

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 124

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado Diego Omar Horta Andrade, en contra del fallo del 16 de julio de 2012, por medio del cual la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la condena impartida en primera instancia en contra del mencionado por el Juzgado 5º Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

H E C H O S

Así los resumió el ad quem:

“El 10 de agosto de 2010, la Jefe de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, Neiva, denunció a Diego Omar Horta Andrade, representante legal de la sociedad Ferremat E.U., Nit. 813.013.249, por no

haber pagado dentro del plazo legal el impuesto a las ventas, IVA, correspondiente al período seis de 2005, el cual, según la liquidación oficial, ascendió a la suma de \$36.912.000, más intereses moratorios causados.”

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por los hechos anteriores, el 8 de septiembre de 2011, la Fiscalía 11 Seccional de Neiva profirió resolución de acusación en contra de Diego Omar Horta Andrade, como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador (artículo 402 del Código Penal), decisión que, tras ser notificada personalmente al defensor de oficio del investigado, el cual fuera designado por razón de la documentada reticencia del apoderado de confianza para comparecer, cobró ejecutoria el 21 de diciembre siguiente.

2. La actuación le correspondió al Juzgado 5º Penal del Circuito de Neiva, el cual, luego de correr el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y celebrar las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, el 30 de abril de 2012 condenó a Diego Omar Horta Andrade a las penas principales de 36 meses de prisión y multa por valor de \$73.824.000, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como autor de la conducta punible por la que fue acusado.

Así mismo, lo sentenció al pago de los perjuicios civiles derivados de la ejecución del delito, por valor equivalente a 96,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la DIAN, entidad que promovió la correspondiente acción dentro de la actuación penal, al tiempo que le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El fallo del juzgado fue apelado por el defensor del procesado y confirmado por el

Tribunal Superior de Neiva el 16 de julio de 2012. En su contra, el mismo sujeto procesal formuló y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El impugnante postula tres cargos: el primero “por violación directa de la ley sustancial por error de derecho”, el segundo por “violación indirecta, por desconocimiento de la defensa material y técnica” y, el último, por violación indirecta de la ley sustancial. Con ellos aspira, y así lo solicita a la Sala, a que se case el fallo impugnado y, en consecuencia, se declare la nulidad del proceso. Sus argumentos se resumen de la siguiente manera:

“Causal primera: violación directa de la ley sustancial por error de derecho”

El demandante alega el yerro reseñado, el cual plantea con fundamento en los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 354, inciso final, 306-2-3, 8º, 282 y 338 de la Ley 600 de 2000.

Luego de recordar que la ley penal proscribe la responsabilidad objetiva, sostiene que la fiscalía omitió el deber de corroborar las citas defensivas del entonces indagado. Así, el ente acusador ha debido practicar la prueba que demostrara que Horta Andrade actuó bajo el principio de confianza, según la asesoría que le prestaban los contadores de su empresa, como también que fue víctima de un hurto. Por no hacerlo, desconoció la justificación del procesado, lo que viola la presunción de inocencia y el principio de buena fe.

“Causal segunda: violación indirecta de la ley – desconocimiento de defensa material y técnica”

Con sustento en los artículos 29 de la Constitución Política, 178, 179, 282, 338, 306-2-3

y 8º del Código de Procedimiento Penal de 2000, el demandante plantea el yerro mencionado, el cual se habría configurado como consecuencia de irregularidades en torno a la notificación de la resolución de acusación, en particular porque no se hizo por estado, lo cual afectó las formas propias del juicio. De manera adicional, critica que se hubiera procedido “de facto” a reemplazar al defensor de confianza por uno de oficio, sin comunicar tal determinación al acusado, quien manifestó su inconformidad con dicha decisión. Lo anterior, asegura, causó un perjuicio insubsanable al debido proceso y derecho de defensa, razón por la cual, “se deberá aplicar residualmente como remedio extremo la nulidad de lo actuado a partir del auto del 14 de diciembre de 2011”.

“Causal tercera: desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se fundó el fallo - violación indirecta de la ley de disposiciones de derecho sustancial”

El recurrente indica que, conforme el “artículo 565 modificado por el 45 de la Ley 1111 de 2006 - Estatuto Tributario - 16 y siguientes del Decreto 3050 de 1997”, el juzgador, al “hacer la evaluación probatoria”, ha debido verificar un requisito de procedibilidad, cual era agotar los mecanismos de comunicación al representante legal de la empresa, para así garantizarle el derecho de contradicción dentro de la correspondiente actuación administrativa adelantada por la DIAN. La omisión de dicha exigencia, afirma, “torna en ilegal el medio de prueba que pretendió con la demanda acreditar la DIAN para demostrar el hecho denunciado”, lo cual viola los principios de licitud o legalidad de la ritualidad tributaria.

Alega que el juzgador incurrió en falso juicio de existencia por suposición del medio probatorio, al estimar que se produjeron los mecanismos de comunicación que fueron omitidos en el trámite administrativo.

A manera de conclusión, menciona que no se reúnen los requisitos para proferir sentencia condenatoria en contra de su asistido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corporación anticipa su decisión en el sentido de inadmitir la demanda, toda vez que evidentemente incumple mínimas exigencias de debida fundamentación. Las razones son las siguientes:

1. El libelista pierde de vista que en este caso solamente procedía la casación por la vía discrecional de que trata el artículo 205, último inciso, de la Ley 600 de 2000, toda vez que la pena legalmente fijada para el delito por el que fue sentenciado el procesado, omisión de agente retenedor o recaudador, tiene asignada en la ley una pena privativa de la libertad máxima de 6 años (artículo 402 de la Ley 599 de 2000), circunstancia que impide que la demanda se presente por vía de la casación común, la cual procede para los delitos cuya pena fijada en la ley sea de más de 8 años de prisión.

Por lo tanto, el censor no elabora ningún argumento para justificar a la Sala la admisión de la demanda, lo cual solamente puede ocurrir si, con argumentos distintos a los que fundan los cargos, acredita la necesidad de corregir la violación de garantías, en perjuicio de un interviniente, o bien la necesidad de desarrollar la jurisprudencia o actualizar la doctrina sobre un tema no resuelto, siempre y cuando el nuevo pronunciamiento sirva, además, para solucionar el caso.

Nada de lo anterior lo cumple el impugnante, razón por la cual la demanda no pasa de configurar un escrito de libre elaboración que no acredita ninguna de las finalidades de la casación.

2. Aún cuando a la Sala le fuera dado pasar por alto el anterior yerro de postulación, de

todos modos el libelo no puede ser admitido, debido, además, a la confusa enunciación de los reproches, pues evidentemente el censor, al postular “tres causales”, confunde los conceptos de causal de casación y cargo, lo que hace difícilmente inteligible la orientación de su inconformidad.

Por otra parte, el escrito es notoriamente inconsistente e impreciso en las peticiones formuladas a la Sala, pues, además de lo impropio que resulta, en principio, reclamar la declaratoria de nulidad, como consecuencia de yerros de violación de la ley sustancial, lo cierto es que el escrito no deja claro si todos los cargos (o “causales”) conducen a demostrar un solo motivo de nulidad, o bien si cada uno de los tres reproches amerita una particular invalidez procesal, como parece sugerirlo el impugnante en la “segunda causal”, en cuyo caso, ha debido proponer unas censuras como principales y otras como subsidiarias.

3. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la “causal primera”, es necesario decir que su enunciación se presenta ostensiblemente confusa, toda vez que ni la ley ni la jurisprudencia de la Sala sobre la materia han decantado por parte alguna “la violación directa por error de derecho” como motivo de casación.

Resulta notoriamente impropia la orientación de la “primera causal” bajo el rótulo mencionado, pues el error de derecho es, junto al de hecho, una de las modalidades en que se plasma la violación indirecta de la ley sustancial, mientras que la violación directa de esta última implica la aplicación indebida, exclusión evidente o interpretación errónea de un precepto normativo sustancial aplicable al caso, con incidencia en la parte dispositiva de la sentencia, sin la mediación de un yerro de apreciación probatorio.

Por otra parte, la inconformidad del censor, cualquiera que sea, lejos de demostrar una violación directa o un error de derecho, no es más que una discrepancia con

la apreciación elaborada por el sentenciador de segundo grado, pues para este las citas justificatorias del entonces indagado ninguna relevancia tuvieron para modificar el sentido del fallo, afirmación de la cual el casacionista no demuestra ilegalidad alguna, como no sea mediante la pretensión de hacer prevalecer su personal apreciación frente a la elaborada por el juzgador, la cual llega amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Lo cierto es, además, que en ninguna de las oportunidades procesales destinadas para tales fines, la defensa formuló petición probatoria ni realizó gestión alguna para allegar los medios de convicción cuya ausencia hoy lamenta, circunstancia que denota su conformidad con la gestión probatoria surtida en el proceso.

Así, el impugnante pierde de vista que el recurso extraordinario no es el escenario para proponer a la Corte nuevas apreciaciones probatorias, por plausibles que parezcan, sino para acreditar en la del juzgador errores con incidencia en el resultado de la actuación.

4. A través de lo que el recurrente denomina “causal segunda” se ofrece un reproche que carece de materialidad, pues de la lectura del expediente se observa sin dificultad que la resolución de acusación fue notificada personalmente tanto al procesado como a su defensor, circunstancia que, según el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, hace innecesaria la notificación por estado, que hoy, sin razón, echa de menos el casacionista.

Por otra parte, la designación de un apoderado de oficio que asistiera al procesado obedeció a la incuria del profesional de confianza, quien, por más de tres meses desde que se le remitió la respectiva comunicación, omitió comparecer a recibir notificación del pliego de cargos. Por lo anterior, no puede ahora el mismo profesional que evadió la notificación de la acusación alegar su propia negligencia para demostrar un

perjuicio evidente y trascendente en el debido proceso y derecho de defensa que, por demás, no demuestra.

5. Por último, además de que el recurrente es ambigüo en la modalidad de la casación que alega a través de la “causal tercera”, pues en su discurso menciona el falso juicio de existencia por suposición de la prueba y, al mismo tiempo, sugiere un falso juicio de legalidad, modalidades del error de hecho y de derecho, respectivamente, que son naturalmente excluyentes entre sí, lo cierto es que el fondo de la censura carece de idoneidad material para infirmar el fallo impugnado, pues al proceso penal no le corresponde verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción administrativa y, aún cuando estos hubieran faltado, ello no se traduce en ilegalidad de la prueba allegada al proceso penal.

Y aún cuando así fuera, el impugnante no demuestra la trascendencia de la ilegalidad que pregonan, cualquiera que esta sea, para derribar las bases probatorias de la sentencia.

6. En conclusión, por carecer de una debida fundamentación, la Sala inadmitirá la demanda, sin que, por otra parte, del estudio de las diligencias encuentre motivo que amerite superar sus defectos para asegurar, de oficio, el cumplimiento de las garantías fundamentales.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Diego Omar Horta Andrade.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
MALO FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria