El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR / PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD Y CERTEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS, EL REGISTRO EN CÁMARA DE COMERCIO Y LA INSCRIPCIÓN EN EL RUT / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA A CARGO DE LA DEFENSA SI PRETENDE IMPUGNAR TALES DOCUMENTOS.**

El tipo penal de omisión de agente retenedor o recaudador es de sujeto activo calificado, como quiera que solo puede ser imputado a quien posee la facultad-deber de recaudar o retener esas sumas, a consecuencia de lo cual ostenta temporalmente la condición de servidor público por delegación del Estado -art. 20 Código Penal- en virtud del principio de confianza. Y así debe ser por la imposibilidad en que se encuentran los agentes oficiales vinculados a la DIAN para controlar de manera directa esa recaudación con un delegado en cada empresa.

Sobre el particular importa traer a colación lo que se ha sostenido a nivel jurisprudencial:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte…”. (…)

La no entrega y consiguiente apropiación de esos dineros constituye en su esencia básicamente un peculado, en cuanto se trata de caudales oficiales con una destinación específica, y que por lo mismo no pueden enriquecer el patrimonio del recaudador, del retenedor o de terceros.

Las declaraciones privadas que con ocasión de ese trámite se surtan, están regidas por el principio de buena fe al tenor del artículo 85 Superior, y en consecuencia se presume su validez y autenticidad. Se trata de formularios que deben ser elaborados previa verificación de las operaciones contables con sus respectivos soportes, y no son por tanto de libre confección o configuración.

… la Corte en sus fallos, previo concepto favorable en todos esos casos de la Procuraduría Delegada, insta a hacer una reflexión más racional de la prueba y destaca algo que para esta Sala de Decisión es bien importante: una cosa es que el Estado no tenga pruebas del ilícito y quiera suplir esa deficiencia invirtiendo la carga de probar -onus probando asignado al Estado- para adjudicársela al acusado, y otra diferente es, que al obrar elementos de convicción que enseñan la ilicitud, el deber de desvirtuar esa inferencia está a cargo de la parte contra la cual se aduce.

Lo anterior es aún más relevante para el caso del delito que se juzga, cuando el órgano de cierre desde hace ya buen tiempo optó por aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba precisamente en los delitos de omisión del agente retenedor o recaudador…

En consecuencia, y conforme lo mencionado, ha de concluirse que quien pretenda desconocer esa realidad probatoria, tiene la carga de demostrar lo contrario, esto es, que tanto la representación legal que dimana del RUT como las firmas que allí obran, al igual que el contenido declarativo de los documentos tributarios allegados ante ese ente oficial, no son reales y presentan alguna alteración o falsificación…

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

** PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 672

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Julio 29 de 2019. 8:57 a.m. |
| Imputado:  | ALL |
| Cédula de ciudadanía: | 79´299.425 expedida en Bogotá D.C. |
| Delito: | Omisión del Agente Retenedor o Recaudador |
| Bien jurídico tutelado: | Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de condena de marzo 22 de 2017. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron consignados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“El señor ALL recaudó por concepto de impuestos sobre las ventas la suma de $24´087.000 en los períodos 6 de 2005, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2006 y 1 y 2 de 2007, y por concepto de retención en la fuente $808.000 en los períodos 2, 3 y 5 de 2006, para un total de $24´895.000, mas no hizo las consignaciones dentro de los plazos legales establecidos por el Gobierno Nacional”.

1.2.- Una vez desarrollado el programa metodológico de investigación, la fiscalía por ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), realizó las audiencias preliminares (septiembre 22 de 2015), por medio de las cuales se declaró persona ausente al señor ALL y se le formuló imputación como autor de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador -art. 402 inciso 2º C.P.-.

1.3.- En noviembre 04 de 2015 la Fiscalía radicó escrito de acusación, por iguales cargos que le fueron endilgados, cuyo conocimiento fue asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que convocó para las correspondientes audiencias de formulación de acusación (abril 18 de 2016), preparatoria (septiembre 02 de 2016), juicio oral (marzo 01 de 2017), al cabo del cual se emitió un sentido de fallo condenatorio y se dictó la respectiva sentencia en marzo 22 e 2017, por medio de la cual: a)- se condenó al acusado ALL por la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador a una pena de 48 meses de prisión y multa de $49´790.000,oo a favor del Consejo Superior de la Judicatura; b)- a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la sanción privativa de libertad; y c)- se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, y se dispuso librar orden de captura en su contra.

Los fundamentos que tuvo en consideración la a quo para proferir fallo adverso los hizo consistir en que no existió duda alguna que el señor ALL, en su condición de representante legal de la empresa “Multimedia de las Telecomunicaciones Limitada” recaudó por concepto de impuestos sobre las ventas -en adelante IVA- por los períodos 6 de 2005, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2006 y 1 y 2 de 2007 y por concepto de retención en la fuente -en adelante RETEFUENTE- de los períodos 2, 3 y 5 de 2006, la suma de $24´895.000,oo que no consignó dentro de los plazos de ley, con lo cual vulneró el bien jurídico de la administración pública.

Respecto a su responsabilidad, y conforme las pruebas arrimadas a juicio, no hay duda que el señor ALL, sabía de su obligación de consignar las sumas que recaudó por concepto de IVA y RETEFUENTE, en tanto presentó las declaraciones bimensuales sin pago y pese a estar vencido el plazo para efectuar su depósito, ha omitido cumplir la ley, y si bien la defensa esgrimió que tales documentos no son legítimos al no haber sido allegados en original, sino en fotocopias, desconoce la letrada que estos tienen plena validez como prueba, con lo que se demuestra la existencia de las obligaciones tributarias no acatadas, no solo por haber sido aducidas por el funcionario de la División Jurídica de la DIAN, sino que tienen el sello de autenticación de dicha entidad, donde consta que es fiel copia tomada del original que allí reposa, por lo cual son legítimos y respaldan tales obligaciones.

El no haberse demostrado que ALL compareció ante la DIAN para realizar un acuerdo de pago no le resta validez a lo adeudado, al no haber consignado los dineros que recaudó, que son propiedad del Estado y que no ha pagado. Igualmente, se estableció con el certificado de existencia y representación que el acá procesado funge como Gerente de “Multitienda de las Telecomunicaciones Limitada”.

En este caso no nos encontrarnos frente a una deuda civil, como lo argumenta la letrada, en tanto el mismo se apropió de un dinero cuya obligación era recaudarlo y consignarlo en las fechas estipuladas por ley; y aunque se desconoce si la empresa tuvo problemas económicos, tales sumas no podían ingresar a sus cuentas por no ser parte del flujo de caja, sino de propiedad del Estado y debió ser consignado a órdenes de la DIAN, lo cual no se hizo.

1.4-. La defensa se mostró inconforme con esa decisión y la impugnó. Sustentado el recurso en debida forma, la actuación fue remitida a esta Sala para desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensora -recurrente-

Pide se revoque la determinación proferida por el juez de primer nivel, y en su lugar se absuelva a su defendido, con fundamento en lo siguiente:

Obran serias dudas acerca de la responsabilidad de **ALL** en la ilicitud endilgada, pues si bien se arrimaron como soporte de la denuncia de la DIAN las declaraciones privadas sin pago, en ninguna se acredita que hayan sido presentadas directamente por el acusado, y en sus alegaciones finales hizo alusión a su autenticación, donde se da fe que son las que reposan en el expediente administrativo, y por ende solo pueden tenerse como tal.

Su prohijado fue declarado persona ausente, no ha sido posible ubicar su paradero, y aunque en el certificado de existencia y representación legal de “Multitienda de las Telecomunicaciones Limitada” se menciona como su gerente, también concurre una subgerente, que en su ausencia tenía sus mismas funciones, y se pregunta, cómo puede asegurarse cuál de esas dos personas autorizadas suscribió las declaraciones ante la DIAN?, en tanto no puede decirse que la firma allí estampada corresponda a la de él, ya que podría tratarse de una suplantación, como se ha visto en muchos casos.

No se observa que además del oficio penalizable que le notifican a su prohijado por edicto, se haya tratado de realizar acercamiento donde hiciera acuerdo de pago, o por lo menos se intentara, lo que permitiría demostrar que estuvo en sus oficinas, que conocía tal obligación o que en determinado momento aceptó haber sido el encargado de tales declaraciones.

Aunque exista un certificado de Cámara de Comercio que habla de la representación legal en cabeza de **ALL**, ello no puede ser un medio suficiente para hablarse del conocimiento de la obligación tributaria, porque perfectamente pudo darse una suplantación y la Cámara de Comercio actúa de buena fe en el registro de dichos datos que generalmente se soportan en actas de socios o asambleas generales realizadas. En este caso solo contamos con un nombre y un número de cédula sin que nadie pueda señalar que esa misma persona fue quien presentó las declaraciones.

Si en gracia de discusión se dijera que **ALL** fue responsable de las declaraciones privadas, hay un elemento del tipo que no fue demostrado, esto es, el actuar doloso que no es otro que este supuesto recaudo se haya llevado a cabo por la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Limitada”, pues cada empresa tiene diversas formas de vender, en ocasiones a crédito, lo que puede llevar a que terminen quebradas sin recaudar los dineros de los impuestos exigidos por el Estado, y sin que pueda asegurarse por la DIAN que quien dejó de pagar los mismos realmente los hubiera recaudado al no existir prueba de ello.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Pide se confirme la decisión emitida por la funcionaria de primer nivel, con fundamento en lo siguiente:

No hay duda que la conducta endilgada al señor **ALL**, fue cometida por él, toda vez que al ostentar la representación legal de la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Limitada” era responsable de recaudar el IVA y RETEFUENTE, y no obstante haberlo ejecutado se apropió indebidamente de los mismos, con lo cual causó un perjuicio al Estado, y contrario a lo dicho por la defensa, se corroboró la ocurrencia del ilícito y ello le permito a la juez convencerse acerca de su responsabilidad.

La tesis defensiva en el sentido que pudo haber sido la suplente del señor **ALL** y no este quien presentó las declaraciones, no se puede acoger pues con la denuncia se arribó copia auténtica de las mismas, las que contenían el nombre y firma del acá procesado, sin haber sido tachadas de falsas en el trámite del proceso. Véase incluso que la Sala penal del Tribunal se ha pronunciado sobre dicho tema, y por ello, independientemente de quien haya suscrito las declaraciones, el representante legal es responsable de la información allí plasmada y del recaudo que no se trasfirió al Estado, y en este caso se acreditó que el señor **ALL** desarrollaba tales funciones para la época de los hechos.

De lo referido por la defensa, en cuanto a que no se demostró que la DIAN efectuara actividades diferentes al cobro persuasivo penalizable o acercamientos con el obligado, en juicio se estipuló el testimonio de la Jefe de la División de Registro y Cobranza de dicha entidad, encargada del referido cobro, y pese a la falta de comunicación de la DIAN, ello no lo exime de responsabilidad penal, pues cada contribuyente es conocedor de sus obligaciones tributarias y por ende sabía que al presentar declaraciones de IVA y RETEFUENTE sin pago, quedaba obligado a esas sumas.

El procesado se inscribió en el RUT como representante de “Multitienda de las Telecomunicaciones Ltda”, lo que se realiza personalmente con el conocimiento de las responsabilidades que adquiere, y se probó que fue quien presentó las declaraciones sin pago, pese a saber que debía recaudar y trasladar dichos dineros al erario público, lo cual no hizo y con ello defraudó la confianza del Estado y atentó contra la estado social de derecho al no contarse con esos recursos para la inversión social y sostenimiento de la Nación.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión de condena declarada en contra del acusado **ALL** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo al proferimiento de una sentencia absolutoria, como lo pide la abogada recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de debate, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se avizora de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la posibilidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Como se indicó al comienzo de esta providencia, los hechos que se le endilgan al señor **ALL** se concretan en que el mismo, en su condición de representante legal de la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Ltda”, recaudó por concepto de IVA la suma de $24´087.000.oo en los períodos 6 de 2005, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2006, y 1 y 2 de 2007; y por concepto de RETEFUENTE $808.000.oo en los períodos 2, 3 y 5 de 2006, para un total de $24´895.000.oo, sin haber efectuado las consignaciones al Gobierno Nacional dentro de los plazos de ley.

Como quiera entonces que la conducta atribuida al señor **ALL** es la contenida en el canon 402 C.P., esto es, la omisión del agente retenedor o recaudador y con miras a resolver los planteamientos defensivos, la Corporación partirá de los siguientes presupuestos básicos para el correcto entendimiento de la infracción penal a la que se hace referencia:

- Son los representantes legales de las entidades comerciales que recaudan o retienen sumas de dinero por concepto de retención en la fuente en las operaciones de pago, impuesto a las ventas o impuesto al valor agregado (IVA), acorde con la autorización contenida en el artículo 368 del Estatuto Tributario, o quien haga sus veces por haberle sido encomendada esa labor en forma expresa, los directos responsables de la obligación tributaria y por lo mismo de presentar las declaraciones y liquidaciones ante la DIAN por los correspondientes períodos, con el subsiguiente pago en el plazo fijado por el Estatuto Tributario -dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo fijado por el Gobierno Nacional para entregar las declaraciones ante la DIAN-

- El tipo penal de omisión de agente retenedor o recaudador es de sujeto activo calificado, como quiera que solo puede ser imputado a quien posee la *facultad-deber* de recaudar o retener esas sumas, a consecuencia de lo cual ostenta temporalmente la condición de servidor público por delegación del Estado -art. 20 Código Penal- en virtud del principio de confianza. Y así debe ser por la imposibilidad en que se encuentran los agentes oficiales vinculados a la DIAN para controlar de manera directa esa recaudación con un delegado en cada empresa.

Sobre el particular importa traer a colación lo que se ha sostenido a nivel jurisprudencial:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular **considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios**, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170, donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003 […]”[[1]](#footnote-1) -negrillas excluidas-

- La no entrega y consiguiente apropiación de esos dineros constituye en su esencia básicamente un peculado, en cuanto se trata de caudales oficiales con una destinación específica, y que por lo mismo no pueden enriquecer el patrimonio del recaudador, del retenedor o de terceros.

- Las declaraciones privadas que con ocasión de ese trámite se surtan, están regidas por el principio de buena fe al tenor del artículo 85 Superior, y en consecuencia se presume su validez y autenticidad. Se trata de formularios que deben ser elaborados previa verificación de las operaciones contables con sus respectivos soportes, y no son por tanto de libre confección o configuración.

En el caso objeto de estudio, se tiene que para la a quo, la Fiscalía logró no solo acreditar la materialidad de la infracción, sino la responsabilidad en la ilicitud por parte del señor **ALL**, por cuanto el mismo, pese a tener la representación legal de la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Ltda.”, no consignó dentro de los plazos de ley los valores que recaudo por concepto de IVA y RETEFUENTE por los períodos antes aludidos, no obstante tal determinación no fue de recibo por la defensora del acusado al considerar que: (i) no se logró establecer que las declaraciones presentadas hayan sido suscritas por su defendido, pues pese a figurar como gerente de dicha empresa existe una subgerente que ante su ausencia cumplía sus mismas funciones y no se sabe cuál de esas dos persona las suscribió, ni que la firma estampada corresponda a la de él; (ii) no se hizo acercamiento con este para un acuerdo de pago, lo que permitiría demostrar que conocía dicha obligación o aceptó haber sido el encargado de tales declaraciones; y (iii) no se corroboró que los períodos que según la DIAN dejó de pagar su cliente, en efecto los hubiera recaudado.

En relación con cada una de esas posturas formuladas en contra del fallo proferido en la primera sede, y luego de sopesar la argumentación tanto de la funcionaria que lo sentenció, de la fiscal que acompaña tal determinación, y de la apoderada del procesado que se opone mediante la interposición del recurso, se puede asegurar lo siguiente:

*- Veracidad de las declaraciones de impuestos presentadas*

Estima la letrada que si bien es cierto al juicio oral se allegaron fotocopias de las declaraciones de impuestos, frente a lo cual se pronunció en sus alegaciones finales al considerar que no se comprobó su autenticidad, de lo plasmado en su disenso entiende la Corporación que para la letrada las mismas son aquellas que reposan en el expediente administrativo de la DIAN y que la autenticación que estas soportan dan fe que son las que allí se encuentran, pero no que hubieran sido suscritas por su defendido, en tanto bien pudo hacerlo otra persona, en este caso la subgerente de la sociedad quien tenía iguales funciones que el gerente, o que se hubiera generado una suplantación.

Al respecto, debe decirse *ab initio* que en cuanto a la presunción de veracidad y autenticidad que ampara los documentos públicos, a voces de los artículos 425 C.P.P. y 243 C.G.P. se debe asegurar que tanto el RUT como las declaraciones tributarias allegadas en forma periódica ante la DIAN contentivas de las sumas obtenidas ostentan esa categoría privilegiada de documentos públicos, como quiera que son presentadas y suscritas por el recaudador o retenedor de impuestos que posee la calidad de servidor público en forma temporal o transitoria mientras cumple esa función delegada por el Estado en virtud a un principio de confianza que resulta inevitable y forzado.

En relación con la postura defensiva y como así se acreditó en juicio e incluso fue motivo de estipulación probatoria, debe indicar la Sala que desde el mismo momento en que por parte de la Jefe de la Unidad Penal de la División Jurídica de la DIAN se interpuso la denuncia en contra del señor **ALL** se allegaron fotocopias de las declaraciones bimensuales de IVA y RETEFUENTE que este presentó sin pago ante las entidades bancarias, y en las cuales se plasmó que correspondían a: “fiel copia tomada de su original que reposa en esta división”. Ello para significar que su original sí reposaba a órdenes de la DIAN, dentro del proceso de cobro coactivo que allí se tramitaba.

No puede predicarse, como lo hace la distinguida letrada, que hubiera sido persona distinta al señor **ALL** quien suscribió dichas declaraciones de impuestos, en primer lugar por cuanto el mismo era quien para dicha época ostentaba la representación legal de la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Ltda”, como así se desprende no solo del certificado de existencia de la sociedad, sino que igualmente así aparece plasmado en el RUT -registro único tributario- documento que se tiene establecido por ley para estos particulares efectos, y de este se avizora que el responsable directo de esos aportes no podía ser persona distinta al acá acusado; por ende, son plenamente válidos y deben tenerse como suficientes para demostrar la calidad y condición en que actuó el señor **ALL**.

Y aunque se diga que bien pudo haber sido objeto de suplantación, en los trámites ante la Cámara de Comercio o incluso en la suscripción de las declaraciones bimestrales, ello solo queda en el campo de las especulaciones, en tanto ningún elemento de prueba se arrimó para corroborar una afirmación de tal naturaleza, ni mucho menos se tacharon de falsos tales documentos, como bien lo indicó la fiscal no recurrente.

No obstante y como así se indicó en juicio por parte del abogado de la DIAN NAUDÍN ANTONIO GÒMEZ, el representante legal de la empresa, que en este caso era el señor **ALL**, es el responsable ante la autoridad tributaria de suscribir las declaraciones de IVA o RETEFUENTE, en tanto si lo hace una persona distinta a este, sin estar debidamente autorizado y reconocido por la DIAN, carecería de efectos jurídicos y se tendría por no presentada, tal cual así lo establece el canon 580 E.T.

Como se aprecia, no fue persona distinta al señor **ALL** quien se inscribió ante el registro único tributario (RUT), y ello implicaba que este era conocedor de sus cargas tributarias, los deberes adquiridos con el Estado, y las consecuencias que generaría el no pago de los dineros que hubiera recaudado en ejercicio de las funciones de agente retenedor.

* *Autenticidad de la firma puesta en las declaraciones*

Cuestiona la letrada la autenticidad de las declaraciones tributarias aportadas al proceso con base en el argumento de no haberse establecido si en verdad la firma que allí aparece había sido estampada por el acusado, con lo cual se genera la posibilidad de haber sido elaborada por persona diferente.

Es evidente que en principio la carga de acreditar los elementos configurativos del tipo, la autoría y la responsabilidad, atañen en forma personal y directa a la delegada de la Fiscalía General de la Nación, como una derivación imperiosa de la presunción de inocencia que protege a todo ciudadano a voces del inciso 4º del artículo 29 Superior, y el artículo 7 C.P.P.; no obstante, esa regla general tiene su excepción, y consiste en que bajo el esquema del proceso adversarial que está en la base del sistema penal con tendencia acusatoria que nos rige, tiene aplicabilidad el principio de *incumbencia probatoria*, según el cual:“[…] le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico […]”.[[2]](#footnote-2)

Con fundamento precisamente en ese argumento, esta misma Corporación desde tiempo atrás[[3]](#footnote-3) ya había sostenido situación similar en lo atinente al delito de omisión de agente retenedor, y recientemente lo reiteró en los siguientes términos:

“[…] si la Defensa pretendía cuestionar la autenticidad de las declaraciones tributarias aportadas por la Fiscalía al proceso con base en el argumento consistente en que las grafías que aparecían consignadas en las mismas no podían corresponder a las de la Procesada, acorde con lo preceptuado por el aludido principio de *la incumbencia probatoria*, era obvio que le asistía la carga de demostrar, mediante el empleo de los medios de conocimientos pertinentes, que las signaturas fueron hechas por alguna otra persona diferente a la acusada. Pero vemos que la realidad probatoria nos demuestra que la Defensa no cumplió con dicha carga, razón por la que se puede concluir que todo lo dicho, en tales términos, por los apelantes para cuestionar la autenticidad de los documentos de marras son unas simples y meras especulaciones que en nada afectan la presunción de autenticidad que amparan a las enunciadas declaraciones tributarias […]”. [[4]](#footnote-4)

La anterior afirmación guarda coherencia con la denominada *carga dinámica de la prueba*, en cuanto, una vez que el órgano de persecución penal cumple con el deber de demostrar los elementos básicos de la acusación, al procesado se le impone el compromiso de soportar lo contrario en caso de que pretenda desvirtuar lo aseverado por medio de la denominada defensa activa o proactiva (consistente en intentar acreditar los supuestos de hecho en los cuales funda su medio de refutación). No se trata por tanto de invertir la carga de la prueba, sino de poner las cosas en su justa dimensión, como quiera que a la Fiscalía no se le puede atribuir la obligación de allegar prueba en contravía de sus pretensiones procesales, aunque desde luego en virtud del principio de lealtad procesal sí está en el deber de poner al descubierto toda aquello que haya entrado a su conocimiento y que directa o indirectamente pudiera beneficiar al acusado.

Sobre el particular la jurisprudencia nacional ha concluido:

“[…] si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

“Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba[[5]](#footnote-5), reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, **es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso**.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado -no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, **sino para desvirtuar lo ya probado por éste**-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, **sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador**”[[6]](#footnote-6) -énfasis suplido-.

Nótese que la Corte en sus fallos, previo concepto favorable en todos esos casos de la Procuraduría Delegada, insta a hacer una reflexión más racional de la prueba y destaca algo que para esta Sala de Decisión es bien importante: una cosa es que el Estado no tenga pruebas del ilícito y quiera suplir esa deficiencia invirtiendo la carga de probar -*onus probando* asignado al Estado- para adjudicársela al acusado, y otra diferente es, que al obrar elementos de convicción que enseñan la ilicitud, el deber de desvirtuar esa inferencia está a cargo de la parte contra la cual se aduce.

Lo anterior es aún más relevante para el caso del delito que se juzga, cuando el órgano de cierre desde hace ya buen tiempo optó por aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba precisamente en los delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, como pasa a verse:

“Como lo recuerda el Delegado, en el presente caso, la absolución del procesado ORLANDO ISAZA ESTRADA tuvo como soporte las exculpaciones esgrimidas por el mismo en el curso de la audiencia pública, y de acuerdo a las cuales no todos los dineros declarados del impuesto sobre las ventas –IVA- durante los períodos concretados en la acusación, fueron realmente recaudados, dado que debido a la difícil situación económica que vivió el país en ese momento, muchos de sus clientes, a quienes vendía a crédito los productos de su empresa, no le cancelaron sus acreencias, **lo cual, dijo, constaba en los libros contables de la firma, aspecto que no fue aclarado por la Fiscalía, generándose una duda que llevó a considerar que los dineros declarados no ingresaron al patrimonio del procesado**.

Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos[[7]](#footnote-7).

[…]

Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, **ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión**.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de **“*carga dinámica de la prueba*”**, que ya ha sido desarrollado por la Sala[[8]](#footnote-8) reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, **posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella**”.[[9]](#footnote-9) -negrillas fuera del texto-

En consecuencia, y conforme lo mencionado, ha de concluirse que quien pretenda desconocer esa realidad probatoria, tiene la carga de demostrar lo contrario, esto es, que tanto la representación legal que dimana del RUT como las firmas que allí obran, al igual que el contenido declarativo de los documentos tributarios allegados ante ese ente oficial, no son reales y presentan alguna alteración o falsificación, que es lo que en el fondo aquí vanamente se intenta asegurar.

* *Falta de acercamiento con el acusado para un acuerdo de pago ante la DIAN y no acreditación que este hubiera recaudado las sumas reportadas*

Aduce la letrada que no se confirmó que su cliente hubiera sido llamado por la DIAN con miras a realizar un acuerdo de pago de las sumas adeudadas, con lo cual se confirmaría que reconocía las obligaciones tributarias. Al respecto debe decirse que aunque en juicio no se soportó que ello hubiera tenido ocurrencia, el abogado NAUDÍN ANTONIO GÓMEZ señaló en juicio que al revisar el expediente administrativo constató que el señor **ALL** sí compareció ante la entidad, de lo cual existen constancias en dicho expediente en el sentido que se comprometía a cumplir sus obligaciones, aunque ello, se itera, no se incorporó a la actuación.

No obstante, para la Corporación tal situación no es determinante, y mucho menos puede derruir la prueba aportada, con la cual se establece que el señor **ALL** como representante legal de la sociedad “Multitienda de las Telecomunicaciones Ltda” fue el encargado del recaudo de los impuestos, que en momento alguno consignó a órdenes de la DIAN como era su obligación legal, y de lo cual estaba perfectamente enterado desde el mismo instante en que se inscribió en el Registro Único Tributario.

Así mismo, y no obstante que la parte inconforme expresa de manera adicional, que no se acreditó que los dineros que por concepto de IVA y RETEFUENTE que reportó su defendido hubieran en efecto sido recaudados por este, como bien se plasma en la jurisprudencia atrás aludida, era su deber demostrar que una tal circunstancia se generó, pero como viene de verse, ello no pasó de ser una mera suposición cuando en realidad requería una comprobación o demostración confiable, y tal situación muy seguramente se vio menguada por la no presencia del acusado desde los albores del proceso, lo que por supuesto limitaba las gestiones defensivas a su favor.

En conclusión, del análisis conjunto de la prueba se puede establecer que se encuentra corroborada tanto la ocurrencia de la conducta punible por la que se procede, como la responsabilidad del procesado **ALL**, y por consiguiente se confirmará el fallo confutado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 33468. [↑](#footnote-ref-1)
2. C.S.J., S.P. sept. 8 de 2015, rad. 39419 [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. T.S., S.P., jul 08 de 2010, rad. 6600131040052, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. T.S.,S.P., mayo 11 de 2018, rad. 66201101129701, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera [↑](#footnote-ref-4)
5. El principio de la carga dinámica de la prueba, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para comprobar o no un hecho, a nivel interno, por tradición, sólo se ha aplicado en el campo del proceso civil y del administrativo. También se ha empleado por la Corte Constitucional, en asuntos relacionados con el principio de buena fe en el caso de desplazados, ya que si se presume ésta en la actuación de los particulares, se invierte la carga de la prueba, y por ende son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene calidad de desplazado (T-321 de 2001). [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. al respecto las sentencia de casación penal: 23.174 de 28-11-07, 23.754 de 09-04-08 y 25.360 de 30-04-08, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754. [↑](#footnote-ref-8)
9. C.S.J*.*, casación penal del 13-05-09, radicación 31.147 [↑](#footnote-ref-9)