

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP 5708 - 2016

Radicación N° 47449

(Aprobado Acta No. 274)

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

La Corte decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de la procesada MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 27 de agosto de 2015, que confirmó la dictada el 14 de julio de 2015, por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad, como autora del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

ANTECEDENTES

Los hechos

Fueron relatados por en las sentencias de instancia de la siguiente manera:

“El doctor JAVIER GUILLERMO VALDIRI CIFUENTES funcionario del Grupo Interno de Trabajo Unidad Penal de la División Jurídica Tributaria de la Administración de Impuestos nacionales de Bogotá, denuncia a la señora MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN, quien retuvo lo relacionado con el impuesto a las ventas periodo 6 de 2002 y periodos 2, 3, 4, 5

y 6 de 2004 por un valor de \$6.044.000.”¹

La actuación procesal

1. La Fiscalía Doscientos Veintidós Seccional de la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública ordenó la apertura de la instrucción conforme lo dispuesto en el artículo 331 de la Ley 600 de 2000.
2. El día 16 de septiembre de 2010 la Fiscalía General de la Nación calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de la señora MARIA CLAUDIA MORALES PINZÓN por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador del impuesto a las ventas correspondientes a los periodos 4°, 5° y 6° de 2004, y ordenó precluir la instrucción de los periodos 6° de 2002, 2° y 3° de 2004. La acusación quedó ejecutoriada el día 5 de octubre de 2010².
3. La etapa de la causa la tramitó el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, quien después de celebrar las audiencias preparatoria y pública profirió sentencia condenatoria el día 14 de julio de 2015, en la que se impuso a la procesada la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, multa de \$7.522.000 a favor del Tesoro Nacional, y la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción privativa de la libertad. La sentencia la condenó, igualmente, al pago de perjuicios, y le otorgó a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.³
4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, al desatar el recurso de alzada, confirmó el fallo, el día 27 de agosto de 2015⁴.
5. La defensa interpuso el recurso de casación el día 20 de octubre de 2015 y presentó la respectiva demanda el día tres (3) de diciembre de 2015. El Tribunal dispuso la remisión de las diligencias a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia una vez vencido el término de traslado de la demanda a los no recurrentes⁵. El expediente

lo recibió la Corte el día 22 de enero de 2016.⁶

La demanda de casación

Al amparo de causal segunda de casación, artículo 181 de la ley 906 de 2004, la demanda formula tres cargos y, en consecuencia, solicita la nulidad del proceso.

Primer cargo: Ausencia de vinculación.

La demandante invoca como causal de nulidad que su defendida nunca fue legalmente vinculada al proceso penal mediante indagatoria a pesar de haberse ordenado la diligencia en las resoluciones de apertura de instrucción del 15 de noviembre de 2006 y en la resolución del 29 de julio de 2009. De otro lado, el 10 de noviembre de 2008 se dispuso vincularla mediante declaratoria de persona ausente, pero esta resolución tampoco le fue notificada al defensor.

Segundo cargo: Ausencia de notificación del cierre de la investigación.

La abogada solicita se decrete la nulidad porque el día 13 de julio de 2010 se declaró cerrada la investigación y la decisión nunca le fue notificada a la procesada, ni a su abogado de confianza, sino a la defensora de oficio, quien ya había sido desplazada del cargo. Esta irregularidad, anota la casacionista, constituye una violación al derecho de defensa.

Tercer cargo: Prescripción.

La libelista invoca la prescripción de la acción penal tras considerar que de conformidad con lo previsto en los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 del Código Penal, el término prescriptivo después de proferida la resolución de acusación para el delito de omisión de agente retenedor es de cinco años, pues la Fiscalía Delegada dictó la resolución de

acusación el día 16 de septiembre de 2010 y para el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, que fue el día 20 de octubre de 2015, habían transcurrido más de cinco años, por lo tanto, la acción penal se encontraba prescrita.

CONSIDERACIONES

La demanda presentada por la defensora de la procesada MARIA CLAUDIA MORALES PINZÓN será inadmitida, por las siguientes razones:

La casación excepcional

La jurisprudencia ha sido insistente en sostener que el recurso de casación no es un escrito de libre construcción en el cual se puedan introducir toda clase de cuestionamientos. La razón es precisamente su carácter excepcional, en la medida en que no es una instancia adicional. De ahí que la selección de la normativa que regula el recurso no sea de libre elección, como ocurrió en el presente caso en el que la casacionista acudió a la Ley 906 de 2004, cuando la preceptiva que regula la actuación es la Ley 600 de 2000.

Es necesario, entonces, que el censor elabore la demanda atendiendo principios de corrección lógica y material en el que explique a la Corte, los errores en los que incurrió el juzgador, junto con la demostración del daño causado y trascendencia en el caso concreto. En sede de casación la correcta escogencia de la causal en que funda la censura, la coherencia de la demanda y de la aptitud de cargos son condiciones necesarias para la admisión de la demanda. En consecuencia, una demanda que no satisface las exigencias del artículo 212 del Código de Procedimiento Penal conlleva su inadmisión, a menos que la Corte advierta una violación ostensible de los derechos fundamentales, lo que en el presente caso no ocurre.

Los hechos objeto de este proceso tuvieron ocurrencia entre los años 2002 y 2004, de ahí

que la norma procesal aplicable es la Ley 600 de 2000, que en el artículo 205 dispone que la casación ordinaria o común procede respecto de sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales, en procesos seguidos por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años.

El delito de omisión del agente retenedor o recaudador por el cual se condenó a la acusada, se encuentra tipificado en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, que le fija una pena máxima de prisión de 6 años.

En consecuencia, para el caso bajo examen, no aplica la casación común, pues la sanción máxima establecida para el punible que se investiga no excede los 8 años de prisión, por lo que le correspondía a la demandante interponer la casación excepcional o discrecional, que se encuentra regulado en el inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, que regula la procedencia recurso. En estos eventos es necesario que se indique en la demanda si se pretende el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

En el caso en concreto la profesional del derecho optó por las normas de la Ley 906 de 2004, guardó silencio con respecto a la casación excepcional, y tampoco anunció cual era el propósito del recurso, si la unificación de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Si se trataba de seleccionar la efectividad de los derechos fundamentales, omitió identificar en forma clara y precisa la garantía objeto del quebranto denunciado, así como la norma superior que la protege, vinculando su afectación con las actuaciones del proceso y en qué consistió la vulneración alegada.

En lo relativo al desarrollo de la jurisprudencia, le correspondía indicar si lo buscado era fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte o el pronunciamiento sobre un punto concreto que hasta ahora no se ha desarrollado o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas

y jurídicas que sirvan de guía a la actividad judicial.

Sin embargo, es criterio reiterado de la Sala, que aun así, podría admitirse la impugnación si el demandante, a pesar de no señalarlo expresamente, ofrece razones a través de las cuales se pueda inferir claramente que su intención es fundamentar alguno de los dos motivos que habilitan la casación excepcional (CSJ SP, 18 nov. 2004, rad. 22082).

Cargo primero:

La demandante invoca como causal de nulidad que su defendida nunca fue legalmente vinculada al proceso penal mediante indagatoria a pesar de haberse ordenado la diligencia en las resoluciones de apertura de instrucción del 15 de noviembre de 2006 y en la resolución del 29 de julio de 2009. De otro lado, el 10 de noviembre de 2008 se dispuso vincularla mediante declaratoria de persona ausente, pero esta resolución tampoco le fue notificada al defensor.

Esta acusación contra el proceso ya se había formulado al momento de apelar la sentencia de primera instancia y había sido resuelto por la Sala Penal del Tribunal, y al revisar el expediente se aprecia lo siguiente:

El día 18 de julio de 2008 se ordenó la práctica de la diligencia de indagatoria, luego el 23 de octubre del mismo año se libró orden de captura en su contra en la medida en que la procesada no asistió a la diligencia, y, posteriormente, el 10 de noviembre de 2008, se declaró persona ausente, se le designó como defensora de oficio a la Dra. Graciela Rodríguez de Baquero, y se ordenó cancelar la orden de captura. Posteriormente, el 29 de julio de 2009 la Fiscalía ordenó el cierre de la investigación y el 25 de agosto se interpuso el recurso de reposición contra el cierre, por parte del defensor de la procesada, Dr. Miguel Ignacio García Ortigón, con el argumento que ese cierre afectaba el derecho al debido proceso y a la defensa. El día 8 de octubre de 2009 la Fiscalía revocó el cierre y citó a

MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN a rendir diligencia de indagatoria en aras de garantizar el derecho de defensa, pues estaba errada la dirección obrante en el expediente, y se fijó el 5 de febrero de 2010, para lo cual se citó a la procesada y su abogado defensor a la calle 20 N° 96 H 45 y carrera 71 A N° 3 A 54 respectivamente. En el expediente obra constancia suscrita el día 22 de febrero de 2010 por la procesada y la asistente de la delegada Fiscal en la que se lee:

“(...) en la fecha se hace presente la señora MARIA (sic) CLAUDIA MORALES PINZON (sic), identificada con la cedula de ciudadanía N° 39.751.319 de Fontibón, en su condición de investigada con el fin de rendir diligencia de Indagatoria, quien manifiesta que su abogado está fuera de la ciudad y no puede asistir a la diligencia y por lo tanto solicita se le fije una nueva fecha, el Despacho le fija el día 25 de Marzo de 2010 a partir de las ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m.) para llevar a cabo la diligencia. La dirección de la investigada CALLE 20 N° 96 H 45 Fontibón de esta ciudad, Teléfono N° 2986646, celular N° 3178548363. (...)”.

MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN solicitó, el 30 de marzo de 2010, se fijara nueva fecha pues se encontraba con quebrantos de salud y ordenó la diligencia para el día 6 de mayo siguiente de 2010, para lo cual se le envió el telegrama N° 441 a la calle 20 N° 96 H 45.

Después, con fecha del 13 de julio de 2010 ordenó cerrar la investigación por encontrarse vencido el término de la instrucción. El 16 de septiembre de 2010, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador por el impuesto a las ventas correspondientes a los periodos 4, 5 y 6 de 2004 y ordenó precluir la instrucción de los periodos 6 de 2002, 2 y 3 de 2004. Esta resolución se le notificó personalmente a la defensa técnica de la procesada y quedó ejecutoriada el 5 de octubre de 2010.

Con respecto a la situación censurada en esta carga la Sala Penal del Tribunal, en la sentencia acusada, manifestó lo siguiente:

“....el acusador se vio en la necesidad de vincularla a la actuación como persona ausente, y, valga significar, no en razón, como lo pretende hacer ver la recurrente, a una falla u omisión atribuible a la Fiscalía, así que no existe vulneración al derecho al debido proceso ni defensa, pues si bien toda persona tiene derecho a ser informada de manera oportuna de las acciones penales iniciadas en su contra, teniendo el deber, las respectivas autoridades de realizar las actividades a su alcance para lograr su ubicación, también es cierto que el adecuado decurso del proceso no puede quedar paralizado hasta tanto quien es requerido por la justicia comparezca por voluntad propia o se logre establecer en todos los casos su asiento, situaciones ante las cuales el legislador introdujo en el procedimiento la declaratoria de persona ausente, con el propósito de preservar la continuidad de la labor jurisdiccional y garantizar los derechos fundamentales del encartado.

En este orden de ideas, la declaratoria de persona ausente es una medida con la que cuenta la administración de justicia, en especial la fiscalía, para dar impulso a los procesos sin que sea necesario su postergación ante la imposibilidad de hacer comparecer al implicado, evitando de esta forma estarse a la espera de que éste voluntariamente se presente o sea capturado, pues de lo contrario tal situación podría ser empleada para dar paso a la prescripción de la acción penal por el paso del tiempo.”

No obstante lo anterior, se deben diferenciar los casos en donde el procesado ausente se oculta, de aquellos en los que el sindicado no tiene la oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, pues de ello dependen los derechos que a estos les pueden asistir.

Por un lado, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su

defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o de oficio por el despacho judicial del conocimiento, pero ello sí conservando la facultad de acudir en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a las que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal en la que se encuentre el trámite adelantado, sin que ello lo habilite para pretender que se repitan diligencias ya surtidas, a menos que en el desarrollo de las mismas se haya quebrantado su derecho a una defensa técnica, resultando por ende procedente decretar la nulidad.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la vinculación del encartado al proceso mediante declaración de persona ausente no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio a éste, al que sólo puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al sindicado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000.”

En este orden de ideas, la actuación procesal surtida que consiste en de citarla en varias oportunidades para surtir la diligencia de indagatoria, revocar un cierre de investigación con el propósito de escucharla en la injurada, dejar la constancia de su presencia sin apoderado, y fijar nueva fecha sin que comparezca en nada vulnera los derechos al debido proceso y defensa de la enjuiciada, al contrario los garantizó. La indagatoria es un instrumento de defensa, y deben realizarse todas las diligencias tendientes a su realización, pero también es cierto que el Estado no podía esperar indefinidamente, pues otros derechos se verían afectados, y habiendo sido informada la procesada y dado que asumió una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, apartándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria y agotadas las posibilidades razonables de que rinda la injurada, como ocurre en el presente caso, y se reseñó en párrafos precedentes, resultaba necesario vincularla como persona ausente, con todas las garantías, como aquí ocurrió, en consecuencia, el reparo formulado en la demanda no reúne los presupuestos formales y

materiales para su admisión.

La nulidad por ausencia de notificación del cierre de la investigación.

La abogada solicita se decrete la nulidad porque el día 13 de julio de 2010 se declaró cerrada la investigación y la decisión nunca le fue notificada a la procesada, ni a su abogado de confianza, sino a la defensora de oficio, quien ya había sido desplazada del cargo. Esta irregularidad, anota la casacionista, constituye una violación al derecho de defensa. No obstante, al revisar el expediente la Sala encuentra que a la procesada y a la defensa técnica se les enviaron los telegramas N° 869 y 257, respectivamente, sin que concurrieran al despacho a notificarse. Además, a los sujetos procesales que no acudieron personalmente a notificarse, luego de enviados los telegramas, se les notificó por estado.

Cuando se censura una sentencia con fundamento en la causal de nulidad del proceso, el demandante debe indicar con precisión los fundamentos que le sirven de apoyo para revelar el menoscabo de alguna de las garantías que orientan el proceso penal o que integran su estructura básica. Es su deber mostrar cómo la irregularidad denunciada lesiona garantías o desquicia las bases fundamentales del proceso, además, debe demostrar que su conducta no favoreció la realización del acto irregular, con las excepciones de ausencia de defensa técnica, que con su comportamiento convalidó la actuación.⁷

Es necesario, además, que el libelista señale cómo la nulidad es la única forma de enmendar la irregularidad y que indique a partir a qué momento procesal debe retrotraerse la actuación.

La demostración implica, en un primer momento, demostrar la irregularidad y, luego, en un segundo momento, dar cuenta del perjuicio que le causó y, finalmente, evidenciar cómo se afectaron sus garantías o las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento.

La abogada sustenta su reparo en “esta grave irregularidad violatoria del debido proceso vulneró, así mismo el derecho de defensa ya que nada pudo hacer frente a tal determinación, y mucho menos, atender en debida forma el traslado otorgado.”⁸ Sin embargo, sucede que si se alega trasgresión del debido proceso es necesario demostrar que existe una irregularidad en la estructura básica del proceso y que es trascendente, de modo que si no se sana es totalmente inviable mantenerlo firme. La violación del derecho de defensa, por su parte, implica determinar cuál fue la falla y cómo se lesionó tal derecho, precisando la fase desde la cual debe retrotraerse la actuación para subsanar el defecto, pero ninguna de estas demostraciones se hizo.

De otro lado, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido de manera reiterada que cuando se plantea nulidad por la existencia de errores sustanciales que afectan la estructura básica del proceso⁹ y también por violación del derecho de defensa, ha de hacerse en capítulos separados, lo que no ocurrió en esta ocasión.

Al respecto la Corporación dijo: en CSJ SP 23 may. 2002, rad. 15142:10

“...si el recurrente consideraba que se presentaban todas las hipótesis de la nulidad, ha debido hacerlo en capítulos separados, pues dentro de la misma causal tercera no es posible mezclar los elementos relativos a errores sustanciales que afectan la estructura básica del proceso con el desconocimiento del derecho de defensa, pues las consecuencias en uno y otro caso afectan de manera diversa el trámite del proceso”.

La casacionista se limitó tan solo a manifestar que el acto de cierre de investigación no le fue notificado a su defendida ni a su defensor, que quedó inerte ante tal determinación, y no pudo atender en debida forma el traslado otorgado, empero, no demostró la trascendencia de la supuesta irregularidad. La Sala en repetidas oportunidades se ha manifestado¹¹, en un caso similar manifestó:

“En efecto, el libelista parece entender de manera equívoca el mandato legal del artículo

393 de la Ley 600 de 2000, según el cual, el cierre de investigación se debe notificar personalmente, pues sugiere que lo allí dispuesto comporta una adición a los eventos señalados en el canon 178 del mismo estatuto.

Olvida el letrado que la notificación personal contemplada en el último precepto es obligatoria solo para los supuestos allí enumerados, esto es, para el sindicado privado de la libertad, el Fiscal General o sus delegados, cuando sean sujetos procesales, y el representante del ministerio público. En los demás casos, procede hacerla por estado, toda vez que esta modalidad de comunicación fue prevista por el legislador como supletoria de aquélla.

Así, tratándose del cierre, si, no obstante haberse citado a la parte para que comparezca al despacho a enterarse de su contenido, ella no lo hace, tal finalidad se cumple con la fijación del estado, en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, tal como aquí ocurrió.”¹²

En estas condiciones, entonces, es evidente que no se presenta ninguna irregularidad en el trámite de la notificación de la resolución de cierre de investigación en este asunto al habersele notificado a la defensa técnica y a la procesada por anotación en estado, pues a ellos se les envió telegrama con esa finalidad sin que hubieran concurrido a hacerlo de manera personal.

Tercer cargo: prescripción.

La resolución de acusación contra MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador tiene fecha del día 16 de septiembre de 2010, y quedó ejecutoriada el día 5 octubre de 2010. El punible tiene establecida una pena de tres (3) a seis (6) años de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su turno, el artículo 86, ibídem, establece que en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, el término de prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada, y comenzará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, sin que en este evento pueda ser inferior a 5 años, ni superior a 10, términos que se aumentarán en una tercera parte, cuando la conducta se realice por un servidor público en ejercicio de sus funciones. El agente retenedor cumple funciones transitorias de servidor público, conforme lo ha señalado repetidamente esta Sala, en particular:

“De acuerdo con la doctrina constitucional antes recordada, por tanto, los agentes retenedores son particulares que están a cargo de la función pública de recaudar dineros oficiales. Es más, la decisión última mencionada es clara en adscribir la condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.

Es de anotar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ya desde 1998 había señalado que la labor asignada a los agentes retenedores constituye una función pública.

Así, en sentencia del 15 de julio de ese año¹³ sostuvo:

“Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente ‘excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, ‘sin que en ningún caso se altere su contenido’’. Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga

la ley, se apoderan de los dineros recibidos.

(...)

Lo probado es que el acusado desempeñaba una función pública que le daba la facultad de recaudar un tributo...".

Bajo la misma línea jurisprudencial corren las sentencias dictadas el 7 de abril de 1999¹⁴ y el 4 de mayo de 2006¹⁵. A título de ejemplo, obsérvese lo que se expresó en la primera de ellas:

"...En consecuencia, como lo concluyó la Sala en la sentencia de casación de julio 15 de 1998, el hecho de que la norma aludida¹⁶ haya sido retirada del ordenamiento jurídico en manera alguna tiene como alcance el desaparecimiento del peculado respecto de los retenedores que en desarrollo de esa función pública que les encarga la ley, se apropian de los dineros recibidos" (subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, es necesario que esta Corporación precise el alcance del criterio expresado en las providencias del 24 de noviembre de 2008¹⁷ y 4 de febrero¹⁸, 27 de febrero¹⁹, 6 de mayo²⁰ y 11 de noviembre de 2009²¹. En esas decisiones la Sala señaló que el agente retenedor o recaudador no es servidor público sino un particular, arribando a esa conclusión a partir de los siguientes fundamentos:

(i) La Ley, antes de la expedición del Código Penal de 2000, sancionaba la conducta del agente retenedor o recaudador que omitía reintegrar los dineros retenidos o recaudados con las mismas penas establecidas para el peculado por apropiación, creando así un paratipo para reprimir aquella ilicitud.

(ii) En la exposición de motivos del proyecto de ley número 40 de 1998 en el Senado,

que finalmente concluyó con la sanción de la Ley 599 de 2000, se hizo alusión a la intención de dar un tratamiento punitivo más benévolo a quien incurría en el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, “teniendo en cuenta que el juicio de reproche debe ser menor para el particular que para el servidor público que tiene un especial deber de lealtad con la administración”.

(iii) Si los agentes retenedores o recaudadores fuesen servidores públicos, el legislador de 2000 no se habría visto en la necesidad de crear un tipo penal independiente, como en efecto ocurrió con el previsto en el artículo 402.

Sin embargo, en las comentadas decisiones se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a éste la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, por cuya razón, como lo señaló la sentencia C-563 de 1998 y lo ha sostenido también esta Corporación, en ese caso “asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”²². Una de esas consecuencias es, desde luego, el aumento del término de prescripción en una tercera parte cuando se actúa en condición de servidor público, conforme lo tiene previsto el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal de 2000.”²³

De allí que el término de prescripción en la etapa de instrucción para el delito establecido en el artículo 402 del Código Penal es de 8 años, producto del incremento de una tercera parte del máximo punitivo de 6 años. En el juzgamiento de 6 años y 8 meses, pues la mitad de la pena máxima son cuatro (4) años, pero ninguna prescripción puede ser inferior a cinco (5) años, monto al que se le adiciona la tercera parte, de acuerdo con la parte final del artículo 86 del estatuto penal que señala que en ningún caso podrá ser inferior a tal lapso.

En el caso en concreto debe tenerse en cuenta, de un extremo, que el día 16 de septiembre de 2010 la Fiscalía General de la Nación calificó el mérito de la investigación con resolución de acusación, la cual quedó ejecutoriada el día 5 de octubre de 2010²⁴, y, del otro extremo, debe contabilizarse los seis (6) años y ocho (8) meses, que se cumplen el día 5 de junio de 2017.

Lo anterior significa que la sentencia se profirió en una fecha anterior a que ocurriera el fenómeno prescriptivo, por lo tanto, goza de plena validez jurídica, de ahí que la censura formulada en la demanda no satisfaga los presupuestos formales y materiales para su admisión.

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

RESUELVE

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por la apoderada de MARÍA CLAUDIA MORALES PINZÓN, conforme a lo expuesto en precedencia.

2.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cuaderno original del Tribunal Superior, folio 4.

2 Folio 146 vuelto del cuaderno de la instrucción.

3 Folio 129 y siguientes del cuaderno original de la causa.

4 Folio 3 y siguientes del cuaderno original del Tribunal.

5 Folio 66 del cuaderno original del Tribunal.

6 Folio 70 del cuaderno original del Tribunal.

7 Artículo 310 de la Ley 600 de 2000.

8 Folio 62 del cuaderno original del Tribunal.

9 Numeral 2º del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

10 C.S.J., Sala Penal, radicado 15142 del 23 de mayo de 2002.

11 En igual sentido la Sala Penal se ha pronunciado en los radicados 23951 del 10 de agosto de 2005, 26834 del 6 de junio de 2007 y 41055 del 24 de abril de 2013, entre otros.

12 C.S. de J., Sala Penal, radicado N°. 45024, 25 de marzo de dos mil quince (2015).

13 Radicación 11290.

14 Rad. 10399.

15 Rad. 22902.

16 Se hace referencia al artículo 665 del Estatuto Tributario.

17 Rad. 30486.

18 Rad. 26888.

19 Rad. 31802.

20 Rad. 30513.

21 Rad. 32116.

22 Cfr. Entre otras, sentencia del 13 de marzo de 2006, Radicado N° 24.833.

23 C.S. de J. Sala Penal, radicado 30170 del 27 julio de 2011.

24 Folio 146 vuelto del cuaderno de la instrucción.