

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta No. 436

Bogotá, D.C., veintiocho de noviembre de dos mil doce.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de esa misma ciudad, mediante la cual lo condenó por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Acogiendo los términos de la acusación proferida por la Fiscalía, la cuestión fáctica fue declarada por el Ad quem de la manera siguiente:

“Los hechos materia de indagación, fueron narrados por el Ente Fiscal, en la resolución interlocutoria por medio de la cual se calificó el mérito del sumario, en los siguientes términos: ‘El doctor JORGE ALBERTO ARISMENDY OSORIO, actuando en calidad de Abogado de la División Jurídica Tributaria de la DIAN, interpuso denuncia penal el día 16 de noviembre de 2007 en contra de los ciudadanos CARLOS MARIO CARDONA, APOLINAR CARDONA y RUBIEL SUÁREZ por cuanto ellos actuando en representación de la sociedad

INDUSTRIA COLOMBIANA DE COCINAS S.A., suscribieron y presentaron unas declaraciones tributarias SIN EL RESPECTIVO PAGO. Esta situación, desde el punto de vista objetivo, la lleva a estar incurso en la presunta comisión de la conducta punible de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, sancionable en la forma prevista en el Art. 402 del Código Penal en concordancia con el Art. 665 del Estatuto Tributario.

‘Después de practicar varios actos investigativos, el día 27 de febrero del año 2008, la Fiscalía General profirió RESOLUCIÓN INHIBITORIA a favor de los ciudadanos CARLOS MARIO CARDONA y APOLINAR CARDONA, y ordenó la apertura de investigación en contra de RUBIEL SUÁREZ MONSALVE y LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO.

‘El día 15 de agosto del año 2008, se decreta la PRECLUSIÓN de la investigación a favor del ciudadano RUBIEL DE JESÚS SUÁREZ MONSALVE, en virtud del PAGO que del capital y los intereses efectuara el precitado ciudadano en relación con los períodos objeto de denuncia.

‘Así las cosas, en clara deducción lógica, tenemos que la presente decisión, sólo comporta los períodos tributarios suscritos por el ciudadano LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO’, los cuales relacionó así:

“-IVA PERÍODOS:2003-06, 2004-02, 2004-03, 2004-04.

“RETEFUENTE: 2004-01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11”.

2.- Agotada la fase instructiva y previa clausura de ésta¹, el 21 de enero de 2010 la Fiscalía 50 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito con sede en Medellín calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, como presunto autor responsable del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, definido por el artículo 402 de la Ley 599 de 20002, mediante determinación

que el 24 de marzo de 2010 cobró ejecutoria en la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, al haberse declarado desierto el recurso de apelación propuesto por la defensa³.

3.- El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito Medellín⁴, autoridad que llevó a cabo la audiencia pública⁵, y posteriormente, el 12 de octubre de 2011 puso fin a la instancia condenando al procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO a las penas principales de 40 meses de prisión y multa en cuantía de \$206.340.000.00, 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 prisión domiciliaria, 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 acusación⁶.

Apelado el fallo por la defensa⁷, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta, mediante sentencia proferida el 7 de diciembre de 2011 adoptó, entre otras, las siguientes determinaciones:

“(i) REVOCA la sentencia de condena que corresponde al no pago del impuesto de IVA del período 2004-04 y las obligaciones de retefuente de los períodos 2004-03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 y 11, ilícitos por los que se ha de ABSOLVER al ciudadano LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, por las razones expuestas;

“(ii) CONFIRMAR la sentencia de condena por no pago de las obligaciones del impuesto de IVA en los períodos 2003-06, 2004-01 y 2004-02, y por retefuente en los períodos 2004 períodos 01 y 002; por las razones expuestas;

“(iii) MODIFICAR la condena para imponer sanción de 38 meses y 20 días de prisión, y

por igual término será la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y multa de ciento treinta y ocho millones doscientos cincuenta mil pesos (\$138.250.000) con sus correspondientes intereses hasta el momento de su pago efectivo;

“(iv) Para el cobro de la multa, se ordena expedir copia con nota de ejecutoria de esta sentencia con destino a ejecuciones fiscales de conformidad con el Art. 41 del Código Penal;

“(v) SE MODIFICA el numeral tercero de la sentencia en el sentido de que los perjuicios a favor de la DIAN ascienden a la suma de sesenta y ocho millones doscientos quince mil pesos (\$68.215.000) con sus respectivos intereses legales y moratorios en los términos de la demanda de constitución de parte civil desde el momento de causación hasta su pago efectivo (f. 3 c-parte civil);

“(vi) SE CONFIRMA la sentencia en tema de los subrogados y prisión domiciliaria por las razones expuestas y SE REQUIERE al ciudadano LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO para el pago de la caución y suscripción de la diligencia de compromiso para tener derecho a la prisión domiciliaria so pena de su revocatoria (Art. 66 CP);

“(vii) En lo demás rige el fallo de instancia”⁸.

4.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación⁹, siendo concedido por el ad quem¹⁰, y dentro del término legal presentó la correspondiente demanda¹¹, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

2.- LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera de casación, cinco cargos formula el demandante contra el

fallo del Tribunal, en los que lo acusa de incurrir en violación directa de la ley sustancial.

En la primera censura, refiere que la transgresión directa de la ley, tuvo lugar “por interpretación errónea sobre el alcance y sentido de la aplicación de la norma”, mencionando al efecto el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, los artículos 80 y 83 de la Ley 599 de 2000 y los artículos 27 y 31 de la Ley 153 de 1887.

Sostiene que en la sentencia del Tribunal se ha indicado que el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se aplica a partir del 7 de julio de 2004, día en que se produjo la publicación y promulgación de la misma, de modo que su asistido “está obligado al pago de los impuestos por los cuales fue denunciado hasta el 15 de marzo de 2004, y así las cosas se determinó que la condena de mi representado estaría limitada a los siguientes impuestos: IVA: 2003-06, 2004-01, 2004-02, y RETEFUENTE: 2004-01, 2004-02”.

Sobre dicho particular manifiesta que en la sentencia de segunda instancia se indica que el delito materia de investigación y juzgamiento, es el definido por el artículo 402 del Código Penal, que establece una pena de prisión de 3 a 6 años, la cual, con las modificaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pasa a ser de 4 a 9 años de prisión, “para luego entrar a aplicar, el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, que consagra la prescripción en el término máximo de la pena sin que sea inferior a cinco (5) años, para afirmar luego desde un punto de vista extraño al derecho que existe una prescripción especial para conductas antes del 7 de julio de 1994 y otras de 9 años después de las cometidas el 9 de julio y otras para el 2013”.

Señala que el sentenciador dejó de considerar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 890 de 2004, el artículo 14 ejusdem sólo entró a regir a partir del 1º de enero de 2005, “por lo cual la posición del Tribunal es errada y la prescripción sigue siendo de seis años para las conductas cometidas por mi representado. Luego está

dando aplicación de manera errónea sobre el sentido y alcance del artículo 14 de la Ley 890 en atención a que la misma no podía ser aplicada en este caso concreto porque su vigencia es a partir del año 1º de enero del año 2005” (sic).

Sostiene que “la sentencia yerra en afirmar la inexistencia de la prescripción cuando todas las conductas por las cuales se acusa a mi representado se encuentran prescritas ya que la prescripción contada desde la comisión de los hechos hasta la resolución de acusación debidamente ejecutoriada que según el mismo despacho fue el 24 de marzo de 2010, afecta la prescripción del IVA del 2003-06, 2004-01 y RETEFUENTE de 2004-01 y 2004-02 los cuales están cobijados con la prescripción de seis (6) años ya que conforme con la norma penal, se produce la conducta penal, dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional para la presentación y pago”.

Añade que “para el período 2003-06 su pago debería ser en febrero de 2004 por tanto los 6 años correrían desde este punto hasta el 24 de marzo de 2010 fecha de la prescripción; en consecuencia ha quedado prescrita esta conducta” (sic).

Precisa que “para el período 2004-01 su pago debería hacerse en marzo del 2004 por tanto también se encuentra prescrita dicha conducta ante la resolución de acusación. Para la Retención en la Fuente, la de enero se debía pagar en febrero y la de febrero en el mes de marzo y por tanto respecto de los períodos señalados se encuentra prescrito” (sic).

Estima que en el caso de su representado “se ha producido el fenómeno de la prescripción y la respuesta del Tribunal debería ser ésta ya que la interpretación errónea de la norma conllevó a una decisión contraria a derecho conforme se demostró con el cargo”.

Con fundamento en lo expuesto, considera que debe casarse la sentencia y en su reemplazo declarar que la acción penal ha prescrito.

En el segundo cargo (primero subsidiario), enunciado como “inexistencia de interrupción de la prescripción” y formulado al amparo de la causal primera para denunciar violación directa de la ley sustancial “por interpretación errónea sobre el alcance y sentido de la aplicación de la norma”, el demandante sostiene que “además de lo señalado en el primer cargo se ha producido la prescripción, porque la misma no ha sido interrumpida”.

En dicho sentido señala que de conformidad con el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004, la interrupción de la prescripción se presenta con la formulación de la imputación, figura que no halla equivalencia en la Ley 600 de 2000, “y como quiera que legalmente, la interrupción de la prescripción fue reformada por la Ley 890 de 2004, la norma a aplicar es ésta porque la resolución de acusación se produjo en el año 2010 dos años después de estar en vigencia dicha ley” (sic).

Dice no desconocer la posición de la Corte, plasmada en la providencia de 23 de marzo de 2006 dentro del trámite radicado bajo el número 24300, según la cual el artículo 15 de la Ley 890 de 2004 se aplica exclusivamente en lo relacionado con los asuntos tramitados por el sistema de la Ley 906 de 2004.

Considera, no obstante, que “la anterior posición es una interpretación contra legem, en parte alguna de la norma dice esto, solamente se dijo respecto de los artículos de incremento de pena”. En su opinión, lo correcto es sostener que en el presente caso no se ha interrumpido la prescripción, “y por ende la acción penal se encuentra prescrita”, razón por la cual debe casarse la sentencia y declarar la prescripción de la acción penal.

El tercer cargo (segunda censura según la nomenclatura utilizada por el libelista), aparece enunciado en la demanda como violación directa de la ley sustancial “por

error de hecho por falsa apreciación de la prueba al reconocer un hecho carente de demostración” (sic), para cuyo efecto menciona como transgredidos los artículos 402 de la Ley 599 de 2000, 232 y 233 de la Ley 600 de 2000, y 29 de la Carta Política.

En este caso, dice, uno de los elementos constitutivos de la conducta definida como delito de omisión del agente retenedor o recaudador en el artículo 402 del Código Penal, es el relacionado con la no consignación de las sumas recaudadas, que se declaró probado por los juzgadores, sin realmente estarlo.

Afirma que los juzgadores tomaron como prueba de la realización de la conducta, las declaraciones sobre impuesto al valor agregado y de retención en la fuente presentadas por la empresa Colcocinas, es decir como confesión de la retención, pese a que el procesado manifestó desconocer si el dinero había sido retenido o no.

De este modo, dice “sobre el recaudo del dinero el proceso se encuentra totalmente huérfano de material probatorio porque no se aportó elemento alguno de convicción que llevara a la declaración sin duda de la existencia del recaudo; simplemente se afirmó que la declaración no se había pagado pero no se probó que dinero se hubiese recaudado” (sic).

Por lo anterior, considera que la sentencia debe ser casada y absolver al procesado del delito imputado.

El cuarto cargo, (segundo subsidiario, a términos de la demanda), el libelista lo hace consistir en que en la sentencia se incurrió en “error de hecho por falso juicio de identidad en la construcción del indicio al declarar probado sin estarlo el hecho indicador” (sic).

Señala que el sentenciador declaró a su asistido penalmente responsable del delito de omisión del agente recaudador o retenedor, con base en un indicio construido a partir de

inferir que por una declaración presentada sin pago se cometió la conducta delictiva, sin que existiesen pruebas adicionales que indiquen que el dinero se recaudó.

Por lo anterior, estima que la Corte debe casar la sentencia recurrida y absolver a su representado del delito atribuido.

El quinto cargo (tercero según el demandante), postulado con apoyo en la causal primera de casación, se hace consistir en la violación directa, por falta de aplicación, de una norma de derecho sustancial, específicamente del artículo 22 de la Ley 383 de 1997, según el cual no resulta procedente declarar la responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el iva, en la eventualidad de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario o en liquidación forzosa administrativa, siendo este el caso de Colcocinas.

Señala que como “al momento de entrar mi representado a la sociedad ya se encontraba en acuerdo concordatario, no es posible asumir que conforme a esta posición procede el despacho a derivar responsabilidad penal excluyendo esta norma sin fundamento alguno”.

Sostiene que en el proceso se encuentra plenamente demostrado que la sociedad COLCOCINAS entró en acuerdo concordatario, para luego ingresar a proceso liquidatorio por su incumplimiento. Además, agrega que “igualmente está claro como la norma vigente al momento de la supuesta comisión de la conducta era la Ley 383 de 1997 y no la norma actual, que elimina dicha situación, es claro como la situación concordataria exime de la responsabilidad penal y no fue aplicada por el fallador”.

Por lo anterior, estima que la sentencia debe ser casada y absolver al procesado del delito atribuido.

Solicita, finalmente, que en caso de que la Corte observe una vulneración de derechos

fundamentales, por motivos diversos de los señalados en la demanda, proceda a casar oficiosamente la sentencia recurrida.

SE CONSIDERA:

1.- El artículo 205 de la Ley 600 de 2000, norma aplicable al caso en estudio, exige para la procedencia del recurso de casación, que el delito por el cual se hubiere adelantado el respectivo proceso tenga señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años.

Dicho presupuesto no se satisface en el presente caso, si se toma en cuenta que la pena máxima para el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por el cual fue condenado el procesado, se encontraba sancionado para la época y lugar de los hechos con pena de tres (3) a seis (6) años de prisión¹², es decir con una sanción privativa de la libertad cuyo máximo no superaba el requisito punitivo normativamente exigido para acceder a la casación común. Por lo tanto, sólo era viable la excepcional o discrecional prevista en el inciso 3º de la norma procesal.

Esta situación no cambia, pese a la errada referencia que al artículo 14 de la Ley 890 de 2004 hiciera el Tribunal de Segunda Instancia para negar la prescripción de la acción penal solicitada por la defensa, pues lo cierto del caso es que la norma finalmente aplicada en las sentencias de primero y segundo grado, es aquella por la cual se profirió la resolución de acusación, no siendo otra diversa del artículo 402 de la Ley 599 de 2000¹³.

2.- Aclarado lo anterior, pertinente se ofrece señalar que 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.

2.1.- 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.

2.2.- 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.

2.2.1.- 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 o juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia, entre otras eventualidades que pudieran presentarse, pero sin dejar de precisar, en todo caso, la definitiva incidencia del yerro en la sentencia, por afectar negativamente los intereses de la parte correspondiente.

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.

2.2.2.- 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.

2.3.- 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.

3.- 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.

4.- Si se toma en consideración que 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.

No obstante, el casacionista nada dice sobre la procedencia de la casación excepcional. Es más, ni siquiera menciona esta vía de ataque para demostrar la necesidad de intervención de la Corte para la protección de las garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia. De manera que no invoca esta vía, ni la justifica, como para que la Corte se ocupara de estudiar la admisibilidad al trámite por la vía excepcional, lo cual de entrada da al traste con sus aspiraciones desquiciatorias del fallo de segunda instancia.

5.- Pero aun si la Corte llegase a suponer que el 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 el libelo presentado ni los cargos allí incluidos cumplen los presupuestos de admisibilidad, toda vez que incumple el deber de identificar los sujetos procesales y resumir los hechos y la actuación surtida en las instancias y, además, las censuras que postula acusan manifiesta falta de claridad, precisión y cuando no de idoneidad sustancial, todo lo cual amerita tener que inadmitir el libelo.

Obsérvese que el demandante ni siquiera atina a seleccionar adecuadamente el motivo de casación por el cual procedería formular cada uno de los cargos que postula. Tanto es esto, que en la primera censura denuncia interpretación errónea del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, lo que supondría reconocer que la mencionada disposición era aplicable al caso y fue acertadamente seleccionada, sólo que se la puso a producir consecuencias jurídicas ampliando o restringiendo su alcance, nada de lo cual corresponde al caso, pues está visto que para individualizar la pena el sentenciador se movió entre los límites establecidos por el original artículo 403 de la Ley 599 de 2000.

Si lo pretendido por el demandante era poner de presente que la sentencia fue proferida cuando la acción penal se encontraba prescrita, era su deber acudir a la causal tercera para denunciar que el fallo fue dictado en juicio viciado de nulidad, toda vez que el Estado había perdido toda oficiosidad para continuar ejerciendo la acción penal por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción con antelación a la ejecutoria de la resolución de acusación, como al parecer es la intención de lo que trata de poner de presente.

Esta misma situación de desapego al carácter eminentemente técnico y rogado que rige la

casación, y a los presupuestos de admisibilidad del mismo, normativamente establecidos y a los cuales se les ha dado amplio desarrollo jurisprudencial, se observa cuando se analiza el segundo cargo, que en últimas no es sino una simple repetición del primero que ahora adosa con el ropaje de cuestionar la ejecutoria de la resolución de acusación tras afirmar, inopinada y contradictoriamente, que la normativa que rige el caso es la contenida las Leyes 890 y 906 de 2004, cuando en la censura anterior formuló reparos a la selección por el Tribunal del primero de los mencionados estatutos.

En cuanto tiene que ver con los cargos tercero y cuarto, en los que formula cuestionamientos a la apreciación probatoria, cabe denotar que en el primero de ellos erradamente acude a la vía de violación directa de la ley sustancial que supone acoger los hechos y las pruebas tal cual fueron declarados aquellos y ponderadas éstas por el juzgador, y presentar el disenso en el ámbito del estricto raciocinio jurídico, y no como aquí lo hace el libelista quien se dedica a sostener, sin llegar a demostrarlo, que el sentenciador presumió la prueba de la realización de la conducta tribuida al acusado sin haber sido realmente incorporada a la actuación y sin embargo profirió fallo de condena, para lo cual el Estatuto Procesal Penal tiene reservada la vía indirecta de infracción a la ley por aplicación indebida del tipo penal que define el delito, derivada de la incursión en error de hecho por falso juicio de existencia por suposición probatoria.

Igual acontece con el cuarto reparo que la demanda contiene en contra de la sentencia de segunda instancia, pues pese a enunciar el cargo como error de hecho por falso juicio de identidad, lo que supondría tener que demostrar que una cosa es lo que objetivamente dice la prueba y otra diversa es lo que de ella consideró el juzgador por haber cercenado, tergiversado o adicionado su expresión fáctica, en realidad lo que trata de patentizar es que el juzgador transgredió las reglas de la sana crítica en la

construcción de la prueba indiciara, supuesto que tampoco concreta, pues ni siquiera confronta sus asertos con lo que dice la prueba y aquello que respecto de los aludidos medios consideró el Tribunal, generando con ello absoluta incertidumbre sobre el verdadero sentido y alcance que pretende darle a su propuesta.

En todo caso, la Corte no puede dejar de precisar que aun si por vía de hipótesis se llegase a inferir que la pretensión del 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”¹⁴ (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 es la incursión por el juzgador en presuntos yerros de apreciación probatoria, 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 de la pena señalada en el delito por el que se dictó la sentencia.

Esto demuestra, que el 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, ofreciéndose, por ende, obligada la inadmisión de la demanda.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con el quinto cargo, en el cual el libelista sostiene que los juzgadores dejaron de aplicar el parágrafo del artículo 22 de la Ley 383 de 1997, cabe resaltar, de todos modos, que también si se llegase a suponer que el fundamento de la pretensión dice 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 la mencionada disposición, la Corte ya se ha ocupado sobre dicho particular, sin que observe necesario variar su criterio entonces expuesto¹⁵:

En cualquier caso, cabe denotar que el demandante sostiene tan sólo que se dejó de aplicar lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, pero ningún esfuerzo realiza para acreditar que la citada disposición se hallaba vigente para el momento de realización de las conductas, como tampoco en desvirtuar las consideraciones del juzgador de alzada, según las cuales “es evidente que en el acuerdo concordatario no es factible que se modifiquen o afecten los montos de las deudas fiscales ni de los intereses correspondientes”, o que “como el acuerdo de reestructuración es de 10 de junio de 1999 es claro que no podía cubrir o acordar las obligaciones fiscales (IVA y retención) que pudieran surgir cinco años después, concretamente, las de los años 2003 y 2004”.

6.- 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 el 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 los montos no consignados corresponden a obligaciones fiscales adquiridas con anterioridad al acuerdo concordatario.

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 a declarar la ineficacia de lo actuado o reconocer la violación directa de algún determinado precepto sustancial que pudo haberse cometido por el juzgador, como tampoco surge evidente 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 ello 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 lo que viene de resaltar la Sala, es que el 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.

Quedando entonces patentizado que el 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.

Como quiera entonces que el casacionista omite fundamentar clara y precisamente los motivos que lo llevan a invocar el ejercicio de la discrecionalidad por la Corte y los reparos que formula resultan inidóneos para conmover la juridicidad del fallo que se pretende combatir, no cabe más alternativa que inadmitir la demanda.

Cabe aclarar, no obstante, que de la revisión de lo actuado se observa la posible violación del debido proceso por parte del juzgador de segunda instancia, circunstancia que impone el ejercicio de la oficiosidad por la Sala, en los términos que se precisan a continuación.

7.- Casación oficiosa.

7.1.- Tal como ha sido repetidamente dicho por la Sala¹⁶, en esta ocasión cabe reiterar que la Corte, en decisión de 12 de septiembre de 2007¹⁷, varió el criterio que ordenaba el previo traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto acerca de la eventual violación de garantías, cuando, pese a no admitir la demanda de casación, se advertía la infracción de alguna garantía procesal de los sujetos intervinientes que ameritara el ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, tras considerar que ante el principio de pronta y eficaz administración de justicia, le corresponde de manera inmediata proceder a corregir el yerro, sin que para ello se requiera el concepto previo del Procurador Delegado ante esta sede.

Señaló al efecto que “ante la autorización dada por el legislador a la Corte para aprehender el estudio del proceso aun cuando no admita los cargos formulados en la demanda, una vez advierta el agravio causado con el fallo de segundo grado a alguno de los sujetos procesales, debe proceder inmediatamente a corregirlo, con lo cual se cumple cabalmente con los fines de la casación de velar por la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal”.

Agregó que “aunque el Ministerio Público por mandato constitucional debe intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, con el nuevo criterio de autoridad de la Corte no se relega la actuación del Representante de la Sociedad, por cuanto al ser un tema no propuesto, ni recurrido por tal sujeto procesal en las instancias, se impone la rápida acción de la Corte como garante no sólo de los derechos fundamentales, sino de los fines esenciales del Estado, especialmente, el de asegurar la vigencia de un orden justo, en aras de la materialización de la justicia en la decisión”.

7.2.- En materia penal el fenómeno prescriptivo de la acción opera en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito imputado, tenidas en cuenta las circunstancias sustanciales modificadoras de la punibilidad concurrentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior de cinco años o superior de veinte, salvo las excepciones que la propia normatividad establece (Artículos 80 del Código Penal de 1980 y 83 del nuevo estatuto).

En tal sentido cabe destacar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 1309 de 2009, modificado por el artículo 1º de la Ley 1426 de 2010, el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de un miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, es de 30 años¹⁸.

Asimismo, que a tenor de lo previsto por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el de incesto, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribe en 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Dicho término se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada. Cuando esto acontece, debe comenzar a correr de nuevo desde entonces, pero el fenómeno se consolida en la mitad del tiempo respectivo, sin que pueda ser inferior a 5 años, ni superior de 10 (Artículos 84 del Código Penal anterior y 86 de la Ley 599 de 2000).

Tanto uno como otro término se aumentan en una tercera parte cuando el delito es cometido en el país por servidor público en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos (artículos 80 y 82 del Código de 1980 y 83 del Código de 2000), según viene siendo reiterado por la jurisprudencia de la Corte¹⁹.

En el presente caso, el procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO fue acusado por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, según conducta definida por el original artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Es de anotar que las disposiciones originales del Código Penal de 2000 (sin las modificaciones introducidas por la Ley 890 de 2004) son las aplicables al caso por virtud de los principios de legalidad y de favorabilidad, ya que no solamente se encontraban vigentes al momento de los hechos sino que además resultan menos gravosas para el acusado, exclusivamente para efectos de la prescripción, según la calificación jurídica de la conducta a él imputada en la resolución acusatoria y el fallo.

Entonces, atendiendo lo dispuesto por la redacción original del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, en este evento la pena para el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, imputado al acusado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, oscilaría entre tres (3)

y seis (6) años de prisión.

De conformidad con las normas sustanciales aplicables al caso, el término de prescripción sería de seis (6) años en la fase de instrucción y de cinco (5) en la del juicio.

La resolución de acusación en el caso sub judice causó ejecutoria el 24 de marzo de 2010, fecha en que se produjo el pronunciamiento de segunda instancia, mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida en el presente caso, según constancia que sobre dicho particular corre a folios 367 y siguientes del cuaderno número 2, en lo correspondiente a la actuación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior.

Para efectos de la extinción de la acción penal por prescripción durante la fase de instrucción, como fecha de realización de la conducta deberá fijarse el último día del segundo mes siguiente a aquél correspondiente al período de recaudación tributaria, pues se trata de ejercicios bimestrales. De esta suerte, el término de prescripción de las obligaciones por IVA correspondientes a los períodos 2003-6, 2004-1 y 2004-02, se cumpliría seis (6) años después de la fecha límite para la consignación de lo recaudado, esto es los días 28 de febrero, 30 de abril y 30 de junio de 2004, respectivamente, de lo cual se establece que la obligación por impuesto de iva, correspondiente al período 2003-6 por la suma de \$12.232.000 prescribió el 28 de febrero de 2010, es decir antes de cobrar ejecutoria la resolución de acusación el 24 de marzo de 2010, no así las restantes, ni las relacionadas con los impuestos de retención en la fuente correspondientes a los períodos 2004-01 y 2004-02, cuyos términos de prescripción debían empezarse a contar el último día del segundo mes siguiente a cada período mensual en que debía presentarse y pagarse la respectiva declaración, todo ello de conformidad con el artículo 575 del Estatuto Tributario.

Sobre la base entonces, de la prescripción de la acción penal por el referido delito, con el fin de salvaguardar el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto Procesal de 2000, para corregir oficiosamente este desacierto, y en consecuencia, parcialmente dejará sin valor el fallo impugnado, para declarar seguidamente la cesación de procedimiento a favor del procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO con relación a la obligación por el Impuesto al Valor Agregado correspondiente al período 2003-06 por la suma de \$12'.232.000.00.

Lo expuesto obliga a la Corte a redosificar las penas impuestas en la sentencia por los juzgadores de instancia para lo cual tendrá en cuenta los mismos criterios allí señalados, en los cuales se aumentaron ocho (8) días de prisión por cada uno de los delitos concurrentes²⁰.

En tales condiciones, la pena de prisión quedará en treinta y ocho (38) meses y doce (12) días de prisión y la multa se verá reducida en el doble de la cuantía no consignada cuya prescripción se decreta (\$12.232.000), esto es en la suma de \$24.464.000, para un total definitivo \$111.786.000, sin que resulte posible un incremento adicional de la pena de multa por concepto del concurso de conductas punibles, a menos de trasgredir la prohibición de non bis in idem, y lo dispuesto por el artículo 39.4 del Código Penal, según el cual “en caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder el máximo fijado en este artículo para cada clase de multa”.

Por esta razón la Corte no tendrá en cuenta el incremento adicional de \$2.000.000.00 de multa por razón del concurso de delitos, al cual se aludió por el Tribunal en la sentencia objeto de censura.

7.3.- Como quiera que en segunda instancia se condenó al procesado pagar a favor de

la DIAN la suma de \$ 68.215.000 “con sus respectivos intereses legales y moratorios en los términos de la demanda de constitución de parte civil desde el momento de causación hasta su pago efectivo” según fue indicado en el fallo de segunda instancia, dicho monto se reducirá en la misma cuantía de la suma no consignada relacionada con la conducta cuya prescripción decreta la Corte (\$12.232.000), quedando en definitiva en la suma de \$55.983.000 por concepto de perjuicios.

En la medida en que en este trámite se ejerció la acción civil, respecto de ella también se declarará la prescripción, la cual cobijará exclusivamente al procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO en relación con la obligación tributaria por Impuesto al Valor Agregado en cuantía de \$12.232.000 correspondiente al período 2003-6, según lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 599 de 2000²¹, máxime si el mencionado precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, al juzgar su conformidad con la Carta Política mediante sentencia C-570 de 2003, en la cual, entre otros aspectos, consideró lo siguiente:

“De conformidad con lo dicho, a esta Corte no le parece irrazonable que el legislador haya decidido establecer un lazo temporal entre la prescripción extintiva civil y la prescripción extintiva de la acción penal, pues es palmaria la intimidad que se presenta entre ambas cuando el afectado por el delito decide constituirse en parte civil.

“La afirmación anterior tiene otro tipo de relevancia en el debate y es que la constitución de parte civil en el proceso penal no es obligatoria, sino que los afectados por el ilícito pueden optar por acudir al proceso penal o reclamar la indemnización en el proceso civil respectivo. El carácter opcional de esta vía procesal le indica a la Corte que el reproche de irrazonabilidad de la medida parte de una apreciación parcial de la normatividad y que la calificación de “inequitatividad” que se le endilga podría aplicarse, aunque

sólo en apariencia, a una de sus dos alternativas.

“Una razón adicional lleva a considerar que no es insensato que el legislador haya establecido esta dependencia entre los términos prescriptivos de que se viene hablando.

“La Corte Constitucional ha dicho que la prescripción de la acción penal “es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.”²²

“La justificación de dicha medida reside en que ‘ni el sindicato tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.’²³

“Así bien, dado que el fin de la prescripción es sustraer al sindicato del poder punitivo del Estado, no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita. La coherencia interna exigida por el proceso penal obligan a que la pretensión adyacente de naturaleza civil siga la suerte de la pretensión principal y que si esta desaparece, desaparezca la primera como su consecuencia lógica. Ello no obsta, sin embargo, para reconocer que cuando el juez penal dicta una sentencia absolutoria o establece que la conducta desplegada es atípica, el afectado patrimonialmente por la conducta conserva la facultad de acudir a la jurisdicción civil para solicitar la indemnización correspondiente.

“Adicionalmente, debe recordarse que la prescripción de la acción penal puede interrumpirse en los términos previstos por la Ley, de suerte que el tiempo corrido desde el momento en que empieza a descontarse el término de prescripción puede ampliarse, hasta por la mitad del término inicial, si se dicta en el proceso “la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada” (Art. 86 C.P.), caso en el cual “...el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”. Así las cosas, de acuerdo con el desarrollo de las diligencias, es posible suponer que en ciertos casos, el término de prescripción de la acción civil que se ejerce dentro del proceso penal es mayor que el término de la prescripción ordinaria de la acción civil que se impetra independientemente, gracias a los incrementos previstos en el inciso final del artículo 86 ibídem²⁴”.

7.4.- Pese a que el Tribunal de instancia no se pronunció sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena tras observar tal vez que no se reunían los requisitos de carácter objetivo, es claro que dicha situación se mantiene en sede extraordinaria, pese a que la pena privativa de la libertad se disminuya con ocasión de la prescripción que se decreta, pues la pena impuesta excede los tres años de prisión de que trata el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

Resta señalar que las demás determinaciones del fallo permanecen inmodificables, incluida la relacionada con el otorgamiento al procesado DUQUE ARANGO de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, por lo anotado en la motivación de esta providencia.

2.- CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE el fallo impugnado.

3.- DECLARAR PRESCRITAS las acciones penales y civiles respecto del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, imputado en el pliego enjuiciatorio al procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, exclusivamente en relación con la obligación tributaria por Impuesto al Valor Agregado en cuantía de \$ 12.232.000.00 correspondiente al período 2003-06, según se indicó en la parte motiva. ORDENAR, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado en su contra por dicha conducta punible.

4.- FIJAR en treinta y ocho (38) meses y doce (12) días de prisión, multa en cuantía de \$111.786.000.00 e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, que por el concurso de delitos de omisión del agente retenedor o recaudador por la no consignación de los recaudos por Impuesto al Valor Agregado en los períodos 2004-01 y 2004-02, así como por el no pago de las respectivas declaraciones de retención en la fuente en los períodos 2004-01 y 2004-02, debe purgar el procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO.

5.- FIJAR en la suma de cincuenta y cinco millones novecientos ochenta y tres mil pesos, moneda corriente (\$55.983.000.00) “con sus respectivos intereses legales y moratorios en los términos de la demanda de constitución de parte civil desde el momento de causación hasta su pago efectivo” el monto de los perjuicios materiales que debe pagar el procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN con ocasión de los delitos cometidos.

6.- ACLARAR que las demás determinaciones adoptadas en el fallo de segunda instancia, permanecen inmodificables.

Contra estas decisiones no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que la decisión de mayoría merece, procedo a consignar las razones de mi disentimiento parcial respecto de la declaración de cesación de procedimiento por prescripción de las acciones civil y penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador relacionado con la obligación tributaria por Impuesto al Valor Agregado en cuantía de \$12.232.000.00, correspondiente al período 2003-06.

Debo anotar que mi discrepancia es frente a la oportunidad en que se hace la declaración de prescripción de la acción civil y por quien la hace, y no en cuanto se relaciona con la cesación de procedimiento penal por la referida conducta, pues, en verdad, a partir de la realización del comportamiento hasta la fecha de ejecutoria

de la resolución de acusación, transcurrió de manera ininterrumpida un término superior a seis años, suficiente para que el Estado perdiera toda oficiosidad para continuar ejerciendo la acción penal, ya que tal determinación no amerita reparo alguno de mi parte.

Tal y como lo expuse en el curso de los debates orales en el seno de la Sala, no puedo prohiar la providencia en comento sin referirme a la decisión de declarar prescrita la acción civil, pues si bien ella corresponde a una interpretación literal de la norma que la establece (Art. 98 del C. Penal), su aplicación inmotivada no se compadece con el deber de establecer primero la razón de ser de la disposición, su conformidad con la Carta Política, o al menos con el principio rector de aplicación prevalente relativo al restablecimiento del derecho, según el cual los funcionarios judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior, y se indemnicen los perjuicios, pues es claro que el delito -como fuente de obligaciones-, ni, por supuesto, sus efectos materiales, económicos y sociales, desaparecen por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

No se tuvo en cuenta, que la disposición aplicada al caso se ofrece excesivamente gravosa para los intereses patrimoniales de la entidad del Estado que resultó perjudicada con el delito, ve frustrada sus expectativas de reparación y resulta sancionada a consecuencia de la inactividad del órgano jurisdicente.

Esto, si se da en considerar que en el evento presente la parte civil ejerció la acción en oportunidad y acudió a uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para lograr el restablecimiento de su derecho.

Con la decisión mayoritariamente adoptada, no sólo se exonera, sin más, de toda responsabilidad civil por la referida conducta al acusado, sino que deja a la entidad

afectada sin instrumentos para perseguirlo, tan sólo por haber optado por pretender la indemnización dentro del proceso penal, y no por la vía civil donde la prescripción de la acción opera en términos mucho más amplios, se interrumpe con la notificación del auto admisorio de la demanda y no hay lugar a declararla como consecuencia de la simple y llana inactividad del órgano judicial.

Y si bien no desconozco que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia C-570 de 2003 declaró exequible el Artículo 98 de la Ley 599 de 2000, bajo el supuesto de que “la medida de ligar el término de prescripción de la acción civil al de la acción penal, cuando la primera se ejerce en el marco de la segunda, es proporcional y ajustada a la exigencias propias del proceso penal y a las características que identifican al papel de la parte civil en las últimas diligencias”, tampoco puedo pasar por alto que el pronunciamiento de la Corte Constitucional, pese a haberlo anunciado, desconoció que “en cuanto hace a la acción civil, el objetivo de la prescripción es extinguir el derecho de reclamar judicialmente el crédito como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación”.

De ahí que, con todo y el pronunciamiento en relación con la exequibilidad del precepto, considero que cuando el legislador precisa en el artículo 98 del Código Penal que “la acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal”, debe ser entendida en el sentido de que el juez penal no puede proferir el fallo civil correspondiente a la demanda de constitución de parte civil, y el afectado queda en libertad de reclamar los perjuicios ante la jurisdicción civil mientras que la acción se encuentre vigente, pues, en palabras de la propia Corte Constitucional en la sentencia en comento, “no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita”.

Lo contrario implicaría, con carácter general, victimizar nuevamente al sujeto pasivo

de la infracción por haber incurrido en el desacierto de acudir a la jurisdicción penal con la esperanza de que allí se produjera en un tiempo menor la reparación por el agravio padecido, frente a la opción de ir ante los jueces civiles, ya que a pesar de haber ejercido en tiempo el derecho de reclamar el pago por los perjuicios recibidos con la conducta delictiva, la lentitud del aparato judicial en el trámite de su pretensión, le implicó perder el derecho frente al responsable del ilícito, para obligarlo iniciar un proceso contencioso administrativo en contra del órgano judicial que frustró sus expectativas, nada de lo cual hubiera ocurrido de haber presentado la demanda ante la justicia civil.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Fl. 332 cno. 1

2 Fls. 350 ss. cno. 2

3 Fls. 367 cno. 1

4 Fls. 379 cno. 2

5 Fls. 403 y ss. cno. 2

6 Fls. 423 y ss. cno. 2

7 Fls. 453 y ss. cno. 2

8 Fls. 472 y ss. cno. 2.

9 Fls. 484 y ss. cno. 2.

10 Fls. 495 y ss. cno. 2.

11 Fls. 508 y ss. cno. 2

12 Artículo 402 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones punitivas establecidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

13 En torno a la dosificación punitiva indicó el A quo:

“De acuerdo a la resolución de acusación, pieza procesal que origina este pronunciamiento, el procesado LUIS FERNANDO DUQUE ARANGO, responde como autor del delito de ‘OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR’ conforme al artículo 402 de la Ley 599 de 2000, cuya punición oscila entre tres (3) y seis (6) años de prisión, multa equivalente al doble de lo no consignado.

(...)

“Como en el sub judice no se dedujeron circunstancias de mayor ni menor punibilidad (arts. 55 y 58 C.P.), nos ubicaremos en el cuarto mínimo, imponiéndole al justiciable, TREINTA Y SEIS (36) MESES DE PRISIÓN y MULTA EQUIVALENTE AL DOBLE DE LO NO CONSIGNADO, ESTO ES, DOSCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA

MIL PESOS (“203.340.000.oo”) (...).

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

15 Sentencia de fecha agosto 1° de 2007, rad. 25747. En el mismo sentido, se puede consultar sentencia del 5 de julio anterior, rad. 23405, así como la sentencia 24065 de 13 de febrero de 2008..

16 Cfr. por todas, cas. de noviembre 11 de 2009, Rad. 29137.

17 Sala de Casación Penal. Sentencia de 12 de septiembre de 2007. Radicación N° 26967.

18 Cabe aclarar, no obstante, que la jurisprudencia de la Corte, en armonía con los compromisos internacionalmente adquiridos por Colombia, ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal en los casos considerados como crímenes de lesa humanidad. Cfr. Auto de Única Instancia. 14 de marzo de 2011. Rad. 33118.

19 Cfr. cas. oct. 27 de 2004. Rad. 21090

20 En palabras del Tribunal, en la sentencia de primer grado “La sanción fue de prisión de 36 meses y multa igual al doble de lo no consignado. Se incrementó cutro (4) meses por 15 delitos, así que se hará la reducción proporcional por los períodos por los cuales se absuelve, esto es, por diez (10) delitos, para un total de dos (2) meses y veinte (20) días”.

21 LEY 599 DE 2000. ART. 98.- “Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

22 Sentencia C-416 de 2002

23 Sentencia C-176 de 1994

24 Artículo 86. Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).