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 AGENTE RETENEDOR / PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD Y CERTEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA A CARGO DE LA DEFENSA SI PRETENDE DESCONOCER TALES DOCUMENTOS.**

… el tipo penal analizado establece una conducta relacionada con el incumplimiento de una obligación legal por parte de una persona que está revestida de manera transitoria de facultades de servidor público, con el fin de que a nombre del Estado recaude los dineros que por retención en la fuente o impuestos sobre las ventas o prestaciones de algunos bienes o servicios, deben pagar los contribuyentes. (…)

… aquellos particulares obligados a recaudar sumas de dinero de los contribuyentes por concepto de impuestos como por ejemplo el IVA o la retención en la fuente, adquieren para ese acto puntual y especifico la calidad de servidor público transitorio y por ende sus actuaciones, como lo es el llenar y presentar la declaración de esas sumas recaudadas en un determinado período, deben ser consideradas actuaciones de un servidor público y por tal razón los documentos que bajo tal calidad signan, adquieren esa misma designación. (…)

De tal manera, si se quiere poner en duda la autenticidad de la copia o del original de la declaración de impuestos presentada dentro del proceso penal con base en que no se puede tener seguridad de que en efecto fue el procesado tanto el creador como el firmante de dicho documento, considera la Sala que es deber de la defensa traer al juicio las pruebas para ello, y no, como lo dijo el fallador de primer nivel en este asunto, que le correspondía al Ente Acusador traer al juicio los medios de corroboración necesarios para que no quede duda alguna de tal situación…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 465

Hora: 2:00 p.m.

Procesado: CACB

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

Radicado: 66001-6000-036-2010-04501-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y el Representante de víctimas en contra de fallo absolutorio

Temas: Validez probatoria de la copia de la declaración de impuestos

Decisión: Revoca fallo opugnado y condena

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el Representante de víctimas en contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se absolvió al señor **CACB** de los cargos endilgados en su contra por presuntamente haber incurrido en la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que originaron la presente actuación procesal tuvieron su génesis en una denuncia penal que formulara la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, el 24 de agosto de 2010, toda vez que logró establecer que el señor CACB, como responsable del cumplimiento de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto del IVA, generadas por la actividad económica de “comercio al por mayor de prendas de vestir, accesorios de prendas de vestir y artículos relacionados con piel”, incumplió con el deber legal que le correspondía de consignar al erario público las sumas recaudadas por tal concepto durante los periodos 06 del 2008 y 02 del 2009 por un valor total de $275.000 más los intereses de mora.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La Fiscalía, en las calendas del 15 de marzo de 2017, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, previo emplazamiento del señor CACB, solicitó su declaratoria de persona ausente. Posteriormente en esa misma oportunidad el Ente Acusador le enrostró cargos al señor CACB por incurrir en la presunta comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.
2. El escrito de acusación se presentó el 21 de marzo de 2017, cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 12 de junio de esa misma anualidad se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía reiteró en contra del procesado los cargos enrostrados en la audiencia de imputación.
3. La audiencia preparatoria se inició el 23 de agosto de 2017 y se culminó el 21 de noviembre de ese mismo año, mientras que la audiencia de juicio oral, después de varios aplazamientos, se efectuó el 18 de septiembre de 2019. Al finalizar dicha vista pública, la *A quo* anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio.
4. El 11 de diciembre de 2019 se dictó la sentencia en la que se absolvió de cualquier responsabilidad penal en este asunto al procesado, en contra de la cual interpusieron sendos recursos de apelación la Delegada de la FGN y el Representante de la víctima, quienes los sustentaron de manera oral en ese mismo acto.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como ya se dijo en el parágrafo anterior, se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta localidad, el 11 de diciembre de 2019, en la cual se absolvió al señor CACB de los cargos que fueran endilgados en su contra por presuntamente haber incurrido en la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

Los argumentos invocados por el *A quo* en la sentencia opugnada, se fundamentaron en aseverar que las pruebas habidas en el proceso no acreditaban que en efecto fuera el señor CACB fuera la persona quien hubiese presentado esas dos declaraciones de IVA, que se dice omitió pagar, ello por lo siguiente:

* Las copias de las declaraciones de la declaraciones del IVA que supuestamente fueron presentadas por el procesado y las cuales corresponden a los períodos tributarios 06-2008 y 02-2009, no pueden ser tenidas como auténticas, toda vez que no cumplen con los requisitos para ser presentados en juicio como documentos públicos cuya autenticidad se presume, pues para tal cosa debía haberse presentado el documento original, pues de acuerdo a lo establecido en el art. 425 del C.P.P., la única copia que goza de presunción de autenticidad son los certificados de registros públicos.
* Las copias de los documentos de declaración del IVA, una de ellas pixelada y en gran parte incomprensible, fueron introducidas con la abogada de la DIAN Seccional Pereira, quien fue la persona que interpuso la correspondiente denuncia, por ende no se cumplió tampoco con ninguno de los requisitos establecidos en el art. 426 del C.P.P. para su autentificación o identificación; aunado a ello, tampoco se cumplió con lo establecido en el art. 429 de esa misma obra procesal, para la presentación de documentos en el juicio oral.
* Ninguno de los demás EMP presentados por el Ente Acusador para acreditar la existencia de la conducta punible por parte del procesado tuvieron el poder suasorio suficiente para establecer que en efecto el señor CACB incurrió en el delito por el cual se le acusó, pues los otros documentos aportados no demuestran que en efecto el procesado signó las mencionadas declaraciones del IVA, sino que dan cuenta de la información que reposa en las bases de datos de contribuyentes de la DIAN, sin que se puede tener certeza de dónde se sustrajeron los datos para alimentar ese sistema, pues no hay nada que asegure que en efecto lo allí consignado corresponda a lo efectivamente declarado por el contribuyente.

Frente a lo anterior, la Delegada de la FGN y el Abogado que representa a la víctima, en este caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, manifestaron su deseo de apelar esa decisión, sustentando el recurso de manera verbal en la misma audiencia.

**LA APELACIÓN:**

**- La Fiscalía como recurrente**, mostró no solo su disgusto sino también su enojo con la decisión adoptada por el *A quo*, pues considera que los argumentos esgrimidos para sustentar la absolución resultan ilógicos e irrisorios, porque:

* Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia decantó el tema del carácter de documento público que tienen las declaraciones presentadas por los contribuyentes ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, indicando que las mismas se consideran como documentos públicos por ser suscritas por personas envestidas de forma transitoria de la categoría de servidores públicos, por ende tales documentos deben presumirse como auténticos.
* Para el caso concreto, el señor CACB tenía esa función cuando suscribió y presentó las declaraciones del IVA que en su calidad de comerciante estaba obligado a presentar, pero omitió consignar a favor del Estado esas cantidades que indicó haber recaudado en dos periodos, y aunque ambas sumen una cantidad exigua, él debía pagar ese dinero y no lo hizo.
* El hecho de que el procesado hubiese sido declarado persona ausente, no quiere decir, como lo indicó el *A quo*, que para la Fiscalía exista una mayor carga probatoria para demostrar su teoría del caso, pues tal afirmación carece de sustento lógico y legal.
* Por otra parte, olvidó el fallador que las estipulaciones probatorias tienen el valor que las partes les den, y eso debe ser así le guste o no al Juez, quien debe proceder a aceptarlas sin oponerse a ello, y para el caso concreto la Defensora del procesado aceptó la autenticidad de los documentos allegados por la Fiscalía sin decir nada en contra; tan es así, que no presentó nada para argüir que esas declaraciones que se dice firmó su representado pudieran ser falsas o su contenido falaz total o parcialmente, de tal suerte, al ser esos documentos públicos por las razones ya explicadas, su autenticidad se debe presumir.

Con base en todo lo anterior, la delegada del Ente Acusador solicitó se revoque el desatinado fallo de primera instancia, pues con las pruebas allegadas al proceso quedó demostrada con suficiente claridad la responsabilidad penal del señor CACB en los cargos endilgados en su contra.

**- Representante de la víctima como recurrente**, al igual que la Fiscal, solicitó al *Ad quem* revocar la decisión de la primera instancia, la cual considera no debió ser de carácter absolutorio, puesto que es claro que el procesado omitió el deber de consignar unos dineros que no eran suyos y que le pertenecían al erario público, es por ello, que indicó acompañar en su totalidad lo dicho por la Fiscalía y agregó que:

* Los documentos allegados al proceso, en especial las copias de las declaraciones del IVA presentadas por el procesado y las cuales no canceló, gozan de presunción de autenticidad y sus originales reposan al interior de la DIAN y por ello se allegaron al proceso por medio de un funcionario competente.
* Aunque la abogada de la DIAN que declaró en el juicio, ante una pregunta del fallador indicó que no podía aseverar que las declaraciones originales materia de la denuncia acá analizada, en efecto se encuentren dentro de los archivos de la entidad, ello no puede tomarse como que eso no es así, pues si las copias de los mismos se aportaron al expediente y como soporte de la denuncia, es porque al interior de la DIAN existen los originales, muestra de ello es que las referidas reproducciones tienen el sello del área de Gestión Documental de la DIAN para demostrar que son copia fiel de un original; acreditándose de tal manera su autenticidad lo que también se confirma con el hecho de ser introducidos al debate probatorio por intermedio de una funcionaria autorizada por la DIAN para hacerlo.

**LA RÉPLICA:**

Durante el traslado para alegar como no recurrente, la Defensora del señor CACB solicitó se confirme la decisión de primera instancia, pues la misma, contrario a lo indicado por los apelantes, no es una sentencia amañada ni descabellada, sino que se trata de un fallo en donde el *A quo* realizó un análisis juicioso y muy bien estructurado de los elementos necesarios para determinar el por qué en este asunto no cabía dictar una condena en contra de su prohijado. Considera ella, que es cierto que los documentos fundamentales de la acusación, esto es las declaraciones del IVA, que se dice fueron presentadas pero no pagadas por su defendido durante dos periodos, no se allegaron en originales sino en unas copias que resultan poco claras en cuanto a su contenido, falencia que implica que ellas por sí solas no gocen de presunción de autenticidad como pretenden los apelantes, pues no se entiende por qué razón sí la DIAN tiene en un archivo las declaraciones originales que los ciudadanos presentan, sean estos o no responsables del pago del IVA, jamás las aportan en original a los procesos y las dejan archivadas para presentar en estos copias que en la gran mayoría de ocasiones llegan en malas condiciones de legibilidad.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del numeral 1º del artículo 34 C.P.P. es la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades que de una u otra forma puedan viciar de nulidad la actuación procesal.

**- Problema jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso esgrimidos por los recurrentes y lo que a su vez dijo la Defensa como sujeto no apelante, considera la Sala que debe entrar a determinar:

¿Sí en el presente asunto las copias presentadas de las declaraciones de Impuesto al Valor Agregado (IVA), en donde aparece como declarante el señor CACB, son suficientes para concluir que la conducta atribuida al aquí acusado era configurativa del tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador o por el contrario, y tal como lo afirmó el Juzgado de primer nivel, las mismas no gozan de la autenticidad suficiente para demostrar que en efecto el procesado incurrió en el reato que se le endilgó?

**- Solución:**

Antes de dar solución al problema aquí planteado pata la Sala resulta importante empezar recordando lo que establece el Código Penal respecto a la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, de la que dice:

**“ARTICULO 402. OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.**  El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

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

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

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

Así las cosas, el tipo penal analizado establece una conducta relacionada con el incumplimiento de una obligación legal por parte de una persona que está revestida de manera transitoria de facultades de servidor público, con el fin de que a nombre del Estado recaude los dineros que por retención en la fuente o impuestos sobre las ventas o prestaciones de algunos bienes o servicios, deben pagar los contribuyentes. Esto es, el agente retenedor actúa como un tercero intermediario entre la Dirección de Impuestos y todas las personas que de manera permanente o transitoria se encuentren dentro del territorio nacional, y que al adquirir un bien o un servicio les corresponde asumir el pago del impuesto al valor agregado.

Sobre las calidades especiales del sujeto activo del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, bien vale la pena traer a colación lo que ha dicho la Corte:

“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).

La omisión por parte de ese particular de consignar a nombre del Estado los dineros que por concepto del IVA recauda, faculta a este último, que en este caso es el titular del derecho, para iniciar en contra del deudor, diferentes acciones legales para lograr el efectivo pago de esas sumas que aquel ha declarado, a fin de evitar llegar a la acción penal, en busca de que se aplique una condena como castigo por apropiarse de dineros pertenecientes al erario público.

Atiendo lo que se viene diciendo, es claro que para esta Colegiatura aquellos particulares obligados a recaudar sumas de dinero de los contribuyentes por concepto de impuestos como por ejemplo el IVA o la retención en la fuente, adquieren para ese acto puntual y especifico la calidad de servidor público transitorio y por ende sus actuaciones, como lo es el llenar y presentar la declaración de esas sumas recaudadas en un determinado período, deben ser consideradas actuaciones de un servidor público y por tal razón los documentos que bajo tal calidad signan, adquieren esa misma designación.

Ahora bien, frente al tema de si las declaraciones de impuestos o sus copias pueden presumirse o no como documentos auténticos y por ende su arribo al proceso penal puede hacerse por persona distinta a quien lo creó y lo signó, es un tema que de tiempo atrás este Juez Colegiado ya había tenido la oportunidad de abordar, llegando en esa ocasión a la siguiente conclusión:

“(…) cuando el particular presenta su declaración tributaria, en este caso de recaudación del IVA, acción que hace voluntariamente según el ejercicio de comercio que haya efectuado dentro de los periodos correspondientes que asigna la DIAN, se presume que la información consignada allí está revestida de veracidad y que además tales documentos deben ser considerados como públicos; lo que a su vez ocasiona que los mismos, por su condición de públicos, se encuentren bajo la égida de la presunción de autenticidad, como bien se desprende de lo reglado por los artículos 425 C.P.P. y 243 C.G.P. por lo que es obvio que a la persona que quiera cuestionar dicha presunción le asiste la carga de aportar los elementos de juicio que considera que sean necesarios para desvirtuarla.

Para el caso en estudio se tiene que la Defensora apelante, en todo momento ha cuestionado la autenticidad de la firma plasmada por el señor XXXX, en la declaración tributaria del periodo 04 del año 2007, señalando para ello que no basta solo con que exista una declaración firmada por una persona obligada a recaudar dineros pertenecientes al erario público, para que se profiera una sentencia de carácter condenatorio en su contra, si no que se hace necesario verificar que la rúbrica allí plasmada realmente pertenece a ese declarante. Frente a esa tesis, cabe decir por parte de esta Colegiatura, que si bien es cierto el artículo 7º del C.P.P establece que por regla general le corresponde al estado demostrar la responsabilidad penal del acusado y de tal manera derrumbar la presunción de inocencia de quien está siendo procesado, no se puede desconocer que el esquema adversarial, que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige, y según los postulados que orientan el denominado principio de «la incumbencia probatoria»[[2]](#footnote-2), le corresponde a la Defensa, en los eventos en los cuales pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, traer al juicio aquellos medios de prueba pertinentes para demostrarlo, lo que en este caso serían aquellas que permitan advertir que las signaturas fueron hechas por alguna otra persona diferente al acusado...”[[3]](#footnote-3)

De tal manera, si se quiere poner en duda la autenticidad de la copia o del original de la declaración de impuestos presentada dentro del proceso penal con base en que no se puede tener seguridad de que en efecto fue el procesado tanto el creador como el firmante de dicho documento, considera la Sala que es deber de la defensa traer al juicio las pruebas para ello, y no, como lo dijo el fallador de primer nivel en este asunto, que le correspondía al Ente Acusador traer al juicio los medios de corroboración necesarios para que no quede duda alguna de tal situación, pues tal afirmación es tanto como decirle a la Fiscalía y a la DIAN que no puede denunciar a un evasor de impuestos, hasta tanto no estén seguros de dónde encontrar al declarante para asegurar que este comparezca a juicio o ante un notario para corroborar que en efecto la firma plasmada en el declaración de impuestos es suya, situación que es tanto como liberar entonces a la defensa de su deber de presentar pruebas para desvirtuar la teoría de la Fiscalía en este tipo de casos, en los que se desconoce el lugar de residencia del denunciado o en otros en los que entonces las personas se nieguen a brindar su testimonio o a reconocer la autenticidad del documento.

Reafirmando lo que se viene diciendo, esta Colegiatura en una decisión reciente en la que también se analizó un proveído del A quo similar a la aquí adoptado, se indicaron las razones por las cuáles la copia de la declaración de impuestos al igual que la original conservaba la calidad de documento público cuya introducción al juicio no requería de mayores ritualidades, diciendo:

“Pues bien, en criterio de la Sala, se equivoca en ese sentido el funcionario de primer grado, porque se debe partir del entendido que una vez por parte del contribuyente se presenta la declaración bimestral de impuestos ante la DIAN, su original reposa y debe seguir reposando en las dependencias autorizadas de esa entidad para su custodia y conservación, amén de la reserva que la misma ostenta al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 ET, que textualmente reza:

**“**RESERVA DE LA DECLARACIÓN. La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, **tendrá el carácter de información reservada**; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

**En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva** […]” -negrillas y subrayado suplidos-

Emerge de lo anterior, que el original de la referida declaración no puede ser exigido para proceder al trámite de un proceso penal, en tanto la misma normativa contempla que para tal efecto se hará uso de las copias que expida la correspondiente dependencia.

El artículo 127 de la Resolución 11 de 2008 expedida por el Director General de la DIAN, creó la Coordinación de Documentación en el despacho de la Subdirección de Gestión de Recursos, para el acatamiento, entre otras, de las siguientes funciones: “16. Facilitar la consulta de los documentos que reposen en esa dependencia y **expedir copias físicas o virtuales**, certificaciones sobre la información que reposa en el archivo a nivel interno y externo, en cumplimiento de las normas y procedimientos definidos para este tipo de servicio” -negrillas de la Sala-. Posteriormente, tal oficina fue suprimida mediante Resolución 125 de 2013, y en su lugar se creó la Coordinación de Comunicaciones Oficiales y Control de Registros en la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos, a la que se le reiteró esa específica función.

Ello permite asegurar que en el interior de la DIAN existe una Dirección encargada de expedir las copias requeridas para cumplir con la función misional de la DIAN, y, por consiguiente, si en tal entidad reposan los originales de las declaraciones bimestrales presentadas por los contribuyentes, amén de la reserva legal que al respecto existe, la obligación de la Unidad Penal de tal Dirección, para efectos de interponer la denuncia por la conducta punible de omisión del agente retenedor en contra de la señora **XXX,** se circunscribía a presentar la copia con la constancia o certificación que diera cuenta que esta fue tomada del original que allí reposa, como así se hizo.

Es evidente que en este asunto no se realizó la autenticación de tal declaración bimestral, en tanto tal capacidad fedataria solo se pregona de los jueces y notarios, pero en relación con la acreditación que la DIAN posee los originales pertinentes, basta la constancia o certificación que al respecto se incluyó en el mencionado documento, al expresarse que: “Es fiel copia tomada del original que reposa en esta división”, con miras a pregonar que en verdad se trata del documento que en su momento entregó la contribuyente y que se encuentra en custodia.

Incluso, hay lugar a sostener que en atención a esa reserva legal, el original no puede ser entregado para trámites como el proceso penal, como quiera que la misma se encuentra establecida, entre otras razones, para evitar un real o potencial perjuicio a la administración. De ahí precisamente lo establecido en el nomenclado 583 ET, en el sentido de disponer que para los efectos del proceso penal se suministre copia de las referidas declaraciones, a consecuencia de lo cual las mismas siguen ostentando la condición de documentos públicos, para cuya incorporación en juicio no se requiere testigo de acreditación.”[[4]](#footnote-4)

Amén de lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que el Juzgado de primer nivel con el proveído confutado desconoció que en el presente asunto bien pudo aplicar las disposiciones del inciso 2º del artículo 244 C.G.P. en virtud de la cual se presumen como auténticas las copias de los documentos, sean estos públicos o privados, que se alleguen a una actuación procesal. Norma que de no ser ignorada por el *A quo,* seguramente que hubiera incidido para que concluyera que la fotocopia de la declaración tributaria presentada por la DIAN se encontraba revestida de la presunción de autenticidad, salvo que se tache de falso su contenido, y se demuestre su falsedad.

Es de anotar que dichas disposiciones consagradas en el C.G.P. son aplicables al procedimiento penal, como bien nos lo enseña el inciso final de la norma de marras en los siguientes términos:

“Artículo 244. Documento auténtico

(:::)

**Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones**…”[[5]](#footnote-5).

Con todo lo dicho hasta el momento, es claro que la tesis planteada por el Juzgado *A quo* en el presente asunto no tiene eco en esta Sala de Decisión, porque se reitera, acorde con todo lo hasta ahora dicho, la copia de la declaración tributaria presentada por la victima al proceso, se encuentra amparada por la presunción de autenticidad. Lo que a su vez nos hace colegir que en el presente asunto, tal como lo reclaman los apelantes, se cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado CACB, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la FGN.

Finalmente, se podría pensar que la conducta evasiva endilgada al Procesado no podía ser considerada como punible por ausencia de antijuridicidad material, como consecuencia del insignificante monto de la suma de dinero no consignada al erario público, la que asciende a $275.000.

Pero para la Sala tal tesis no puede ser de recibo, debido a que el interés jurídicamente protegido en el presente asunto es el de la administración pública, el cual en el caso particular tiene que ver con asuntos de orden tributario, el que puede resultar menoscabado por muy ínfima, más no baladí, que sea la suma de dinero no pagada o consignada por aquellas personas que cumplen funciones públicas de agente retenedor o recaudador, sí partimos de la base consistente en que nos encontramos en presencia del recaudo de impuestos, los cuales, como bien es sabido, son utilizados por el Estado para la satisfacción de sus propias necesidades o las necesidades de la comunidad.

Con lo anterior, no quiere decir la Colegiatura que en todos los delitos contra la administración pública cuando se trata de la apropiación de una suma irrisoria, por ejemplo, el empleado público que se lleva para su uso personal un lapicero que fue suministrado por la entidad en la cual labora, se deba adelantar un proceso penal en contra de la persona, ignorando sí en ese caso existe o no antijuridicidad material dada la cuantía de lo apropiado; ello por cuanto en eventos como los del ejemplo el actuar del funcionario o del empleado público no tiene la entidad suficiente para lesionar de forma grave el bien jurídico de la administración pública, situación que no se puede pregonar en los casos de evasión de impuestos en los que por pequeñas que sean las sumas dejadas de pagar a favor del Estado, las finanzas de este si se ven afectadas, toda vez que el presupuesto de la nación se edifica con base en esos ingresos que si bien vistos de forma unitaria pueden no ser mucho, cuando se toman en su integridad si tienen la capacidad suficiente para descuadrar las finanzas estatales.

De tal manera, la Sala no puede desconocer que lo ínfimo de los dineros apropiados o no declarados por el agente recaudador, no contrastan con *«la urgente necesidad de proteger este bien jurídico mediante líneas de moralización es solo una de las formas de otorgar transparencia a dicha gestión, razón por la cual el sustento de estrategias de control e investigación es el resultado del daño que causa a la sociedad el deterioro del erario público, en particular cuando se opta por satisfacer interés de orden particular, en contravía de la pluralidad de beneficios comunes en los que deben desenvolverse los recursos públicos...»[[6]](#footnote-6)*.

Asimismo, tal tesis contrariaría de manera manifiesta los preceptos consagrados en el artículo 209 de la Carta, la que estatuye una serie de principios que orientan a la función pública, entre los cuales descolla el de la moralidad, que propende que los servidores públicos, y lo particulares que ejerzan funciones públicas, en el desempeño de sus funciones, actúen con **rectitud, lealtad y honestidad.**

Lo anterior no es óbice alguno para que la Fiscalía, en aquellos casos en los que considere que la suma apropiada por el agente retenedor sea baladí, a fin de evitar un desgate innecesario de la actividad judicial, decida acudir al principio de oportunidad acorde con la causal consagrada en el # 9º del artículo 324 C.P.P. la cual es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 324. CAUSALES. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(:::)

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes…”.

En suma, la Sala es de la opinión consistente en que en los eventos relacionados con la apropiación o el no pago de dineros recaudados que deban ingresar al erario público a modo de impuestos, no operaría la falta lesividad ante la posible insignificancia de los dineros no declarados o apropiados por el agente retenedor para así pregonar la no ilicitud de dicho comportamiento por ausencia de antijuridicidad material.

Siendo así las cosas, al tener la razón los recurrentes en los reproches formulados en contra del fallo confutado, la Sala procederá a revocarlo, para en su lugar dictar un fallo de carácter condenatorio al declarar penalmente responsable al acusado CACB de incurrir en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

Como consecuencia de la decisión adoptada, es deber de esta Colegiatura proceder a realizar la dosificación punitiva a fin de establecer la pena que deberá purgar el procesado en virtud de esa declaratoria de responsabilidad penal, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

* El delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado, es el omisión de agente retenedor o recaudador, tipificado artículo 402 del C.P. el que es sancionado con una pena de 48 a 108 meses de prisión, y el pago de una multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra del encausado no fueron endilgados agravantes genéricos y ante la ausencia de antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 1º del artículo 61 C.P. la Sala acudiría al cuarto mínimo de punibilidad, el cual oscila entre 48 hasta 75 meses de prisión.
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala partirá de la pena mínima de 48 meses de prisión, y una multa equivalente en cuantía de $ 550.000.oo que deberán ser consignados a favor del Consejo Superior de la Judicatura.
* En lo que atañe con las penas accesorias, acorde con lo reglado en el inciso 3º del artículo 52 C.P., al declarado penalmente responsable se le impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión, o sea de 48 meses.

En cuanto a la posible concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debe indicarse que el numeral 2º del artículo 63 del C.P., el cual fue modificado por la Ley 1709 de 2014 en su artículo 29, establece como uno de los requisitos para la concesión de ese beneficio, que el delito por el cual se condenó a la persona no haga parte de aquellos enlistados en el inciso 2º del artículo 68A de la norma en cita, entre los que encontramos como excluidos de ciertos beneficios aquellos reatos que atenten contra la Administración Pública, categoría dentro de la cual, por desgracia para el procesado, se encuentra el punible a él enrostrado, esto es la omisión de agente retenedor.

Tampoco sería del caso decir que por favorabilidad se le dará aplicación a la ley anterior, porque el artículo 63 del C.P. en su versión original, que estaba vigente para la época de los hechos, establecía como pena mínima para acceder a ese benefició una menor a la acá impuesta; y aunque la Ley 1709 de 2014 aumentó dicho tope hasta los 48 meses, tampoco se puede tomar eso en cuenta porque al momento de entrar en vigencia esa norma ya estaba dentro de nuestro ordenamiento penal la prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 68A, que fue establecida por la ley 1474 de 2011.

Así las cosas, mírese por donde se mire la situación del enjuiciado no hay lugar a la concesión del subrogado de marras.

Ahora bien, en cuanto al sustituto de la prisión intramural por domiciliaria, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto a este punto por cuanto para ello se requiere obtener cierta información sobre las condiciones sociales, familiares, personales y económicas del procesado las cuales desconocemos máxime cuando el señor CACB fue juzgado como contumaz.

Pero lo anterior no es óbice que ante el Juzgado que asuma la vigilancia la pena, los interesados puedan deprecar la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, una vez tengan en su poder los elementos de juicio que acrediten la procedencia de dicha pena sustitutiva.

En lo atinente a la expedición de órdenes de captura en contra del aquí condenado, considera la Sala, siguiendo la postura asumida por la Corte Constitucional, respecto a la prevalencia del principio *pro libertate*, también conocido como principio de afirmación de la libertad, en virtud del cual la libertad es la regla general, y por ende la detención es la excepción, lo que implicaría que en tales eventos, la regla general es que el Procesado declarado penalmente responsable deba continuar en libertad, y que solo de manera excepcional se puede ordenar la privación de la misma; y toda vez que acá en ninguna instancia procesal se ha ordenado la captura o la detención preventiva del señor CACB, se dirá que esa situación se mantendrá hasta tanto se encuentre en firme esta decisión; de tal manera las correspondientes órdenes de captura en contra del señor CACB, solo se podrán expedir una vez la determinación aquí adoptada cobre firmeza.

En lo que tiene que ver con los eventuales recursos de los cuales sería susceptible esta sentencia de segunda instancia, la Sala no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de abril de 2019, dentro del Rad. 54.215, válidamente se puede concluir que la Defensa podría interponer en contra de la presente decisión el recurso de impugnación excepcional, el cual por ser una modalidad del recurso de apelación, se debe interponer y sustentar dentro de las oportunidades establecidas para esta clase de recurso de alzada.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y el Decreto 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, lo que obliga a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, en virtud de la cual fue absuelta el procesado **CACB,** de los cargos relacionados con incurrir en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, para en su lugar declarar su responsabilidad penal en calidad de autor, en la comisión del delito que le fuera endilgado por el Ente Acusador.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** al procesado **CACB** a purgar una pena de 48 meses de prisión, al pago de una multa equivalente $550.000.oo, y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión.

**TERCERO: NEGAR** al procesado CACB, la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**CUARTO:** Una vez se encuentre en firme esta decisión, se librarán las correspondientes órdenes de captura en contra del señor CACB, con el fin que se cumpla lo ordenado y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**QUINTO:** **DISPONER** que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico, medio por el cual podrán interponer los recursos de ley de ser procedente.

**SEXTO:** Declarar que contra de la presente decisión de segunda instancia procede el recurso de impugnación excepcional, el que deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de diciembre de 2.013. Rad. # 33468. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«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»*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión Penal, sentencia del 30 de mayo de 2018 dentro del radicado 66001-6000-036-2012-04278-01, M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal de Decisión, sentencia del 06 de febrero de 2020 dentro del radicado 66001-6000-036-2011-02429-01, M.P. Dr. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. [↑](#footnote-ref-4)
5. Negrillas fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-5)
6. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Autores varios. Página # 375. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2.002. [↑](#footnote-ref-6)