su situación económica y su ilustración, pese a saber que el procesado “no fue la persona que directamente incurrió en la omisión en el pago oportuno a la Administración de Impuestos Nacionales”, ya que la Asesora Jurídica y la Secretaria de la Notaría habían sido delegadas para dicho efecto, y a que no demostró la concurrencia de una verdadera causal de agravación punitiva.

Considera entonces que como la solicitud de agravación realizada por el Ministerio Público carece de asidero fáctico o jurídico, el Tribunal, al desatar la apelación interpuesta, violó la prohibición constitucional de la reformatio in pejus, motivo por el cual solicita casar el fallo objeto del recurso extraordinario.

El tercer cargo, también formulado con apoyo en la causal tercera, la demandante lo hace consistir en que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad por prescripción de la acción penal, pues si “los hechos ocurrieron máximo el sexto bimestre del año 2000, luego, la acción penal prescribía a finales del año 2006”, si se tiene en cuenta que la resolución de acusación “sólo adquirió ejecutoria hasta el 28 de julio de 2006, fecha en que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó en segunda instancia la providencia calificatoria”.

Agrega que cuando el Juzgado Penal del Circuito de Monquirá profirió el fallo de primera instancia, ya había prescrito la acción penal, siendo esta la razón por la que solicita casar la sentencia materia de impugnación.

En el cuarto cargo, la demandante sostiene que el Tribunal violó los principios constitucionales de favorabilidad y non bis in ídem, toda vez que decidió no aplicar el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 81 de 1993, que preveían la acumulación de procesos, aduciendo que la Ley 600 de 2000 no había establecido dicha figura, pese a conocer que la denuncia instaurada por la Dian se refería a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la mencionada Ley.

Estima que al no proceder a la acumulación de procesos, propició la injusta vulneración del derecho fundamental al non bis in ídem, “ya que en la práctica los hechos que fueron materia del expediente No. 4.171.850 DIAN generaron 6 procesos penales, donde aparece como denunciante un mismo ente contra un mismo sindicado por unos mismos hechos”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia de segunda instancia.

El quinto cargo, lo hace consistir en que el Tribunal incurrió en la causal primera de casación prevista por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que considera aplicable por principio de favorabilidad, relativa a la falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

En este evento dice, no aplicó el parágrafo 1 del artículo 22 de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998, relativo a la responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA, y exonera de la misma cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con los correspondientes intereses y sanciones, mediante pago, compensación o acuerdo de pago de las sumas adeudadas.

Sostiene que el Tribunal tampoco aplicó, como era su deber, el parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, según el cual el Agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, junto con los intereses, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento.

Señala que el Tribunal desconoció sistemáticamente que el Estatuto Tributario contemplaba para el procesado la posibilidad de acceder a la cesación de procedimiento al estar demostrado que suscribió con la Dian un acuerdo de pago que cumplió en más del 70% y fue revocado unilateralmente y sin razón por la acreedora. Además, que existió dación en pago, o por lo menos una compensación materializada en la entrega que el procesado hizo de 6 inmuebles de su propiedad como garantía de pago de la obligación.

Después de hacer algunas otras consideraciones, en las que además señala de ser responsables de la conducta a los exempleados de la notaría, considera suficiente la argumentación para solicitar a la Corte casar el fallo materia de impugnación.

El sexto cargo lo hace consistir la demandante en sostener que el Tribunal incurrió en violación de los derechos fundamentales del procesado por la omisión de allegar al proceso pruebas que fueron solicitadas por la defensa.

Menciona al efecto que no se allegó copia integral del proceso fiscal No. 4.171.850 adelantado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional de Tunja, el cual fue objeto de la diligencia de inspección judicial adelantada dentro de este proceso por la Fiscalía instructora, y el cual estimaba indispensable para acreditar, que su representado compareció a la Dian para ofrecer 6 predios de su propiedad como garantía, de los cuales con posterioridad hizo oferta de dación en pago, que la Dian

accedió a suscribir dos acuerdos de pago con base en los cuales canceló por cuotas cerca de setecientos millones de pesos, que la Dian de manera unilateral revocó el acuerdo de pago aduciendo el surgimiento de una nueva obligación por once millones de pesos, acto que fue impugnado sin que se le diera curso legal, que reiteradamente solicitó autorización para vender al menos uno de los inmuebles a fin de cubrir el valor total de la obligación y que la Dian prefirió continuar con el proceso de jurisdicción coactiva, dentro del cual decretó medidas cautelares respecto de los bienes ofrecidos en garantía.

Agrega que tampoco se incorporó al expediente la copia integral del proceso penal que cursa en la Fiscalía contra las dos funcionarias que se apoderaron de los dineros recaudados y retenidos a los usuarios de la Notaría Segunda del Círculo de Tunja, la cual estima importante para demostrar que su representado en ningún momento actuó voluntaria y dolosamente en la conducta que se le atribuye.

Sostiene que con la omisión de practicar dichas pruebas se vulneró el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho de contradicción probatoria, la presunción de inocencia, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, y el de acceso a la administración de justicia.

Solicita a la Corte, en consecuencia, casar la sentencia materia del recurso.

El séptimo cargo la demandante lo funda en afirmar que en la actuación seguida en contra de su representado se presentó “nulidad procesal por aplicación de dos sistemas procesales diferentes, en detrimento de los intereses y derechos fundamentales del hoy condenado”.

Sostiene al efecto que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión, de manera manifiestamente irregular y violatoria de los derechos fundamentales del procesado, aplicó el sistema procesal previsto en la Ley 906 de 2004, pese a que los

hechos materia de investigación y juzgamiento ocurrieron durante los años 2000 y 2003, época en la cual se encontraba vigente el sistema de la Ley 600 de 2000.

Manifiesta que en las dos diligencias de audiencia pública, el juez de conocimiento decidió omitir la aplicación del artículo 147 de la Ley 600 de 2000, y aplicar el artículo 148 ejusdem, a las dos sesiones de las audiencias públicas, cuando era estrictamente necesario consignarlas por escrito, ya que de no hacerlo se atenta contra la dignidad humana y las garantías constitucionales, como sucedió en este caso, dificultando innecesariamente el ejercicio de la defensa técnica y material, toda vez que si bien de lo ocurrido en la primera sesión de la audiencia pública se consignó en acta escrita, no sucedió lo mismo con la segunda, a la cual no tuvo acceso el nuevo defensor para la preparación del recurso extraordinario de casación.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo impugnado.

Finalmente, en el octavo cargo, sostiene que la actuación se halla viciada de nulidad “por violación a los derechos fundamentales del procesado por no haber aplicado el apotegma jurídico ‘in dubio pro reo’ ”.

Manifiesta que a través de su defensor, el procesado presentó elementos de juicio con aptitud para desvirtuar el dolo con que se le atribuyó haber actuado, por medio de pruebas de cargo que resultaban dubitativas, contradictorias y orientadas a perjudicar a un inocente.

Después de realizar algunas otras consideraciones, manifiesta que “en conclusión, reitera comedidamente la defensa que el proceso no arroja certeza en la imputación y por ello el apotegma jurídico ‘in dubio pro reo’ se presenta como un medio eficaz para impedir condenar a una persona como URIEL FRANCISCO BONILLA

CURREA, contra quien el Estado no pudo concretar en forma certera y suficiente los cargos mínimos exigidos para hallarlo responsable de los hechos imputados, motivo por el cual, con el fallo objeto del recurso extraordinario de casación, se desconocieron derechos materiales, garantías fundamentales y, en consecuencia, se requiere de la intervención de la Sala de Casación Penal”.

SE CONSIDERA:

1.- La Corte ha sido insistente en sostener que la casación discrecional exige para su admisibilidad el cumplimiento de varias condiciones: (i) que el caso no tenga casación común; (ii) que la intervención de la Corte sea necesaria para la protección de las garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia y; (iii) que se presente una demanda que cumpla las condiciones mínimas requeridas por la ley y la lógica casacional para su estudio, en sus aspectos formal y sustancial.

1.1.- El primer presupuesto implica demostrar que los requerimientos de procedencia de la casación común, previstos en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, por razón de la naturaleza de la sentencia impugnada, su origen, o la pena prevista para el delito por el que se procede, no concurren integralmente, y que la vía de ataque es por tanto la casación discrecional.

De este modo, conforme a dicha normativa, la casación discrecional procede contra las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que se hubieren adelantado por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de 8 años y, también, contra sentencias de segunda instancia dictadas por los Juzgados Penales del Circuito, independientemente del quantum punitivo establecido en la ley para el delito por el que se profirió el fallo, siempre y cuando se estime necesario el desarrollo de la jurisprudencia, a partir del caso, o la garantía de los derechos fundamentales.

1.2.- El segundo, comporta acreditar, por tanto, que la sentencia impugnada desconoció un derecho fundamental específico que requiere la intervención de la Corte para su protección, o que se está frente a un tema que no ha tenido desarrollo jurisprudencial, o que teniéndolo es necesario replantear, o que alrededor suyo se presentan posturas interpretativas disonantes que es indispensable unificar.

1.2.1.- Si el motivo de inconformidad radica en aducir la violación de un derecho fundamental, el demandante debe desarrollar una argumentación lógica dirigida a patentizar el desacierto. En tal medida, le compete demostrar que el juicio se llevó a cabo con desconocimiento de una garantía por el quebrantamiento de la estructura básica del proceso o la actividad del juzgador, según sea el caso, e indicar las normas constitucionales que protegen el derecho invocado y su concreto conculcamiento con la sentencia ameritada.

En ese sentido, repetidamente la jurisprudencia ha precisado que cuando se aduce violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de la irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo, falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica cuando ella sea obligatoria, o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria y/o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

En cuanto hace a la violación del derecho de defensa, es de cargo de quien la alegue determinar la actuación que estima lesiva de esta garantía fundamental, indicar las normas que fueron violadas, y dejar establecido cómo el vicio repercute negativamente en la validez del rito llevado a cabo y por qué el reo fue privado de oportunidades que le permitieran sacar avante posturas favorables a su situación.

1.2.2.- Si lo que se pretende con la demanda es que la Corte emita un pronunciamiento con criterio de autoridad en relación con determinado punto jurídico sobre el cual no exista suficiente ilustración y que por oscuro deba ser clarificado por vía jurisprudencial, resulta indispensable que ello se diga expresamente en el escrito respectivo, indicándose igualmente, si lo que se pide es la unificación de posiciones encontradas sobre el particular con señalamiento de las providencias de la Corte, y no de otra autoridad o autoridades, en las que se observan posturas divergentes sobre una misma temática; la actualización de la doctrina hasta el momento imperante por razón de las nuevas realidades jurídicas, políticas, económicas o sociales que compete precisar al censor; o el pronunciamiento sobre un tema aún no desarrollado. Además, debe señalar de qué manera la decisión demandada de la Corte presta el doble servicio de solucionar adecuadamente el caso y servir de guía como criterio auxiliar de la actividad judicial.

1.3.- La tercera exigencia, por su parte, impone cumplir los requerimientos mínimos de forma y contenido señalados para la casación común por el artículo 212 del estatuto procesal penal, a saber: (1) identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada, (2) resumen de los hechos y de la actuación procesal, y (3) señalamiento de la causal invocada y exposición de sus fundamentos, en la forma requerida por los principios que rigen la casación y la lógica de la causal planteada.

En todo caso, la jurisprudencia de modo reiterado ha indicado que es competencia exclusiva de la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, ponderar la fundamentación expuesta por la parte que acude a dicho instrumento, y decidir si admite o rechaza el trámite de la casación excepcional.

2.- Si se toma en consideración que si bien en el presente evento la sentencia de segunda instancia fue proferida por un Tribunal Superior, al procederse por un delito que tiene fijada pena privativa de la libertad no superior a seis años, es claro que

contra ella no procede la casación común, sino la discrecional que la demandante invocó cuando interpuso el recurso, de manera que al haber ejercitado este derecho dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento, se colige que tales aspectos pueden entenderse cumplidos.

3.- No sucede lo mismo, sin embargo, en lo referente a la obligación de fundamentar la solicitud frente a los motivos que justificarían la admisibilidad de la casación discrecional por parte de la Corte; ni con el deber de enunciar, desarrollar y demostrar, clara y precisamente cada uno de los cargos que al amparo de las causales que aduce, pretende postular contra el fallo de segunda instancia.

Si bien la casacionista refiere estar consciente de que en este caso solamente procede la casación discrecional, es lo cierto que no se decide entre la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de su cliente presuntamente transgredidos en las instancias, y la de desarrollar la jurisprudencia.

Si lo primero, es claro que su reclamo se orienta más que a patentizar que los juzgadores incurrieron en vicios de estructura o de garantía que viciaron de ineficacia el trámite judicial, a evidenciar que el motivo de su discrepancia radica en la decisión del juzgador de condenar a su asistido, respecto de quien afirma que no cometió el delito, que otras personas fueron las autoras de la conducta omisiva por haber sido delegadas para realizarla, que actuó sin dolo, y que tenía derecho a que a favor suyo se decretara la cesación de procedimiento por haberse extinguido la obligación tributaria mediante el acuerdo suscrito con la entidad acreedora, y, finalmente, que no pudo cumplir el compromiso por causas atribuibles a la DIAN, en una mezcla ininteligible de conceptos e ideas respecto de las cuales resulta imposible desentrañar su sentido, alcance y el verdadero propósito perseguido con su exposición.

Es de tal magnitud la confusión que la demandante evidencia, que de la argumentación

que propone no logra saberse si lo que pretende demostrar es que no existió el hecho atribuido a su representado, o que habiendo existido éste no lo realizó, o si habiéndolo cometido actuó amparado por una causal excluyente de responsabilidad, o si a pesar de todo ello, la acción penal no podía haberse iniciado o no debió proseguirse por haber operado un fenómeno objetivo de extinción de la acción penal, todo lo cual ameritaba tener que realizar planteamientos lógicamente ordenados y sometidos a los parámetros de enunciación desarrollo y demostración establecidos para el recurso extraordinario, nada de lo cual siquiera ensaya.

Aunque pudiera pensarse que la pretensión se orienta por poner de presente la necesidad de desarrollo jurisprudencial, es lo cierto que nada informa sobre si el fundamento de su pedido estriba en que no existe pronunciamiento alguno en relación con el tipo penal aplicable al caso, o si los que existen son ambiguos o contradictorios, o si de lo que se propone es evidenciar la necesidad de que la Corte aborde nuevamente el tema porque la jurisprudencia existente en relación con el citado asunto ha decaído a tal punto de convertirse en desueta frente a las nuevas realidades.

En cualquier caso, es claro que la demandante nada informa sobre cuál habría de ser el sentido del pronunciamiento jurisprudencial que demanda de la Corte, ni cómo el mismo habría de solucionar adecuadamente el caso sometido a su consideración y serviría de guía de la actividad judicial para que en un futuro pudieran resolverse en similar sentido asuntos de igual talante.

En lugar de ello, a la mejor manera de un alegato más propio de las instancias, es decir, no sometido a parámetro lógico o normativo alguno, la libelista se dedica a presentar de manera indiscriminada sus alegaciones con el fin de tratar de convencer a la Corte sobre los motivos que tiene para pensar que su cliente debe ser absuelto de los cargos formulados, sin tomar en cuenta que el juicio como tal ya culminó y que en esta sede no resulta pertinente debatir, sin más, la responsabilidad o la inocencia del acusado,

sino la actuación del juzgador al proferir el fallo de segunda instancia, amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, la cual es de su cargo desvirtuar y que en este caso lejos estuvo de poder lograr.

Cabe resaltar, de todos modos, que en torno al punto a que la demandante alude como fundamento de su pretensión -esto es en relación con la necesidad de desarrollar la jurisprudencia con respecto a los motivos de preclusión de la investigación o de cesación de procedimiento a que aludía el parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000-, la Corte ya se ha ocupado sobre dicho particular, sin que observe necesario variar su criterio entonces expuesto¹⁶ en los siguientes términos que en esta ocasión se reiteran:

“Dada la naturaleza de la causal de extinción de la acción penal consignada en el parágrafo del artículo 402 del C.P., la Corte estima necesario hacer algunas precisiones referidas al momento en el cual se puede acreditar el pago de las acreencias tributarias y la decisión que en consecuencia ha de tomarse.

“Para el efecto, cabe hacer una aproximación a la regulación normativa de la responsabilidad penal de los agentes retenedores o recaudadores, tópico este que fue analizado por la Sala en reciente pronunciamiento¹⁷, de la siguiente manera:

‘El artículo 10º de la Ley 38 de 1969 establecía la responsabilidad penal de los recaudadores haciéndoles extensiva la sanción prevista para el peculado por apropiación a quienes no consignaren a favor del erario las sumas retenidas o percibidas por concepto de retención en la fuente de IVA dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquel en que se haya hecho el pago o abono en cuenta, plazo éste que figuraba en el artículo 4º de la misma ley y que posteriormente fue derogado por el

decreto 2503 de 1987.

‘La Ley 75 de 1986 le otorgó facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Estatuto Tributario, en cumplimiento de lo cual expidió el Decreto 624 de 1989 que a su vez reprodujo el artículo 10º de la Ley 38 de 1969, pero prescindiendo del elemento temporal para efectuar el pago, razón por la cual la Corte en Sentencia C-285 de 1996 declaró inexecutable esta disposición, exhortando al Congreso para que expidiera una norma de similar contenido que contuviera todos los elementos del tipo.

‘Consecuentemente se dictó la Ley 383 de 1997, cuyo artículo 22 tipificó la responsabilidad penal del agente retenedor o recaudador que no consignara las retenciones en la fuente y el IVA causado, restaurándose el elemento temporal (dentro de los dos meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención). Adicionalmente, se estipularon dos párrafos: el primero, relativo a la extinción de la obligación tributaria como causal de cesación de procedimiento; y el segundo, que excluyó de la aplicación del artículo 22 la hipótesis de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas, ambos del siguiente tenor:

“Párrafo 1º. El agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo.

Parágrafo 2º. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

‘Estos párrafos fueron modificados por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998 con la siguiente redacción:

“Párrafo 1o. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago, compensación o acuerdo de pago de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.

Parágrafo 2o. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios, o en liquidación forzosa administrativa, o en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

‘El precepto actualizado del artículo 22 de la Ley 383 de 1997 fue demandado ante la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-1144 de 2000 lo declaró exequible, salvo sus párrafos 1° y 2° respecto de los cuales se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por sustracción de materia.

‘A través del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 se unificaron en uno solo los dos párrafos citados del artículo 665 del Estatuto Tributario, bajo el siguiente texto:

“RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES EN LA FUENTE Y EL IVA. Unifícanse los párrafos 1o. y 2o. del artículo 665 del Estatuto Tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así:

Parágrafo. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente

retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causada”.

‘No obstante, con anterioridad a la Ley 633 de 2000 se expidió la Ley 599 de 2000 a través de la cual se adoptó un nuevo Código Penal, en cuyo artículo 402 se tipificó el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, en los siguientes términos:

“Omisión del agente retenedor o recaudador. 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 de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”.

‘Como la Ley 633 de 2000 fue publicada en el Diario Oficial No. 44.275 del 29 de diciembre de 2000, fecha en que empezó a regir por disposición de su artículo 134, mientras que la ley 599 de 2000, aunque fue publicada en el Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, por mandato de su artículo 476 sólo entró en vigencia un año después de su promulgación, esto es, a partir del 24 de julio de 2001, se concitó un interrogante sobre cuál dispositivo era posterior en orden a establecer qué reforma prevalecía.

‘El punto fue dilucidado por la Corte Constitucional en la sentencia C-009 de 2003, en la que consideró que la respuesta a la pregunta planteada debía darse con referencia a la fecha en que adquirieron validez las mencionadas leyes. Es así como entendió que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 era posterior al artículo 402 de la ley 599 de 2000, dado que en ese cotejo resultaba irrelevante la fecha en que comenzó a regir cada ley, pues, dijo, “bien puede ocurrir que una ley que es promulgada con anterioridad a otra que contempla la misma materia, por haber diferido en el tiempo su entrada en vigencia es susceptible de comenzar a regir con algunas disposiciones ya derogadas tácitamente por la ley que fue expedida posteriormente, pues, se destaca, siendo ambas válidas, la ley expedida con posterioridad puede derogar tácitamente todas o algunas de las

disposiciones de la que fue expedida previamente”, fenómeno que precisamente observó en este evento, reconociendo que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 derogó -tácitamente- el párrafo del artículo 402 del Código Penal, manteniéndose incólume el resto de su mandato.

‘En esa oportunidad, la Corte Constitucional se abstuvo de examinar de fondo el párrafo en cuestión, pues encontró que el actor en modo alguno estructuró cargos contra el mismo, limitando el examen de constitucionalidad al contenido del artículo 402 de la ley 599 de 2000, con exclusión de su párrafo, que reiteró, fue derogado tácitamente por el artículo 42 de la ley 633 de 2000.

‘Por lo tanto, durante la vigencia del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, la exclusión de responsabilidad penal para el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas se amplió, además del pago o compensación de la totalidad de la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, a los casos en que demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

‘Finalmente, no sobra agregar que el aparte del párrafo transcrito fue derogado por el artículo 21 de la Ley 1066 de 29 de julio de 2006, por medio de la cual “se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, norma del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 21. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación¹⁸ y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la frase “Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que este se está cumpliendo en debida forma” contenida en el inciso 1º del artículo 42 de la Ley 633 de 2000...”.”

“Importa destacar, además, que la Corte ciertamente es competente para pronunciarse en este momento acerca de la posibilidad de extinguir la acción penal a favor del acusado, en caso de determinarse que efectivamente se ha pagado la totalidad de lo adeudado a la DIAN, toda vez que la sentencia condenatoria proferida en su contra no cobró ejecutoria al ser recurrida en casación, sin que aún esta Corporación hubiese resuelto de fondo la impugnación extraordinaria; además, se trata de una causal objetiva que de encontrarse acreditada imposibilitaría continuar el trámite procesal y conduciría a la emisión de auto de cesación de procedimiento.

“Ese ha sido el criterio de la Sala¹⁹, que en asuntos similares ha considerado que no puede perderse de vista que ‘la petición de cese por indemnización integral, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación’.

“Acorde con ello, una vez se verificó el contenido de la demanda, en la cual se aduce el pago total de la acreencia adquirida con el fisco nacional, se dispuso oficio a la DIAN, a efectos de que certificase si en verdad el procesado E. D. V., se halla a paz y salvo por ocasión de los períodos objeto de acusación penal.

“Al efecto, con fecha del 4 de agosto del presente año, se recibió la correspondiente certificación en la cual la Jefe del Grupo Coactiva II, de la División de Gestión de Cobranzas, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, señala que el acusado aún adeuda el monto e intereses, al 29 de julio de 2009, correspondientes al impuesto a las ventas de los períodos 2, 3 y 6 de 2002.

“Está claro, entonces, que el procesado no ha cubierto en forma total los impuestos e

intereses adeudados a la DIAN y por ello no puede ser favorecido con la extinción de la acción penal que consagra el parágrafo del artículo 402 del C.P”.

Entonces, por el lado que se observe, sea que se entienda que la postulación del recurso obedece a la necesidad de garantizar derechos fundamentales del procesado presuntamente conculcados en las instancias, o de desarrollar la jurisprudencia, es claro que la demandante no cumplió con el deber de indicarle a la Corte, con la claridad y precisión requeridas, la razón o razones por las cuales habría de darle cabida a la casación discrecional a un asunto sobre el cual no se cumplen los presupuestos de la vía común, máxime si tampoco logró acreditar que el procesado se encuentra a paz y salvo con la entidad acreedora de los recaudos por impuesto a las ventas y retención en la fuente, durante los períodos a que se alude en el resumen fáctico realizado al comienzo de esta determinación.

4.- Pero aun si la Corte llegase a suponer que la demandante cumplió el deber de fundamentar la pretensión relacionada con la procedencia de admitir al trámite casacional por la vía discrecional el presente asunto, es claro que tampoco los cargos formulados cumplen los presupuestos de admisibilidad, toda vez que la falta de claridad, precisión y cuando no de idoneidad sustancial, son su rasgo sobresaliente, todo lo cual amerita tener que inadmitir el libelo.

Obsérvese de entrada que la demandante ni siquiera se aviene al cumplimiento de los principios de autonomía y prioridad que rigen el recurso de casación, puesto que sin apego a ningún parámetro lógico o técnico, en la formulación de las censuras transita indistintamente por las sendas de la violación directa, la indirecta y la nulidad, sin percatarse que cada causal que las recoge es autónoma y, por lo mismo, amerita desarrollo y demostración independiente de las demás.

Tampoco toma en cuenta que la postulación simultánea de varios cargos, sin indicar la prioridad con que debe abordarse el estudio de cada cual, puede resultar contradictoria y, en esa medida, dar al traste con las pretensiones desquiciatorias del fallo de segunda instancia, sin que en tales circunstancias la Corte pueda optar por una de las varias hipótesis ofrecidas para desentrañar cuál de ellas corresponde a la verdadera pretensión del demandante en sede extraordinaria, esto es, si la anulación del trámite por haberse presentado vicios de estructura o de garantía o, en sentido contrario, bajo el supuesto de la inmaculación del juicio, casar la sentencia y proferir una de reemplazo en que se absuelva al acusado, por presentarse violación directa de la ley, en cuyo caso se acoge la valoración probatoria, o violación indirecta por incurrir el juzgador en yerros de hecho o de derecho en la apreciación de los medios y la asignación de su mérito persuasivo, todo lo cual, formulado a un mismo tiempo, resulta incompatible.

Para que la demanda tuviera alguna coherencia, la demandante, además de justificar con claridad y precisión la procedencia de la casación discrecional, debió formular primero los reparos relativos a la pretensión de nulidad, atendiendo no sólo la cobertura del vicio sino la incidencia en la validez del fallo. Esto por la sencilla razón de que si el trámite se halla afectado por algún motivo de ineficacia, mal puede demandarse la absolución del acusado, pues en tal eventualidad la solución también devendría ilegítima.

Seguidamente, con carácter subsidiario, formular los reparos que resultaren por la senda de la violación indirecta, precisando el tipo de error probatorio cometido y abordando su enunciado, desarrollo y demostración de manera completa, atendiendo los parámetros ampliamente fijados por la jurisprudencia.

Y, por último, bajo el supuesto de acoger los hechos declarados en el fallo así como la apreciación de los medios realizada por el sentenciador, denunciar la violación directa por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de un precepto de derecho sustancial.

Pero independientemente de estos desaciertos de orden técnico, de suyo suficientes para que la Corte decida inadmitir la demanda en este caso, es lo cierto que la libelista tampoco acredita la idoneidad sustancial de su propuesta, pues no tiene razón cuando sostiene que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por prescripción de la acción penal (cargo tercero); tampoco cuando denuncia la violación del principio de non bis in ídem por haberse dejado de aplicar la figura de la acumulación de procesos (cargo cuarto); o que se hubiere incurrido en nulidad por violación del derecho de defensa al no haberse decretado la práctica de algunas de las pruebas solicitadas (sexto cargo); o que se hubiere incurrido en nulidad por aplicar supuestamente sistemas procesales distintos (séptimo cargo); menos cuando sostiene que se desconoció la prohibición de la reforma peyorativa (cargo segundo); o que el Tribunal hubiere incurrido en falso juicio de existencia al dejar de considerar pruebas válidamente practicadas (primer cargo); o que el sentenciador incurriera en violación directa por dejar de aplicar las normas sustanciales que establecen la cesación de procedimiento por pago o compensación de lo recaudado por concepto de IVA o retención en la fuente (quinto cargo); o finalmente, que el fallo se halle afectado de nulidad por violación de principio in dubio pro reo (octavo cargo).

Para denotar la sin razón de la propuesta relacionada con la prescripción de la acción penal, de que se ocupa el cargo tercero, y que sin ninguna sindéresis repite en memorial posteriormente presentado, baste con decir que la demandante supone erradamente que en este caso el lapso relativo a la prescripción, es el que corresponde a los análisis que de modo particular realiza en el libelo, en donde contabiliza los términos tomando en cuenta el máximo punitivo (6 años) establecido en la norma sustancial aplicada al caso (artículo 402 de la Ley 599 de 2000), sin percatarse que por haber sido realizada la conducta por servidor público (notario público) con ocasión del ejercicio de su cargo y de sus funciones como recaudador de impuestos de IVA y de retención en la

fueron, el término mínimo de prescripción, tanto en la instrucción como en el juicio, es de seis (6) años y ocho (8) meses, según ha sido repetidamente indicado por la jurisprudencia, los cuales, en ninguna de dichas hipótesis, se han cumplido, si se tiene en cuenta que los hechos más antiguos tuvieron lugar durante el segundo bimestre del año 2000, y que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 28 de julio de 2006.

A este respecto plausible se observa recordar la postura de la Corte sobre dicho particular, recientemente reiterada²⁰:

“La Sala advierte que el planteamiento del censor carece de la idoneidad necesaria para admitir el cargo al obedecer a una posición obcecada acerca del cómputo del término prescriptivo de la acción penal tratándose de servidores públicos.

“Efectivamente, el defensor asume una postura distante del criterio de autoridad que conforme con la Ley 599 de 2000 ha tenido la Corte Suprema de Justicia acerca de la contabilización del término de prescripción de la acción penal cuando se trata de delitos cometidos por servidores públicos con ocasión o en razón de sus funciones en el entendido que el lapso mínimo de prescripción de la acción penal corresponde a seis (6) años y ocho (8) meses, tanto en la etapa instructiva como en la fase de juzgamiento, puesto que si el lapso prescriptivo señalado por el artículo 86 en concordancia con el inciso 5º del artículo 83 del citado ordenamiento arroja una pena máxima inferior a los cinco (5) años de prisión, se tendrá como mínimo este monto aumentado en la tercera parte.²¹

“Y aunque recién que entró a regir la Ley 599 de 2000 en una nueva interpretación de los preceptos que regulan el fenómeno de la prescripción de la acción penal de los sujetos activos cualificados por su relación con el Estado la Corte realizó inicialmente un conteo que arrojaba los cinco (5) años —al aumentar la tercera parte únicamente al máximo, deduciendo de dicho monto la mitad para efectos del conteo en

la fase del juicio—, tal tesis fue rápidamente recogida o superada al determinar que dicho término no podía ser inferior a seis (6) años ocho (8) meses, sea en la fase instructiva o en la de juzgamiento.

“Así razonó la Sala al recoger su tesis en decisión de 25 de agosto de 2004 (radicación 20673):

‘En ningún caso la acción penal por el delito donde sea autor, partícipe o interviniente un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos prescribe en un término inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, sea que la prescripción se presente antes de ejecutoriarse la resolución acusatoria (en la instrucción), o sea que la prescripción se produzca después de quedar en firme la acusación (en la etapa del juzgamiento).

‘Lo anterior, se aplica en todos los casos, aunque el delito sea sancionado con pena no privativa de la libertad, y aunque la pena máxima de prisión del delito concreto -si la tiene- sea inferior a cinco (5) años.

‘El último aserto se fundamenta articulando de manera equilibrada y reflexiva los criterios de hermenéutica antes mencionados, que generalmente apoyan la tarea del intérprete de cara al correcto entendimiento de las normas jurídicas.

(...)

‘La manera de contar el término de prescripción de la acción penal refleja una de aquellas diferencias, lo cual genera como resultado que el término mínimo para que ese fenómeno sea reconocido no puede coincidir para uno y otro (particular y servidor público), indistintamente que se esté en la etapa de la instrucción o en la fase del juzgamiento.

‘Para la doctrina constitucional, la prescripción de la acción penal es una institución

de orden público en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. En su doble connotación, dicho fenómeno se erige en garantía constitucional a favor del procesado, en cuanto a todo ciudadano le asiste el derecho de que se le aclare su situación jurídica, como quiera que no puede quedar sujeto indefinidamente a la imputación que se ha hecho en su contra. Y para el Estado, se trata de una sanción frente a su inactividad.

‘La Corte Constitucional en la Sentencia C-345 del 2 de agosto de 1995, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 82 del Código Penal anterior (Decreto 100 de 1980), cuyas reflexiones continúan vigentes debido a la reproducción que en lo esencial se hizo de sus preceptivas en el actual artículo 83 de la Ley 599 de 2000, expresó que en el evento delictivo atribuido al servidor público se justifica la mayor punibilidad porque, además de propiciarse la vulneración de determinado bien jurídico tutelado, se lesionan los valores de la credibilidad y de la confianza públicas; y ese aumento en la sanción “responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.”

‘Del mismo modo, en torno al incremento del término prescriptivo de la acción penal en los delitos cometidos por servidores públicos, dijo la citada Corporación que la mayor punibilidad señalada para tales ilicitudes conlleva “automáticamente” el aumento de dicho lapso; y acotó: ‘Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades’

‘Entonces, el cabal entendimiento de las reglas de la prescripción debe realizarse articulando de manera razonada el texto legal con los fines que el constituyente y

el legislador se han propuesto, de suerte que los motivos de política criminal que justifican el incremento del término prescriptivo de la acción penal cuando en la ejecución de la conducta delictiva interviene funcionalmente un servidor público, no resulten vanas pretensiones de contenido retórico.

‘Lo anterior permite inferir que si al servidor público que delinque en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, se le sanciona con mayor severidad en atención a los motivos atrás expuestos, ese tratamiento más drástico repercute en la ampliación proporcional del término con el que el Estado cuenta para perseguir esta clase de delitos, habida consideración de la ‘posición privilegiada’ de la que goza, dificultándose a menudo la investigación y el juzgamiento.

‘Para ahondar en el fundamento constitucional de ese trato diferencial, cabe recordar que en virtud del artículo 120 de la Carta, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado intemporalmente para el desempeño de funciones públicas. Para los particulares, en cambio, la interdicción en el ejercicio de la función pública tiene límites legalmente establecidos.

‘La visión pragmática y las consecuencias: Sin duda, la comprensión del asunto como se viene sosteniendo responde a los cometidos político jurídicos del Estado colombiano, pues recuerda al servidor público que la administración de justicia dispone de un tiempo mayor para investigarlo y juzgarlo, si delinque, en comparación del lapso disponible frente a la delincuencia particular. De lo contrario, de admitirse que en algunos eventos la prescripción para el servidor público que se involucra en conductas punibles podría ocurrir en sólo cinco (5) años o en un lapso menor, transmitiría un mensaje políticocriminalmente indeseable, que conspira contra la integridad de la función pública y desdibuja la lucha estatal contra la corrupción, si llegase a creerse - erradamente- que es indiferente mancillar delictivamente dicha función, que vulnerar otra

especie de bienes jurídicos.

‘En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión -si la hubiere- fuere inferior a cinco años’.

Entonces, si el delito de omisión del agente retenedor o recaudador definido por el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, prevé una pena máxima de seis (6) años de prisión, y como en este caso fue realizado por servidor público en su condición de tal, es claro que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 ejusdem, dicho término debe incrementarse en la tercera parte, lo que indica que durante la fase de instrucción no puede ser inferior a ocho (8) años, los cuales, en este caso no transcurrieron desde las fechas de realización de la conducta (junio de 2000) y la ejecutoria de la acusación (28 de julio de 2006).

Ahora, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, corresponde específicamente para la fase del juicio a cinco (5) años incrementados en una tercera parte, para un total de seis (6) años y ocho (8) meses.

Por lo tanto, como la resolución de acusación proferida el 17 de noviembre de 2004 adquirió firmeza el 28 de julio de 2006 cuando se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra ella, el tiempo de prescripción se cumpliría el 28 de marzo de 2013, el

cual, por supuesto, aún no ha vencido.

Como quiera entonces que la demandante parte de un supuesto manifiestamente equivocado, ello determina que la censura no pueda ser admitida al trámite.

En cuanto tiene que ver con la denuncia de haberse violado el debido proceso de que trata el cuarto cargo, por no haberse dispuesto la acumulación jurídica de los juicios seguidos en contra del procesado, se advierte absoluta y manifiesta falta de idoneidad sustancial, en cuanto se deja de considerar, de una parte, que el presente trámite se empezó a rituar bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, que no contempla la figura que la demandante invoca, y, de otra, que la jurisprudencia se ha orientado por negar dicha posibilidad, toda vez que el instituto aducido no corresponde a la idea de aplicación de la ley sustancial más favorable.

A dicho propósito, plausible resulta recordar lo establecido por la jurisprudencia²² en torno al punto:

“6.2. La Ley 600 de 2000 -vigente cuando se inició la investigación- estableció que la conexidad, sólo se decreta en la etapa de la investigación y, como regula aspectos meramente procesales en tanto determina lo concerniente a la ritualidad del proceso, tiene efecto general e inmediato.

“6.3. La eliminación de la acumulación jurídica de causas obedece a política criminal del Estado en cuanto recoge lo que la jurisprudencia y la práctica evidenciaron, que antes que resultar un medio de agilización y de responder a los postulados de una pronta y cumplida justicia, constituyó una forma de dilación y entramamiento de los procesos.

“6.4. En el entendido que la ultractividad de la ley tiene carácter excepcional y que frente a la ley procesal este principio se armoniza con el legalidad, contenido en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que desarrolla el de

favorabilidad, no hay lugar a dar una aplicación ultractiva del Decreto 2700 de 1991 en tanto no se está ante una ley procesal de efectos sustanciales.

“6.5. En cuanto a que se podría lograr la unificación de la pena, al despacharse favorablemente la acumulación de procesos, es un argumento que no resulta de recibo toda vez que existe la posibilidad de acumular jurídicamente las penas de la forma como lo prevé el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, que apunta a una redosificación punitiva menos gravosa en casos de sentencias proferidas contra un mismo condenado en diferentes procesos.

“6.6. Por no ser una norma procesal penal de efectos sustanciales, no hay lugar a la aplicación de la ley anterior a procesos iniciados y tramitados en vigencia de la nueva ley, porque sencilla y llanamente no hay diligencias, términos o actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado.

“7. En este orden de ideas, opera la regla general que indica que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la misma, y por eso no hay lugar a revocar la decisión objeto de alzada.”

Y si se llega a entender que la pretensión de la demandante era acreditar que el proceso no ha debido iniciarse, o no podía continuar, porque con relación a los mismos hechos y respecto de las mismas partes ya existía un pronunciamiento ejecutoriado que había hecho tránsito a cosa juzgada judicial, era su obligación acreditar dichos supuestos y no acudir erradamente a la figura de la acumulación jurídica de causas, cuya finalidad y efectos son ostensiblemente distintos, pues mientras el instituto de la cosa juzgada da lugar a proferir resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, según sea el caso, la acumulación jurídica de juicios conduce al proferimiento de una sola sentencia, absolutoria o condenatoria, pese a que se trata de varios asuntos que llegaron a la fase de juicio por vías separadas.

De otra parte, en cuanto tiene que ver con el sexto cargo, relacionado con la existencia de una presunta nulidad del proceso por haberse dejado de recaudar algunas pruebas que la demandante extraña, cabe señalar que el mismo quedó en su sólo enunciado, en cuanto no le dio ningún desarrollo ni abordó el proceso demostrativo completo, como para que pudiera entenderse debidamente formulado.

Dejó de considerar la demandante que la jurisprudencia²³ ha sido insistente en indicar que cuando en sede extraordinaria se postula la nulidad por violación del debido proceso o el derecho de defensa por omisión en la práctica de pruebas, para que el ataque pueda entenderse completo resulta indispensable no solamente concretar en la demanda los medios de prueba que fueron dejados de practicar por el funcionario instructor sino demostrar la procedencia de su práctica; y, finalmente, acreditar su trascendencia.

La primera exigencia implica que el demandante debe señalar, en concreto, las pruebas que los funcionarios judiciales soslayaron en su recaudo, y no limitarse a consignar afirmaciones generales sobre la existencia de una supuesta inactividad probatoria, sin descender al campo de las concreciones.

La segunda, dice relación con los conceptos de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad de la prueba o pruebas no practicadas, e implica acreditar que son legalmente permitidas; que guardan relación con los hechos, objeto y fines de la investigación; que son razonablemente realizables; y, que no son superfluas. La tercera, impone confrontar, dentro de un plano racional de abstracción, el contenido objetivo de las pruebas omitidas con las que sustentan el fallo, en orden a demostrar que sus conclusiones sobre los hechos o la responsabilidad del procesado habrían sido distintas y opuestas de haber sido aquéllas practicadas²⁴.

“Se hace esta primera precisión, ha sido dicho, para dejar sentado que la

demostración de esta especie de reparo no se agota con el simple señalamiento de las pruebas que los funcionarios judiciales omitieron practicar en concreto dentro de una determinada investigación, ni mucho menos en la presentación de una variedad de hipótesis probatorias producto de la capacidad imaginativa del demandante, sobre las que se especula a partir de la certeza de los resultados del proceso, sino en el cumplimiento claro y preciso de los requerimientos que viene de ser indicados.

“Sostener que las cosas habrían sido distintas si la investigación se hubiese enderezado en tal o cual sentido, o hubiesen sido practicadas tales o cuales pruebas, o que se violó el principio de investigación integral porque las pruebas que teóricamente podrían haberse recaudado no se realizaron, nada demuestra. Es necesario acreditar, frente al caso concreto, que las pruebas omitidas surgían necesarias o trascendentes para la definición del asunto, que eran jurídicamente procedentes, que eran materialmente realizables, y que dejaron de practicarse por inactividad endilgable a los funcionarios judiciales encargados del adelantamiento de la investigación”²⁵.

En este caso, la demandante se limitó a sostener que en varias oportunidades la defensa solicitó allegar copia integral del proceso fiscal número 4.171.450 adelantado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Tunja en contra de su representado, así como copia del proceso penal que cursa en la Fiscalía 15 Seccional de Tunja contra dos funcionarias de la Notaría a quienes el procesado denunció como responsables del hechos, pero dejó de acreditar la procedencia de su recaudo, y tampoco dedicó espacio alguno a analizar la eventual incidencia que su práctica habría tenido para modificar el sentido de la decisión censurada.

Es de tal entidad la precaria formulación del reparo, que es la propia libelista quien pone de presente que en relación con el expediente administrativo a cargo de la Dian se practicó

diligencia de inspección judicial, lo que de suyo denota el carácter superfluo del medio que extraña, y en relación con el segundo proceso, esto es el tramitado por la Fiscalía en contra de los empleados de la Notaría denunciados por el acusado, esta misma situación de inocuidad concurre, toda vez que el Juzgador se ocupó de analizar el tema, al indicar que:

“Son claros, por lo tanto, los elementos que configuran la responsabilidad del procesado, en cuanto a que actuó consciente y dolosamente y le es imputable el resultado porque dejó de lado el conocimiento de la ley, procediendo de la manera en que lo hizo. Es así como en la intervención de la audiencia pública dijo de manera clara que sabía de esa obligación pero que por desorganización contable no realizó las gestiones tendientes a la consignación de los dineros, atribuyendo dicha omisión a otras personas como el contador, y poniendo de presente inconvenientes personales, con la intención de hacerlos valer como eximentes de responsabilidad, que sin embargo no lograron demostrarse, tratando de evadir su responsabilidad, la cual se traducía en el cumplimiento al Estado de la obligación de cancelar oportunamente el impuesto de IVA y Retefuente” (se destaca).

O como lo indicó el juzgador de alzada al señalar que:

“Por lo anterior, no son de recibo las apreciaciones de la defensa al intentar justificar tal error por el hecho de ser persona y que en dicha condición nadie está exento de incurrir en él, pues si alguien colecta algún tipo de dinero el cual sabe que no es suyo y se apropia de éste, no lo hace por un error sino de manera consciente y determinante para su logro.

“La representación mental por la omisión del procesado existió, tan es así que suscribió un acuerdo de pago en el cual se comprometió a consignar cuotas mensuales de sus deudas, el cual incumplió. Se establece que el sujeto tuvo la posibilidad real de

comprender la ilicitud de su actuar y por lo tanto la antijuridicidad conforme al criterio razonable que le permitió discernir su carrera de abogado y su experiencia.

“De otro lado el defensor del acusado manifestó haber sido víctima de extorsión y de hurto por parte de personas que le colaboraban en la Notaría, alegación que ya fue centro de discusión en el acápite de pruebas en el que se logró determinar que no son más que argucias defensivas y excusas a la irresponsabilidad observada por el procesado” (se destaca).

Sirvan estas reseñas de los fallos de instancia para denotar que los juzgadores sí analizaron los temas a que se alude en las pruebas que la demandante extraña, con lo cual el reparo que formula cae en el más absoluto vacío. Cosa distinta es que no comparta las conclusiones probatorias a que arribó el Tribunal, en cuyo evento no sería, de todos modos, la nulidad por violación del debido proceso o el derecho de defensa el yerro que podría alegar.

Esta misma situación de falta de idoneidad sustancial concurre en cuanto tiene que ver con el segundo cargo que la demandante postula, relacionado con el desconocimiento de la prohibición de la reforma peyorativa, toda vez que, de una parte, no solamente dice reconocer que fue el Ministerio Público quien apeló de la sentencia de primera instancia con el propósito de perseguir la agravación de la sanción penal impuesta por el A quo, con lo cual pretensión de suyo queda sin fundamento de cara a las previsiones del artículo 215 de la Ley 600 de 2000²⁶, sino que además pretende la demostración del yerro aduciendo falta de razón en el recurrente, en cuyo evento no sería la nulidad de lo actuado el camino correcto a seguir en sede extraordinaria, sino la violación directa o indirecta de la ley sustancial, previa demostración de cada uno de los supuestos de procedencia de los cuales ampliamente se ha ocupado la jurisprudencia.

En cuanto tiene que ver con el séptimo cargo que al amparo de la causal tercera la demandante postula, relacionado con la presunta violación del debido proceso por haber aplicado en la diligencia de audiencia pública las previsiones de la Ley 906 de 2004 y no las de la Ley 600 de 2000 y que dicha situación “atentó contra la dignidad humana y las garantías constitucionales toda vez que dificultó innecesariamente el ejercicio de la defensa técnica y la defensa material del procesado”, debe decirse que la censura no corresponde a nada diverso de un particular criterio que la impugnante posee de la actuación llevada a cabo y no a la objetividad que ésta revela.

Esto si se tiene en cuenta que en la sesión de audiencia pública celebrada el seis de octubre de dos mil nueve, el juez de conocimiento hizo constar en el acta respectiva, suscrita por todos los que intervinieron en ella, “que la presente audiencia se dejará consignada en medio técnico, valga decir grabación en audio, en aras de facilitar el trabajo de descongestión para el cual fue creado este Despacho judicial; como constancia de haberse recogido todo el acontecer procesal se consignará dicha grabación de audio en CE, el cual se incluye como pieza procesal del expediente. Para corroborar lo aquí afirmado se suscribe la presente acta por quienes en ella intervinieron en la audiencia, conforme lo describe el artículo 148 de la Ley 600 de 2000” (se destaca).

Es tan cierto lo anterior, que en el fallo de primera instancia el juzgador fue expreso en dedicar un capítulo especial para resumir las intervenciones de cada uno de los sujetos procesales, sin que la demandante en casación formule reparo alguno a la fidelidad de lo acontecido.

Entonces, tanto desde el punto de vista jurídico, como del fáctico, es claro que no le asiste razón a la demandante en la postulación de la censura, pues el ordenamiento

procesal penal autoriza la utilización de medios técnicos en la actuación procesal, y establece que cuando las diligencias sean recogidas en sistemas de audio o video, se debe levantar un acta que será suscrita por quienes tomaron parte en ella, siendo esto precisamente lo que aconteció en el presente asunto.

No se entiende entonces, cual habría de ser el sentido del reclamo presentado por la libelista, si no existe norma procesal alguna que pudiese haber resultado transgredida que amerite la intervención de la Corte en orden a restaurar su vigencia.

En cuanto tiene que ver con el primer cargo, en el que se sostiene que el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia al dejar de considerar pruebas válidamente practicadas; el quinto cargo, según el cual el sentenciador incurrió en violación directa al dejar de aplicar las normas sustanciales que establecen la cesación de procedimiento por pago o compensación de lo recaudado por concepto de IVA o de retención en la fuente o; el octavo cargo, según el cual el se incurrió en nulidad por violación del principio in dubio pro reo, debe decirse que tales censuras no solamente se hallan indebidamente planteadas, aun si se las supusiera formuladas por la vía de la casación común, sino que no tienen cabida por la senda de la casación discrecional.

Obsérvese cómo, en relación con la primera censura, el demandante tenía por carga demostrar que los citados medios de convicción objetivamente fueron ignorados en la sentencia, pese a haber sido válidamente recaudados, y que de haber sido apreciados, siguiendo las reglas de la sana crítica, tanto de manera individual como de conjunto, la solución habría sido ostensiblemente distinta a la adoptada, nada de lo cual siquiera ensaya.

Se limita a sostener que los aludidos medios de convicción dejan sin sustento el

fundamento de la declaración de condena, tan sólo porque considera que con ellas se acredita el convenio de pago con la administración de impuestos, el incumplimiento del acuerdo y la garantía de pago con las medidas cautelares sobre los bienes embargados, y que en tales condiciones el solo convenio resultaba suficiente para decretar la cesación de procedimiento.

No obstante la demandante nada informa sobre la reseña que de tales medios realizó el Tribunal en la sentencia de segunda instancia²⁷, ni en relación con el análisis que sobre dicho particular se efectuó en el mencionado fallo en el cual concluyó:

“En el sub júdice, se constató la existencia de un acuerdo de pago de 4 de abril de 2001 (folio 70 del anexo 1 original) suscrito por el procesado y la DIAN en el que se advertía la posibilidad de dejarlo sin vigencia si sobrevenía el incumplimiento de algunas de las cuotas pactadas. Se precisa que desde luego ese acuerdo de pago sólo cubrió las omisiones ocurridas con anterioridad a su realización, es decir que el valor de las sumas recaudadas y no consignadas por concepto de IVA correspondiente al 3er bimestre del año 2000 y de retención en la fuente por el período 6to de ese mismo año.

“No obstante, hecha esa salvedad, el contribuyente incumplió con los pagos por lo que mediante resolución 8520065410811-001 de 22 de abril de 2003, emitida por la División de Cobranzas de la DIAN (folio 54 del anexo 1 original) se deja sin efectos el acuerdo suscrito por sumas denunciadas adeudadas anteriores, las que se excluyeron de nuestra competencia, como de las objeto de la presente investigación. Es decir no se hizo efectivo el pago del dinero ni se cumplió en debida forma el acuerdo como lo solicita el parágrafo por medio del cual se le concedió la facilidad.

“Esta circunstancia también nos lleva a afirmar que ningún acuerdo de pago se suscribió respecto de la omisión de consignar las sumas recaudadas por concepto de

IVA correspondiente al 2do bimestre de 2003 y por retención en la fuente del 4to período de ese mismo año, obviamente porque estos hechos ocurrieron posteriormente al acuerdo de pago que sólo contemplaba las omisiones de las cuantías recaudadas con anterioridad a su suscripción, que recuérdese ocurrió el 4 de abril de 2001.

“Huelga anotar que aunque las normas tributarias y el actual delito de la Ley 599 del 2000 admiten la cesación del procedimiento penal por sobrevenir acuerdo de pago, éste no es suficiente para concluir en una preclusión de la investigación o una decisión absolutoria, pues el simple determinismo del deudor por llegar a un acuerdo de pago no garantiza que se cumpla, como se estableció, o de lo contrario la justicia sería un instrumento para premiar las conductas de aquellos que se quieren enriquecer con los bienes del Estado y desde luego un mecanismo para propiciar la burla del efectivo pago y cancelación de acreencias adeudadas. Además dicho acuerdo de pago incumplido no cobijó todas las omisiones para consignar los dineros recaudados por concepto de IVA y retención en la fuente, como se precisó anteriormente”.

“La conducta típica se agota con la apropiación de los bienes recaudados por concepto de tasas o contribuciones públicas que en el tiempo establecido legalmente no se consignen, lo que significa que el hecho de firmar un acuerdo de pago no exime de responsabilidad penal, pues el cometido, que en efecto es el apoderamiento de las sumas recaudadas, ya se configura con la omisión de consignar en el tiempo debido, pues de lo contrario hace en deleznable la función legislativa de tipificar conductas que causan grave daño social” (se destaca).

Lo acabado de señalar denota que, al contrario de lo expuesto en la demanda, el Tribunal sí analizó a detalle no solamente los medios de convicción que la libelista echa de menos, sino lo relativo al acuerdo de pago celebrado con la entidad acreedora, así

como su posterior incumplimiento, sin dejar de precisar que el mismo comprendía obligaciones que no eran materia de imputación en la sentencia, situación que tornaba inaplicable el motivo de terminación del proceso invocado por la defensa y, que, en este caso, deja sin piso fáctico y jurídico las causales de casación que ahora aduce.

Pero esta falta de desapego a los presupuestos de admisibilidad del instrumento extraordinario de impugnación a que se acude, cabe destacar que en el octavo cargo postula violación al principio de in dubio pro reo pero sin tomar en cuenta que un tal planteamiento no resulta posible de realizar al amparo de la causal tercera o de nulidad, a menos que se tenga un particular criterio en torno a las causales de casación posibles de invocar, así como en relación con la naturaleza y alcance de cada una de ellas, y la manera de enunciarlas, desarrollarlas y demostrarlas.

Deja de percatarse que si lo que pretende es denunciar que en el proceso se presentan dudas que deben resolverse a favor del acusado, ello sólo puede resultar viable si la actuación se halla a tono para proferir decisión absolutoria de fondo por dicho motivo, toda vez que tanto una absolucón como una condena resultan ilegítimas si han sido proferidas en juicio viciado de nulidad, como tal sería la solución que ofrece la causal tercera de casación.

Ahora si lo que pretendía era denunciar que el Tribunal declaró que en el proceso se presentan dudas sobre los hechos materia de investigación y juzgamiento, o en torno a la responsabilidad del acusado y sin embargo decidió proferir fallo de condena, la única vía de ataque posible en dicha hipótesis es la causal primera, por la senda de la violación directa de la ley por aplicación indebida de la disposición sustancial que define el delito de omisión del agente retenedor o recaudador y la consecuente falta de aplicación de aquella que se ocupa del in dubio pro reo, es decir, presentar la discrepancia en el ámbito del estricto raciocinio jurídico pues se supone acertada la ponderación de los medios realizada en el fallo.

Pero si la discrepancia se presenta en torno a la falta de reconocimiento del anotado principio por haberse presentado errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, el camino no puede ser diverso de la violación indirecta de la ley sustancial y acogerse a los criterios de demostración y desarrollo ampliamente fijados por la jurisprudencia.

En este caso, la demandante no solamente incurre en el desacierto de demandar la nulidad por falta de reconocimiento del principio *in dubio pro reo*, sino que tampoco concreta si una tal transgresión tuvo lugar porque el Tribunal reconoció la existencia de insalvables dudas en la existencia del hecho o la responsabilidad del acusado y sin embargo decidió proferir fallo de condena, o porque dejó de aplicar el mencionado principio por incurrir en errores de apreciación probatoria, nada de lo cual precisa y que la Corte no puede escoger por el riesgo de pervertir la verdadera voluntad de la demandante.

Aun si se llegase a suponer que la pretensión de la demandante es acudir a la discrecionalidad para denunciar el desconocimiento de alguna garantía fundamental, derivado de la presunta incursión por parte del juzgador en violación indirecta de la ley debido a errores de apreciación probatoria, también la inadmisión resulta obligada, pues a este respecto no cabe menos que reiterar la postura jurisprudencial de la Sala, en el sentido que por la senda de la casación discrecional no es posible denunciar errores de apreciación de los medios de convicción, a menos que éstos constituyan defectos protuberantes que incidan en la debida motivación de la sentencia.

En efecto, la Corte se ha orientado por sostener que “en principio, las posibilidades reconocidas en la jurisprudencia para acceder a la casación discrecional no se extienden a las hipótesis planteadas en la demanda, es decir, a discutir la valoración judicial de los elementos de convicción, porque en esa labor los jueces cuentan con la relativa libertad que se desprende de la sana crítica, a no ser que se proponga que sus deducciones son producto de una motivación aparente, falsa o ausente, supuesto que determinaría,

en caso de que se demuestre y aparezca concretado, la consolidación de un quebranto a las garantías, en cuanto obedecerían tales deducciones a la arbitrariedad -ajena a un estado democrático y constitucional- y no a la razón y a la justicia”²⁸ (se destaca), pero es claro que en este caso el casacionista no plantea la nulidad de la sentencia por defectos de motivación, sino lo que veladamente sugiere la incursión por el juzgador en presuntos falsos juicios de existencia por suposición probatoria, determinantes de la aplicación indebida del artículo 97 del Código Penal, con lo cual se evidencia que la pretensión no es acudir a la casación discrecional para denunciar la violación de garantías fundamentales o poner de presente la necesidad de desarrollar la jurisprudencia, sino a la común, improcedente por razón del órgano que profirió la sentencia de segunda instancia.

Esto denota, que pese a la extensión del libelo la demandante apenas exterioriza unos particulares puntos de vista para tratar de mostrar su inconformidad con el fallo del ad quem, pero deja de fundamentar la necesaria intervención de la Corte en un asunto para el cual la casación común no resulta procedente, con lo cual la inadmisión de la demanda se ofrece obligada.

Entonces, como resultado de analizar detalladamente el contenido del libelo, sin dificultad se establece que del mismo no se desentraña con claridad y precisión la existencia de motivo alguno que obligue a la Corte tener que declarar la ineficacia de lo actuado, la violación directa de algún determinado precepto sustancial que pudo haberse cometido por el juzgador, como tampoco la demostración objetiva de que al apreciar los medios hubiere incurrido en falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio, legalidad o convicción, es decir, no logra saberse a cuál especie corresponde el yerro, sobre cuál específica prueba recae, cómo se demuestra éste y cómo podía corregirse en sede extraordinaria, nada de lo cual puede suponer la Corte sin desconocer el carácter extraordinario, técnico, lógico y rogado que la casación ostenta, con mayor razón si, como en este caso, la única vía procedente sería la excepcional, cuyos

requisitos de admisibilidad son más exigentes que los de la común, cuestión de la que al parecer el libelista no logra percatarse.

Precisamente por ello, es que su libelo se halla distante de cumplir los requisitos mínimos de admisibilidad a los que ampliamente se ha hecho referencia en el cuerpo de este proveído, máxime si tampoco toma en cuenta que la jurisprudencia²⁹ se ha orientado por sostener que en materia del recurso extraordinario de casación las previsiones de la Ley 906 de 2004 no resultan más favorables que las establecidas por la Ley 600 de 2000, según se indica a continuación:

“De preferencia a este ordenamiento, el recurrente propone la aplicación por favorabilidad del nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 905 de 2004- al considerarlo más ventajoso.

“Con relación a este aspecto y de manera específica, sobre la inexistencia de una situación más beneficiosa al acusado en las disposiciones de la Ley 906 de 2004, la Corte³⁰ ya se ha pronunciado y bajo idéntico contexto ha dicho:

‘3. Si se pensara en que la nueva normatividad procesal –la ley 906 del 2004-, que rige desde el 1° de enero del 2005, es menos odiosa para asuntos como este porque no supedita el recurso a un límite punitivo y porque ya no distingue entre casación ordinaria y excepcional, bastaría responder, en breve síntesis, que no es cierto, porque:

‘Uno. En la nueva regulación, en todo caso, cualquiera que sea la causal aducida hay que vincularla íntimamente con la prueba de afectación de los derechos o garantías fundamentales, como lo exige la parte final del artículo 181.

‘Dos. De acuerdo con los artículos 180 y 184 del mismo estatuto, una demanda que no demuestre la utilidad del recurso para efectos de alguna de las finalidades de la casación,

no puede ser seleccionada para estudio de fondo del proceso. Dicho de otra forma, en la demanda se debe comprobar que la casación es trascendente para efectivizar el derecho material, para hacer respetar las garantías de las partes, para reparar los agravios inferidos por la justicia y/o para unificar la jurisprudencia. Esa trascendencia la tiene que evidenciar el casacionista en su escrito.

‘Tres. Como dispone la última parte del artículo 183, en la demanda se deben presentar de manera precisa y concisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos. Y dentro de estos, obviamente, se encuentran incluidos todos los temas atinentes a la guarda de los derechos fundamentales, aparte de los tradicionalmente exigidos frente a cada uno de los motivos de casación.

‘Al lado de los anteriores argumentos, que pueden ser tenidos como los básicos, existen otros también de enorme importancia en materia de casación. Por ejemplo:

‘Cuatro. A diferencia de la normatividad tradicional, incluida la ley 600 del 2000, el nacimiento y el trámite de la casación en el nuevo estatuto suspende los términos de prescripción, como dispone su artículo 189.

‘Cinco. Si antes bastaba con la presentación de la demanda, ahora el casacionista debe confeccionarla, presentarla y, si es admitida, tiene que sustentar sus afirmaciones en audiencia pública ante la Sala Penal de la Corte, y eventualmente responder a todas las inquietudes y dudas que sobre el recurso interpuesto y su contenido le puedan plantear todos o algunos de los magistrados integrantes de la misma (inciso 4º, artículo 184).

‘Seis. Y si se mira el punto en términos aritméticos que repercuten en el principio de celeridad, obsérvese cómo el nuevo estatuto prevé un lapso máximo de 125 días para resolver el recurso desde el momento en que se apersona del mismo la Corte (30 días, para decidir sobre admisión; 30 para la sustentación del recurso; 60 para dictar el fallo; y

hasta 5 para la audiencia de notificación del mismo), mientras en el anterior el término total no excedería de 73 días (3, para admitir -o 10 para inadmitir-; 20, para el procurador, 30, para registrar proyecto; y 20 para decidir)'.

"De este modo, es claro que en materia de casación el nuevo Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, del cual se demanda su aplicación por favorabilidad sobre el contenido de la Ley 600 de 2000, antes que ser benigno a los intereses del procesado resulta más severo, pues merece cumplir mayores exigencias de coherencia argumentativa aspecto que per se conlleva a la imposibilidad de acudir a tales preceptos para predicar so pretexto de benevolencia su preferencia, con el simple argumento de no exigir un mínimo punitivo para la procedencia del extraordinario recurso aunado al de la inexistencia de discriminación entre casación ordinaria y casación excepcional".

Quedando entonces patentizado que la libelista no justifica la necesidad de que la Corte admita la demanda para protección de garantías fundamentales o desarrollar la jurisprudencia, y que tampoco resulta procedente el ejercicio de la discrecionalidad con apoyo en la pretensión de discutir el mérito persuasivo conferido a los medios por el fallador de segunda instancia, sin dificultad alguna cabe concluir que los reclamos formulados no tienen ninguna posibilidad de ser admitidos a su estudio de fondo por la Sala.

5.- Lo observado en últimas en la demanda, es la inconformidad de la recurrente con la condena penal, pero sin llegar a demostrar la procedencia del instrumento extraordinario de impugnación a que acude, como para que se diera cabida a la casación discrecional para un caso en el que no concurre la vía común.

Como quiera entonces que la casacionista omite fundamentar clara y precisamente los motivos que la llevan a invocar el ejercicio de la discrecionalidad por la Corte; los

reparos que formula resultan inidóneos para conmover la juridicidad del fallo que se pretende combatir y; además, de la revisión de lo actuado no se observa violación de garantías fundamentales que hagan viable el ejercicio de la oficiosidad por la Sala, resulta inexorable tener que inadmitir la demanda y disponer la devolución del diligenciamiento al Despacho de origen.

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

R E S U E L V E:

INADMITIR la demanda de casación discrecional presentada por la defensora del procesado URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA, por lo anotado en la motivación de este proveído.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Permiso

Comisión de servicio

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fl. 72 cno. 1.

2 Fl. 96 y ss. cno. 1

3 Fls. 109 y ss. cno. 1

4 Fl. 129 cno. 1

5 Fls. 144 ss. cno. 1

6 Fls. 3 y ss cno. Fiscalía de Sda. Inst.

7 Fls. 173 cno. 1

8 Fl. 190 cno. 1. En cumplimiento de lo dispuesto por el Acuerdo 5627 de 2009 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

9 Fls. 214 y ss, cno. 1

10 Fl. 237 cno. 1. En cumplimiento de lo dispuesto por el Acuerdo 7102 de 2010 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

11 Fls. 241 y ss. cno. 1

12 Fls. 272 y ss. cno. 1

13 Fls. 285 y ss. cno. 1

14 Fls. 6 y ss. cno. Sda. Inst.

15 Fls. 74 y ss. cno. Sda. Inst.

16 Cfr. Auto de Casación de 16 de septiembre de 2009. Rad. 32061

17 Sentencia de Casación del 1 de agosto de 2007, Rad. 25.747.

18 Diario Oficial No. 46.344 de 29 de julio de 2006.

19 Auto de 21 de julio de 1998, Radicado 9.660.

20 Cfr. Auto de Casación de 10 de agosto de 2010. Rad. 34127.

21 Cfr. Entre otras providencias del 23 de marzo y 6 de junio de 2006, radicaciones 24300 y 25531, en su orden, así como sentencia de única instancia de 16 de febrero del 2005, radicado 15.212.

22 Cfr. por todas. Auto de segunda instancia. 8 de septiembre de 2010. Rad. 33685

23 Cfr. por todas, Cas. de 11 de julio de 2007. Rad. 27778.

24 Cfr. cas. de 27 de febrero de 2001. Rad. 15402

25 Cfr. Sentencia de casación. Mayo 4 de 2006. Rad. 22328.

26“Principio de no agravación. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés, la hubieren demandado” (se destaca).

27 Ver folios 21 a 24 del cuaderno del Tribunal.

28 Auto. Cas. febrero 9 de 2005. Rad. 23055.

29 Cfr. Casación de 28 de abril de 2010. Rad. 33318

30 Auto de casación de 23 de febrero de 2006, radicación No. 24109.