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, EL REGISTRO EN CÁMARA DE COMERCIO Y LA INSCRIPCIÓN EN EL RUT / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA SI PRETENDE IMPUGNARLOS.**

En lo que concierne a la decisión controvertida por los censores, es decir lo referente a la declaratoria de responsabilidad de la señora NOL…, el A quo consideró en lo esencial, que no estaba demostrado que la procesada fuera la misma persona que firmó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas que fueron estipuladas, porque la rúbrica que allí aparece difiere de la que obra en la tarjeta de preparación de esa ciudadana.

En el mismo sentido manifestó que existían dudas respecto al conocimiento y voluntad de la acusada para obligarse en calidad de comerciante, porque no se acreditó que hubiera sido ella y no otra persona la que solicitó el registro en la Cámara de Comercio toda vez que de este solo se aportó esa a certificación pero sin los documentos que sirvieron para su elaboración. (…)

… el tipo penal de “Omisión de agente retenedor o recaudador” consagrado en el artículo 402 del CP sanciona una conducta punible omisiva que lesiona el bien jurídico de la administración pública, la cual se configura cuando los encargados del recaudo de dineros del Estado, bien sea por concepto de retención en la fuente, tasas, contribuciones públicas o impuestos sobre las ventas (como ocurre en el caso en estudio), no cumplen con su deber de consignar esos recaudos a favor del erario público dentro del término legal. (…)

El Estatuto Tributario establece que los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en sus correcciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos, se consideran ciertos, salvo que se solicite una comprobación especial, o la ley la exija. (…)

De conformidad con la prueba documental aportada que obra de folios 17 a 44 del expediente, la acusada cuenta con certificado de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Pereira con el fin de ejercer la actividad económica que allí se denomina “restaurante-bar” (folio 33), se encuentra inscrita en el Registro Único Tributario – RUT, y asumió entre sus responsabilidades el pago de impuesto de renta y complementario del régimen originario, ventas del régimen común y suministrar información exógena…

… presupuestos la Sala considera que el A quo incurrió en un yerro en la valoración probatoria, en el entendido que en oposición a la prueba documental ya citada no se presentó ningún debate u otro medio de prueba que pretendiera desvirtuar la veracidad de la información allí contenida. Por el contrario fue el defensor de la acusada quien decidió estipular la veracidad del contenido de esos documentos, cerrando así la posibilidad de que en el juicio pudiera haber hecho la oposición correspondiente para tachar de falsas las rúbricas de las declaraciones sobre recaudo del IVA o para probar que tanto el RUT como el certificado de Cámara de Comercio fueron obtenidos con documentos espurios o por persona diferente a la señora NOL.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 431 del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:32 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2012 01850 01 |
| Procesado | NOL |
| Delito | Omisión del agente retenedor o recaudador |
| Juzgado de conocimiento | Quinto Penal del Circuito (Risaralda) |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017) |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN y el representante de la víctima contra la sentencia del cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017) del Juzgado Quinto Penal del Circuito, por medio de la cual se absolvió a NOL, del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente[[1]](#footnote-1):

*“La Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, formuló denuncia penal en contra de la señora NOL, titular de la Cédula de Ciudadanía No. 43.973.137 expedida en Medellín, porque ésta había presentado como recaudado IMPUESTO IVA en el ejercicio de su actividad económica, y a la fecha de la denuncia, 28 de marzo de 2012, no los había consignado a órdenes del erario conforme a lo ordenado por el Gobierno Nacional.*

*El concepto, año, período y valor de la declaración presentada sin pago es el siguiente:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Concepto | Año | Período | Valor ($) |
| VENTAS | 2011 | 01 | 2.224.000 |
| VENTAS | 2011 | 02 | 1.005.000 |
| VENTAS | 2011 | 04 | 1.888.000 |
| VENTAS | 2011 | 05 | 571.000 |
| TOTAL |  |  | 5.688.000 |

*Reposa en la documentación allegada por la DIAN, Declaraciones Bimestral del Impuesto sobre las Ventas IVA correspondiente a los períodos denunciados.*

*Posteriormente, el 25 de julio de 2012, se ADICIONA la denuncia, por el siguiente valor:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Concepto | Año | Período | Valor ($) |
| VENTAS | 2011 | 06 | 2.538.000 |
| TOTAL |  |  | 2.538.000 |

*La DIAN certificó que continúan vigente, es decir sin cancelar, las siguientes obligaciones, que fueron objeto de denuncia:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Concepto | Año | Período | Valor ($) |
| VENTAS | 2011 | 04 | 1.888.000 |
| VENTAS | 2011 | 06 | 2.538.000 |
| VENTAS | 2011 | 05 | 571.000 |
| VENTAS | 2011 | 01 | 2.224.000 |
| VENTAS | 2011 | 02 | 1.005.000 |
| TOTAL |  |  | 8.226.000 |

*Valor que únicamente corresponde a capital, faltando lo correspondiente a intereses y sanciones.*

*Con los hechos jurídicamente relevantes referidos, se reproduce el tipo penal de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, que llevaron a la Fiscalía General de la Nación, con base en los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, a citar a la señora NOL, a AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN, lo que no fue posible, debiendo declararse PERSONA AUSENTE. Una vez la declaración de persona ausente se procedió a FORMULAR IMPUTACIÓN en su contra 27 de julio de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garantías de Pereira, Risaralda. (…)”*

2.2 La audiencia de formulación de imputación se celebró el 27 de julio de 2016[[2]](#footnote-2), acto en el cual la delegada de la FGN le comunicó cargos a NOL por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador previsto en el artículo 402 del CP. La imputación de cargos se surtió una vez la investigada fue declarada persona ausente. La defensa no manifestó oposición.

2.3 El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), asumió el conocimiento de la presente causa, la audiencia de formulación de acusación se realizó el 24 de octubre de 2016[[3]](#footnote-3). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 18 de enero de 2017[[4]](#footnote-4).

2.4 El juicio oral tuvo lugar el 7 de marzo de 2017[[5]](#footnote-5) y la sentencia fue proferida el 4 de mayo de 2017[[6]](#footnote-6).

2.5 La delegada de la FGN y el representante de la DIAN apelaron la decisión de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DE LA ACUSADA**

Se trata de NOL, identificada con cédula de ciudadanía número 43.973.137 expedida en Medellín (Antioquia), nació en la misma ciudad el 25 de marzo de 1984. Declarada persona ausente.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1 Los fundamentos del fallo de primera instancia se pueden sintetizar así:

4.1.1 La responsabilidad de la procesada respecto de la omisión de consignar a las arcas del Estado los dineros recaudados por impuesto al valor agregado no quedó acreditada en atención a que las pruebas allegadas al juicio solo permiten hacer deducciones y suposiciones de mera probabilidad.

4.1.2 En lo concerniente a la responsabilidad de la acusada, se hicieron las siguientes consideraciones:

* No existe documento mediante el cual se acredita que la acusada firmó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA, por lo cual pudo haberlo hecho un tercero, toda vez que al revisar el acta de preparación de la cédula de ciudadanía de la señora NOL se puede observar una rúbrica que difiere ostensiblemente de las plasmadas en las citadas declaraciones. Por lo tanto era necesario un soporte que permitiera inferir el dolo en la conducta.
* Tampoco se acreditó que la acusada haya tenido el conocimiento y la voluntad frente al delito que se le imputó, pues a pesar que desde un punto de vista meramente formal se le enrostre calidad de comerciante en virtud de unos documentos, la verdad es que no se tiene certeza de su rol real como comerciante.
* Tuvo en cuenta que el tipo penal exige un sujeto activo cualificado, es decir, un comerciante, por lo cual puede operar la presunción en materia tributaria, que no es suficiente para radicar responsabilidad, porque el certificado de matrícula mercantil no se acompañó de los documentos que sirvieron para su elaboración, que permitieran indicar que NOL fue la persona que solicitó tal registro.
* Del mismo modo se omitió demostrar que los valores cobrados hayan ingresado a la contabilidad de la acusada y que de manera dolosa prescindió girarlos al Estado para el cumplimiento de sus deberes constitucionales.
* También genera duda que la acusada fuera la persona que creo ese registro en la cámara de comercio para el año 2011, donde está el listado de facturas que acreditan las ventas o los servicios prestados para saber exactamente si esas cifras se causaron.
* La presunción que establece el Estatuto Tributario de veracidad de estos datos admite prueba en contrario, y era obligación demostrar que estos documentos estaban bien confeccionados y también si las obligaciones existían.
* Concluyó que al no existir prueba de responsabilidad impositiva, no se dan las exigencias previstas en el estatuto procesal penal para proferir una sentencia condenatoria, por lo cual absolvió a la acusada del cargo enrostrado.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

5.1 Delegada FGN (Recurrente)

Su argumentación se sintetiza así:

* Los argumentos del *A quo* no guardaban consonancia con las normas procesales respecto de la valoración de los EMP aportados al juicio, por lo tanto pide que se revoque la decisión absolutoria y en su lugar se emita una sentencia de condena contra NOL por el delito imputado.
* El meollo del asunto se genera en la aplicación del 381 del CPP, que sirvió como argumento para a absolver a la acusada. Sin embargo, resalta de esa norma que el conocimiento para condenar debe estar fundado en las pruebas debatidas en el juicio, y no como sucedió en este caso donde se decidió con base en los alegatos de conclusión de las partes.
* En el caso *sub examen,* se demostró que los EMP presentados en el juicio eran los mismos y no otros. Por lo tanto, al tratarse de documentos públicos estos tienen doble presunción de autenticidad, es decir, tanto el documento en sí mismo considerado como el contenido, o su información.
* En la audiencia de juicio oral no se hizo ningún esfuerzo por la defensa ni el representante del Ministerio Público por tachar la autenticidad de los documentos presentados por la FGN o su contenido. Tampoco hubo oposición sobre la verificación respecto de la firma plasmada en las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas ante la DIAN. Además el defensor había estipulado la autenticidad de los documentos por lo cual causa sorpresa que ante la falta de tacha de falsedad de esas evidencias se utilizara ese argumento para soportar la absolución de la procesada.
* Según el artículo 425 del CPP, el documento público se presume auténtico salvo prueba en contrario, que no se presentó en el juicio, pues no hubo oposición respecto de la autenticidad del RUT, de su contenido ni de las declaraciones sobre impuesto a las ventas.
* Esas prueba tenían que ser controvertidas en el juicio, pero en este caso hubo una actitud pasiva de la defensa para posteriormente tachar la autenticidad de esos documentos, sin tener en cuenta que en el caso de prueba documental es necesario que sean los peritos quienes emitan tal valoración y no mediante reglas de la experiencia.
* Los documentos aportados por la DIAN son auténticos y de conformidad con lo previsto en el artículo 429 del CPP estos se pueden aportar en original o copia, razones para tener como hecho cierto que la señora NOL tenía una actividad económica, que con base en ella declaró el impuesto sobre las ventas y que dejó de pagar lo que declaró haber recibido.
* El artículo 432 CPP prevé los criterios de apreciación de la prueba documental y ninguno de estos contraría los documentos adosados a la actuación como EMP, de modo que la información allí contenida se debía valorar. Por último, el artículo 434 CPP respecto de la regla de mejor evidencia, exceptúa la exigencia de presentar los mismos en original cuando se trata de documentos públicos.
* Citó un caso similar en el cual mediante sentencia del 14 de diciembre de 2009, esta Colegiatura, profirió una sentencia condenatoria contra el señor Heriberto Antonio Bolívar Serna, al establecer que en el tipo penal de omisión de agente retenedor o recaudador lo que interesa es que se pague la contribución, de manera independiente a que la persona firme el documento mediante el cual se declara el impuesto sobre las ventas, porque el agente retenedor es el obligado a pagar.
  1. Apoderada de la DIAN (Recurrente)
* Solicitó revocar la sentencia absolutoria (sic) y manifestó acogerse a los argumentos esbozados por la delegada de la FGN.
* La responsabilidad de la acusada resultó probada y la defensa no desvirtuó las pruebas de la FGN y la DIAN que se hicieron valer en el juicio oral, mismas que fueron estipuladas, por lo que no está de acuerdo con que se trate de no hacer valer el contenido de las mismas.
* Se refirió a los artículos 589 y 746 del Estatuto Tributario respecto de la presunción de veracidad del contenido de las declaraciones tributarias y la posibilidad de corrección de su contenido. Por tanto, dedujo que como la señora NOL presentó unas declaraciones de impuesto sobre las ventas con un saldo a pagar y no lo hizo, quedó demostrada su responsabilidad toda vez que fue ella como persona natural, la que manifestó tener una actividad comercial y ser responsable del recaudo de IVA y la omisión del pago.
* Respecto de las firmas en los formularios de declaración bimestral del impuesto a las ventas, que se dijo no correspondían a la de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía de la acusada, lo real es que no se presentó prueba en tal sentido, y que la responsabilidad en todo caso recaía sobre la persona que se obligó y no en quien diligenció esos documentos.

5.3. Representante del Ministerio Público (No recurrente)

* Es cierto que las declaraciones de pago de impuesto al valor agregado se estipularon y que las mismas corresponden a la realidad, pero como lo han manifestado el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, todas las declaraciones que presenten los particulares ante la DIAN se consideran documentos privados, que en este caso fueron estipulados y aportados por la FGN, por lo cual se parte de la base de que son ciertos.
* El objeto de análisis tiene que ver con la valoración del contenido de esos documentos estipulados, porque el juez puede simplemente dejar de valorar los elementos aportados al juicio para su análisis por más que sean auténticos y ciertos.
* En ese sentido tiene razón la representante de la DIAN de cara las normas del Estatuto Tributario, para emitir una sanción de carácter administrativo, pero, en el proceso penal se analiza una responsabilidad subjetiva, es decir, la concurrencia de una persona en una conducta punible con conocimiento y voluntad, por lo cual considera que las pruebas aportadas no fueron suficientes para declarar la responsabilidad de la acusada.
* Existen unas obligaciones en el campo tributario pero en el campo penal sucede algo muy diferente, porque se requiere demostrar el hecho generador, información que no fue aportada a la actuación. De esa forma surgen serias e insalvables dudas sobre la responsabilidad subjetiva de la incriminada, por lo cual solicitó que se confirmara la decisión recurrida.

5.4. Defensa (No recurrente)

* Solicitó confirmar el fallo absolutorio proferido.
* Cualquiera sea la estipulación que se haga entre FGN y defensa, esta no puede ser tenida en cuenta como estipulación de responsabilidad. En cambio, lo que pactó la defensa fue que los documentos reposaban en la DIAN y fueron adosados al juicio así como que existían unas obligaciones a nombre de una persona, pero en ningún momento se convino que NOL era responsable del delito por el cual fue llamada a juicio.
* En el país ha hecho carrera que una persona se matricule en la Cámara de Comercio usando el nombre de otra persona. De esa forma se diligencian los documentos necesarios utilizando el nombre y apellido otro ciudadano y su número de cédula de ciudadanía, pero no se verifica si quien solicita la inscripción en Cámara de Comercio es o no el titular del documento de identidad.
* Por lo anterior no se sabe si NOL desarrolló las actividades que figuran en el certificado de la Cámara de Comercio porque se desconoce si ella misma se inscribió allí. Tampoco en la DIAN hay una firma en los requerimientos que se hicieron, donde conste que la acusada los recibió. Lo que existen son unas declaraciones presentadas por la persona que se supone que está inscrita en la cámara de comercio y que no están rubricadas.
* Si bien es deber del funcionario que recibe esas declaraciones de impuesto sobre las ventas que exija que vayan firmadas, esto no corrobora que la misma corresponda al titular de la obligación declarada. Por ello en todas las declaraciones aportadas dice el nombre de la persona NOL pero ninguna concuerda ni se parece siquiera a la firma que obra en los documentos de preparación de su cédula.
* La inocencia se presume, y en consecuencia no hay que demostrarla y como quiera que se trata de una persona declarada ausente no pudo localizar a la señora NOL para entrevistarla así como tampoco se puede dar por cierto que los documentos fueran presentados por ella o que se trate de la comerciante que está registrada en Cámara de Comercio, pues su nombre bien pudo ser usado por un tercero.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Problema jurídico

En atención a la argumentación de los recurrentes, la Sala se ocupará de resolver lo concerniente a la responsabilidad de la procesada respecto del tipo penal imputado de omisión de agente retenedor, de conformidad con la denuncia presentada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y las pruebas aportadas al juicio.

En tal sentido se tiene en cuenta que en el presente caso no se practicaron pruebas más allá de las estipulaciones probatorias concernientes a: i) la denuncia presentada por el apoderado de la División de Gestión Jurídica de la DIAN (fls. 18-19), constancia de vigencia de las obligaciones tributarias en cuantía de $ 5.688.000 (fls. 20-21), documento sobre oficio persuasivo penalizable (fl. 22), declaraciones del impuesto sobre las ventas IVA (fls. 23-26), formulario del Registro Único Tributario RUT (fl. 27), poder otorgado al denunciante (fls. 28-32), certificado de Registro de Matricula Mercantil de Cámara de Comercio del 5 de julio de 2012 correspondiente a la señora NOL (fls. 33-35), ampliación de la denuncia en la que se incluyó actualización del certificado de vigencia de la obligación, segundo oficio persuasivo penalizable, declaración bimestral del impuesto sobre las ventas periodo 2011-06 (fls.38-42)[[7]](#footnote-7); ii) informe de investigador de campo del 21 de junio de 2015 suscrito por el PT. Leandro Antonio Arboleda, mediante el cual se establece la plena identidad de la acusada y la vigencia de las obligaciones tributarias objeto de acusación (fl. 44); y, iii) informes de investigador de campo de fechas 28 de septiembre de 2015, 18 de noviembre de 2015 y 3 de febrero de 2016, suscritos por el SI. Mauricio Alejandro Corchuelo Figueredo, que contienen las labores de búsqueda selectiva en bases de datos para obtener información de la posible ubicación de la señora NOL y se da por probado que se agotaron todos los esfuerzos para ubicar a la procesada, de quien se dijo había emigrado a La Argentina, por lo cual fue declarada persona ausente (fls. 45-52).

6.3 En lo que concierne a la decisión controvertida por los censores, es decir lo referente a la declaratoria de responsabilidad de la señora NOL…, el A quo consideró en lo esencial, que no estaba demostrado que la procesada fuera la misma persona que firmó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas que fueron estipuladas, porque la rúbrica que allí aparece difiere de la que obra en la tarjeta de preparación de esa ciudadana.

En el mismo sentido manifestó que existían dudas respecto al conocimiento y voluntad de la acusada para obligarse en calidad de comerciante, porque no se acreditó que hubiera sido ella y no otra persona la que solicitó el registro en la Cámara de Comercio toda vez que de este solo se aportó esa a certificación pero sin los documentos que sirvieron para su elaboración.

Por último, adujo que la FGN debía probar que los valores reportados como impuesto generado en razón del IVA efectivamente ingresaron a la contabilidad de la presunta infractora. En consecuencia, tuvo en cuenta que las presunciones de que trata el Estatuto Tributario no resultan aplicables cuando se trata de establecer la responsabilidad penal y resolvió absolver a la señora NOL de los cargos imputados.

6.4 Por el contrario, las impugnantes se opusieron a la decisión del fallador de primer grado por considerar que este incurrió en una indebida valoración probatoria, para lo cual la delegada de la FGN expuso que la sentencia se debía fundamentar en las pruebas debatidas en el juicio de conformidad con lo que dispone el artículo 381 del CPP, al tiempo que citó los artículos 425, 429, 432 y 434 del CPP, respecto de los cuales advirtió que los documentos aportados se presumen auténticos salvo prueba en contrario, que no se introdujo en la actuación, fuera de que no hubo tacha u oposición a los mismos.

Por su parte la apoderada de la DIAN, en su calidad de recurrente coadyuvó la sustentación de la delegada de la FGN y agregó que de conformidad con el artículo 746 del E.T. las declaraciones tributarias se presumen auténticas, de modo que sí se demostró responsabilidad en cuanto a la actividad comercial, recaudo de IVA y omisión del pago por parte de la acusada. Insistió en que durante el juicio no se presentó prueba en contrario respecto de los documentos aportados y la veracidad de los mismos, especialmente en cuanto a su contenido.

6.5 Previo a examinar de fondo la decisión recurrida, se resalta que en el caso bajo análisis el defensor no aportó ninguna prueba al juicio oral, por lo tanto los únicos EMP y EF que se tuvieron en cuenta por el A quo fueron aquellos estipulados por las partes y que correspondían a las pruebas que solicitó la FGN en la audiencia de formulación de acusación.

Sobre esta particularidad se debe tener en cuenta que el defensor reconoció que estipuló las pruebas que fueron aportadas al juicio oral y que las mismas contienen información respecto de unas obligaciones tributarias a nombre de una persona. Sin embargo, manifestó que no estipuló la responsabilidad de la señora NOL, por lo cual insistió en que del análisis de esas pruebas surgen dudas respecto de la titularidad de quien suscribió los documentos y se obligó tributariamente.

En el mismo sentido el representante del Ministerio Público concluyó que no resultó probado el hecho generador del tipo penal de omisión de agente retenedor, y por lo tanto se desconocía si en efecto la acusada concurrió a la conducta punible con conocimiento y voluntad.

6.6 Sobre el tema hay que indicar que esta Colegiatura debe decidir si se acreditó la calidad de sujeto activo calificado (comerciante) en cabeza de la señora NOL y si las declaraciones de impuesto sobre las ventas, así como el RUT y certificado de Cámara de Comercio a nombre de esta persona, son suficientes para atribuirle responsabilidad penal por la omisión de transferir al Estado las sumas de dinero recaudadas por ese concepto.

6.6.1 En primer lugar hay que manifestar que el tipo penal de “Omisión de agente retenedor o recaudador” consagrado en el artículo 402 del CP sanciona una conducta punible omisiva que lesiona el bien jurídico de la administración pública, la cual se configura cuando los encargados del recaudo de dineros del Estado, bien sea por concepto de retención en la fuente, tasas, contribuciones públicas o impuestos sobre las ventas (como ocurre en el caso en estudio), no cumplen con su deber de consignar esos recaudos a favor del erario público dentro del término legal. Tal disposición establece lo siguiente:

*“Art. 402 Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente 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 un millón veinte mil (1.020.000) Unidades de Valor Tributario (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 (…)”*

6.6.2 Con respecto a ese tipo penal, la SP de la CSJ ha expuesto lo siguiente:

*“… Sin duda, la estructuración del ilícito de omisión del agente retenedor o recaudador tiene como fundamento el interés del Estado por salvaguardar sus bienes patrimoniales, representados en los dineros que tributan los ciudadanos a través de las personas encargadas de su cobro. Esos dineros quedan temporalmente bajo custodia del agente retenedor o recaudador, quien tiene la obligación de ponerlos a disposición del erario público. Si no lo hace dentro de los términos establecidos para el efecto, incurre en el mencionado delito.*

*Pero, desde luego, para materializarse esa conducta omisiva, es necesario que el tributo haya sido, efectivamente, percibido, pues sólo a partir de esa circunstancia podrá darse la apropiación; no antes porque para entonces los dineros no están todavía bajo control (jurídico o material) del retenedor o recaudador, por cuya razón le es imposible ejercer actos de dominio sobre algo que no detenta en ese momento. De ahí que si el agente decide abstenerse de cobrar el impuesto o la contribución, no podrá atribuírsele el punible, porque en ese caso no habrá percibido dinero alguno frente al cual surja la posibilidad de apropiación.*

*Si así procede, habrá desatendido la obligación legal que le impone retener o recaudar el tributo, haciéndose acreedor solamente a sanciones de carácter administrativo. En ese sentido, se observa cómo los artículos 370 y 437-3 del Estatuto Tributario establece al agente que no realiza la retención o percepción la carga de responder “por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación”.[[8]](#footnote-8)*

6.6.3 El Estatuto Tributario establece que los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en sus correcciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos, se consideran ciertos, salvo que se solicite una comprobación especial, o la ley la exija.[[9]](#footnote-9) En esa norma se indica también, que el impuesto sobre las ventas se causa en materia de ventas, en la fecha de emisión de la factura o documento equivalente y a falta de estos, en el momento de la entrega, aunque se haya pactado reserva de dominio, pacto de retroventa o condición resolutoria, estableciendo más adelante como responsables de este impuesto -IVA-, a los comerciantes.[[10]](#footnote-10)

Aunado a lo antedicho, el sujeto pasivo de este tipo penal es calificado puesto que se requiere que tenga el deber de recaudar o retener esas sumas, en este caso ser una comerciante, toda vez que, de conformidad con lo que previene el artículo 20 CP se trata de particulares investidos en forma transitoria para el ejercicio de una función pública.

6.6.4 En la presente actuación esta Sala considera que sí resultó probado con la prueba documental que ingresó al juicio, que la señora NOL efectuaba actos en calidad de comerciante a través del establecimiento “Best-Bar”, como pasa a explicarse.

6.6.5 De conformidad con la prueba documental aportada que obra de folios 17 a 44 del expediente, la acusada cuenta con certificado de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Pereira con el fin de ejercer la actividad económica que allí se denomina “restaurante-bar” (folio 33), se encuentra inscrita en el Registro Único Tributario – RUT, y asumió entre sus responsabilidades el pago de impuesto de renta y complementario del régimen originario, ventas del régimen común y suministrar información exógena (folio 27). En desarrollo de esa actividad comercial declaró durante el año 2011 el impuesto sobre las ventas – IVA, correspondiente a los periodos 01, 02, 04, 05 y 06, declaraciones en las cuales indicó haber generado impuestos por valor de $2.224.000, $1.005.000, $1.888.000, $571.000 y $2.538.000 respectivamente[[11]](#footnote-11). Y finalmente obra a folios 21 y 39 la constancia expedida por la División de Gestión de Recaudo Cobranzas de la DIAN, en el sentido de que la obligada omitió el pago de dichos conceptos.

6.7 En oposición a la anterior prueba documental tanto el defensor como el representante del Ministerio Público expusieron que no se había acreditado que la inscripción en Cámara de Comercio, el Registro Único Tributario y las declaraciones bimestrales de impuesto a las ventas, fueron diligenciadas por la acusada, toda vez que debía probarse que se trataba de la misma ciudadana la que llevó a cabo los actos necesarios para obtener tal documentación y haber declarado unos impuestos. No obstante, se reitera que tal oposición solo se planteó hasta el sentido del fallo puesto que las pruebas fueron estipuladas por la defensa, y en consecuencia no fueron controvertidas en el juicio, por lo cual la información allí contenida se debe tener por cierta.

6.7.1 Sobre el particular se advierte que en reciente pronunciamiento de esta Sala de Decisión, datada del 30 de octubre de 2018 en el radicado 660016000036201102223, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, se examinó el tema de la presunción de validez y autenticidad de la información contenida en el RUT y en el Certificado de Cámara de Comercio y se dijo :

*“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.*

*Los contadores son simples intermediarios en la elaboración de esos documentos públicos, y lo hacen con el conocimiento, aquiescencia y aprobación de los representantes legales llamados a responder por el destino del recaudo.*

*(…)*

*En criterio de la Colegiatura, le asiste total razón a la letrada que impugna como quiera que, al menos para los fines a los cuales se contrae la presente actuación, los datos incorporados en el RUT, entre ellos por supuesto el nombre del responsable directo de esos aportes –en el caso que nos concita a esa persona en condición de representante legal se le asignó el NIT 91.322.093-, son plenamente válidos y deben tenerse como suficientes para demostrar la calidad y condición en que actuó el señor ERNESTO PERDOMO.*

*Así se entiende porque toda persona que se inscribe en el registro único tributario (RUT), como aconteció con el aquí procesado, es conocedora de cuáles son sus cargas tributarias, los deberes adquiridos con el Estado, y las consecuencias que generaría el no pago de los dineros que haya recaudado en ejercicio de las funciones de agente retenedor.*

*No se entiende en sana lógica que alguien que no está comprometido con el recaudo de impuestos haga una manifestación expresa ante ese organismo oficial en el sentido que adeuda sumas por concepto del IVA sin tener arte ni parte en el asunto. Es indiscutible por tanto que el citado tenía un vínculo con la COMERCIALIZADORA ANTRAM LTDA y que sabía lo que estaba manifestando.*

*Lo dicho es aún más fehaciente cuando se sabe que para la inscripción en el RUT se requiere presentar no solo la cédula de ciudadanía, sino además el referido certificado de existencia y representación de la entidad. De allí que de entrada deba descartarse la tesis basilar de la defensa en el sentido que su cliente ni siquiera estaba debidamente identificado. Y es así porque no solo el señor PERDOMO TRUJILLO fue apropiadamente individualizado al momento de las audiencias preliminares ante el juez de control de garantías, instante en el cual se le declaró persona ausente, sino que, repetimos, la documentación allegada válidamente al juicio enseña que efectivamente se trata de la misma persona involucrada.”*

Y en lo que tiene que ver con la autenticidad de las firmas que obran en las declaraciones de impuesto sobre las ventas sostuvo:

*“Se cuestiona la autenticidad de la declaración tributaria aportada al proceso por la Fiscalía con base en el argumento de no haberse establecido si en verdad la firma que allí aparece había sido estampada de puño y letra del acusado, con lo cual se genera la posibilidad de haber sido elaborada por persona diferente.*

*Como se aprecia, en el asunto están involucrados dos principios: el primero de ellos, el de la carga de probar coetáneo al denominado principio de incumbencia probatoria; y el segundo, lo atinente a la presunción de autenticidad y veracidad que ostentan los documentos públicos.*

*Con respecto a lo primero, es desde luego indiscutible que, en principio, la carga de probar los elementos configurativos del tipo, la autoría y la responsabilidad, atañen en forma personal y directa al delegado 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.*

*Empero, 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 […]”.[[12]](#footnote-12)*

*Con fundamento precisamente en ese argumento, esta misma Corporación desde tiempo atrás[[13]](#footnote-13) 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 […]”.[[14]](#footnote-14)*

*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 demostrar 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 contraria a 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”.*

6.7.2 Precisamente en aplicación de los anteriores presupuestos la Sala considera que el A quo incurrió en un yerro en la valoración probatoria, en el entendido que en oposición a la prueba documental ya citada no se presentó ningún debate u otro medio de prueba que pretendiera desvirtuar la veracidad de la información allí contenida. Por el contrario fue el defensor de la acusada quien decidió estipular la veracidad del contenido de esos documentos, cerrando así la posibilidad de que en el juicio pudiera haber hecho la oposición correspondiente para tachar de falsas las rúbricas de las declaraciones sobre recaudo del IVA o para probar que tanto el RUT como el certificado de Cámara de Comercio fueron obtenidos con documentos espurios o por persona diferente a la señora NOL.

Sin embargo, la estrategia de la defensa fue la de guardar silencio respecto de esas apreciaciones para exponerlas solo hasta el momento en que se le concedió la palabra para que expusiera sus alegatos de conclusión, con lo cual incumplió con la carga probatoria que le correspondía de acreditar su teoría del caso.

Lo mismo sucede con el argumento según el cual el ente acusador omitió probar que los montos que fueron reportados como saldo a pagar por impuesto en las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas objeto de pronunciamiento efectivamente fueron percibidos por la acusada, para lo cual basta reiterar que esa manifestación no tiene ningún soporte probatorio, ya que se debe tener en cuenta que pese a que las firmas en las declaraciones del IVA no sean iguales, no hay duda de la obligada a consignarlas era la señora NOL ya que el NIT de las declaraciones bimestrales sobre IVA aparece su cédula de ciudadanía y se certifican los saldos que debía cancelar, siendo presentadas esas declaraciones por valores de $ 2.224.000, $ 1.005.000, $1.888.000, $ 571.000 y $ 2.538.000[[15]](#footnote-15), como “recibidas sin pago” de acuerdo al sello colocado por Bancolombia, oficina Parque Arboleda .

6.7.3 A su vez no puede inferir sin ningún soporte probatorio que la acusada fue sustituida por alguna persona para efectos de inscribir en la Cámara de Comercio de esta ciudad un establecimiento de comercio que era un restaurante –bar , con matrícula 16681901 del 21 de julio de 2009, la cual fue renovada el 5 de mayo de 2011, con base en información entregada por la comerciante, es decir la señora NOL, como se certifica en ese mismo documento que no fue tachado de falso por la defensa, [[16]](#footnote-16) por lo cual resulta claro que al percibir las sumas correspondientes al IVA en los períodos señalador por la DIAN, debía consignar esos dineros y al no hacerlo incurrió en la conducta descrita en el artículo 402 del CP.

6.7.4 En consecuencia se considera que en el caso sub examen, se contaba con suficientes elementos probatorios que demostraban la violación de la norma de mandato contenida en el artículo 402 del CP, por lo cual se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se proferirá sentencia condenatoria contra la señora NOL como responsable de esa conducta punible.

**7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA**

Los cuartos punitivos quedan así:

|  |  |
| --- | --- |
|  | Pena de prisión |
| Cuarto mínimo | 48 a 63 meses |
| Cuartos Medios | 63 meses 1 día a 93 meses |
| Cuarto máximo | 93 meses 1 día a 108 meses |

|  |  |
| --- | --- |
|  | Multa |
| Doble de lo no consignado – Art. 402 inc 1º CP | $16.456.000 pesos |

Como no se advierte la existencia de causales de mayor o menor punibilidad, para fundamentar la individualización de la sanción, esta se fijara dentro del cuarto mínimo.

7.1 Teniendo en cuenta los factores contemplados en los incisos 2º y 3º del artículo 61 del C.P., se impondrá como pena principal la mínima de 48 meses de prisión y multa de $16.456.000 pesos correspondientes al doble del valor no consignado por la sancionada.

7.2 Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal. Esta pena se aplica con base en lo dispuesto en el artículo 53 del CP.

**8 SUBROGADO PENAL**

El artículo 63 del C.P. vigente para la época de los hechos tenía previsto que la pena privativa de la libertad se podría suspender siempre que concurrieran dos requisitos, el primero de los cuales exigía que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 3 años, presupuesto que no se cumple en el presente caso.

Ahora, analizado por favorabilidad el mismo artículo con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, este establece que es posible suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera, segunda o única instancia, por un período de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado, cuando concurran los siguientes requisitos:

i) que la pena impuesta no exceda de 4 años de prisión; ii) si la persona condenada carece de antecedentes penales y la conducta investigada no es una de las contenidas en el inciso 2º del artículo 68A del C.P., se concederá el subrogado con base solamente en el requisito objetivo del numeral 1º y iii) si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, se puede conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado indiquen que no es necesaria la ejecución de la pena.

En el caso *sub examine* se procede por un delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, el cual se encuentra consagrado en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 toda vez que se trata de un delito contra la administración pública, motivo por el cual no hay lugar a conceder tal beneficio.

**8.1 SUSTITUTO PENAL**

Ahora, la prohibición de que trata el artículo 68A del C.P., resulta aplicable en igual sentido para la sustitución de prisión domiciliaria, no obstante se advierte que debe aplicarse por favorabilidad el artículo 38 del C.P. en su versión original, toda vez que era norma vigente para la época de los hechos. Así, se encuentran acreditados los requisitos para acceder al mencionado sustituto en el entendido que: i) la sentencia se impone por una conducta punible con pena mínima menor de 5 años y ii) no hay información que permita concluir que la procesada pondrá en peligro a la comunidad o evadirá el cumplimiento de la pena, por tanto debe presumirse en su favor.

De conformidad con lo antedicho deviene procedente conceder a la señora NOL la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria para lo cual deberá garantizar mediante caución prendaria en monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente el cumplimiento de las obligaciones previstas en el numeral tercero del artículo 38 del C.P. en su versión original.

**9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DOBLE CONFORMIDAD.**

9.1 En reciente pronunciamiento del 3 de abril de 2019, la SP de la CJS mediante providencia AP1263-2019 radicado al No. 54.215, M.P. Eyder Patiño Cabrera, refirió:

*“2.1. Con el Acto Legislativo 01 de 2018 se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados,* ***el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria****.**Fue así como en el artículo 3°, por el cual modificó el 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. Obsérvese:*

*Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

*(…)*

*7.* ***Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema*** *de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley,* ***la solicitud de doble conformidad*** *judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o* ***de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.*** *(Negrillas fuera del texto original).*

*2.2. Es claro que para la fecha no se ha expedido la ley prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia (términos y recursos).*

*Ese fue el motivo por el cual esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un «examen integral de la decisión recurrida»[[17]](#footnote-17).*

*2.3. Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)-, dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros,**CSJ**AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad.50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las admitió sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que revocó la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).*

*2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la* ***primera condena emitida en segunda instancia*** *por los tribunales superiores.*

*Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, resguardará así esa garantía:*

*(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*

*(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*

*(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*

*(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*

*(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.*

*(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.*

*(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.*

*(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.*

*(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.*

*(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial* ***no procede casación****.*

*Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).*

*(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”*

9.2 Por las razones antes mencionadas esta Corporación anuncia que de formularse el recurso de apelación contra el fallo adoptado por esta Sala en segunda instancia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del CPP, en lo relativo a ese trámite.

**10. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE LA PROCESADA**

Teniendo en cuenta que la procesada se encuentra en libertad, es necesario hacer las siguientes precisiones, relacionadas con la aplicación del artículo 450 del CPP:

10.1 La norma en mención dispone lo siguiente:

*“Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

*Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”*

10.2 En atención al contenido de esa norma, la Sala debe hacer referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 del 24 de mayo de 2017, donde se hizo control abstracto de la norma antes citada y se dijo lo siguiente:

*“(...) 11.1. La Corte resolvió la demanda formulada por un ciudadano en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que el juez al momento de dar el sentido del fallo, podrá ordenar la detención del procesado si esta resulta necesaria.*

*El accionante señaló que tales enunciados vulneran el derecho a la libertad personal y algunas de las garantías del debido proceso, como el acceso a la segunda instancia mediante recurso judicial efectivo y la presunción de inocencia. La Sala consideró que es necesario efectuar la integración normativa con la totalidad del artículo demandado, pues de no hacerlo, la eventual declaratoria de inexequiblidad de las expresiones implicaría que los apartes que no fueron acusados perderían la posibilidad de producir efectos jurídicos.*

*11.2. Como primer asunto la Sala se refirió al amplio espacio de configuración del legislador para regular los procedimientos judiciales, así como los límites del mismo. Señaló que se funda en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite regular los procedimientos judiciales y administrativos. Adicionalmente la Sala identificó cuatro límites de esa facultad configurativa, precisados entre otras, en la Sentencia C-319 de 2013, siendo estos[[18]](#footnote-18): (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. La norma demandada respeta dichos límites.*

*11.3. En segundo término, la Corte verificó los derechos que el demandante señaló como violados. Respecto de la libertad personal, la Corporación señaló que se trata de un principio y derecho fundamental, que para su protección cuenta con las garantías de la reserva legal y la reserva judicial, precisando que las medidas privativas de la libertad son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. En lo que tuvo que ver con el debido proceso, se afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana[[19]](#footnote-19) y de la Corte Constitucional[[20]](#footnote-20), el derecho al recurso judicial efectivo supone la existencia de mecanismos procesales accesibles y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, cuando los afectados consideren vulnerados sus derechos. Finalmente y en relación con la presunción de inocencia, la Sala determinó desde su jurisprudencia[[21]](#footnote-21), que se trata de un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada.*

*11.4. Finalmente se procedió a la solución del caso, para lo cual la Corporación afirmó que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el fallo condenatorio consiste en un acto jurídicamente complejo dentro del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y el texto de la sentencia condenatoria que se emitirá después, lo que no excede los límites del amplio espacio de configuración del legislador para el establecimiento de los procedimientos judiciales.*

*11.5. En lo que tuvo que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad, pues se trata de una medida que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria. Para el efecto se precisó, que respecto de la necesidad de la detención, el inciso segundo del artículo 450 demandado debe asumirse en relación con los artículos 54 y 63 del Código Penal, que establecen los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y no con los criterios que deben ser considerados al decretar la medida de aseguramiento.*

*Igualmente consideró la Sala que esa orden de detención tampoco viola las garantías del debido proceso, pues el afectado cuenta con medios de control adecuados, como son la declaratoria de nulidad del sentido del fallo y de la orden de detención, y el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. Dentro de esta misma perspectiva se concluyó también, que la norma demandada no viola la presunción de inocencia, pues la detención excepcional que se ordena al anunciar el sentido del fallo, constituye una restricción de la libertad dictada por motivos de necesidad, en los términos antedichos.*

*11.6. Como cuestión final la Corte reiteró que el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate[[22]](#footnote-22). Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, “las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho”[[23]](#footnote-23).* (Subrayas ex texto)

10.3 De acuerdo a las consideraciones citadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata de la procesada, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de la misma así : *1.* “ *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima “3. Que resulte probable que el imputado comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

10.4 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, por lo cual, siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: *”...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”,* se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad de la incriminado, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado y atendiendo que en el caso bajo la procesada fue declarada persona ausente y que la FGN nunca solicitó medida de aseguramiento, por lo cual se presume que desconoce de la actuación en su contra, en consecuencia su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

**DECISIÓN**

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito el 4 de mayo de 2017, donde se absolvió a la señora NOL por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, y en su lugar **CONDENAR** a NOL, a la pena principal de 48 meses de prisión y de multa correspondiente a $16.456.000 como responsable del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

**SEGUNDO**: **IMPONER** como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal, según el artículo 53 del C.P.

**TERCERO**: **NEGAR** a NOL, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión por lo expuesto en el acápite 8 de esta providencia.

**CUARTO**: **CONCEDER** a NOL la sustitución de pena de prisión por domiciliaria para lo cual deberá depositar caución prendaria y suscribir acta de compromiso en los términos del apartado 8.1 de este pronunciamiento. La correspondiente orden de captura se librará una vez quedé en firme la presente providencia.

**QUINTO**: Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de apelación especial y de casación, conforme a lo explicado en el apartado 9 de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Fls. 1-5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 10 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fl. 11 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl. 53-54 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls.55-66 [↑](#footnote-ref-6)
7. Estipulación No. 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia del 30 de enero de 2008. Proceso Rad. 25.813. M.P. María del Rosario González de Lemos [↑](#footnote-ref-8)
9. Art. 746 Decreto 624 de 1989. [↑](#footnote-ref-9)
10. Art. 429 y 437 ibídem [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 23 a 26 y 41. [↑](#footnote-ref-11)
12. C.S.J., S.P. sept. 8 de 2015, rad. 39419 [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. T.S., S.P., jul 08 de 2010, rad. 6600131040052, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. T.S.,S.P., mayo 11 de 2018, rad. 66201101129701, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 23 a 26 y 42 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 33 a 34 [↑](#footnote-ref-16)
17. *Cfr.* Sentencia del 23 de noviembre de 2012, caso Mohamed *vs.* Argentina. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5 [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 142. Este fallo reitera y precisa el precedente contenido en los casos Caso Baena Ricardo contra Panamá, citado en la sentencia de fondo del Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de julio 5 de 2004. Serie C No. 109, párrafo 192 [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 4.3, citando la Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1 [↑](#footnote-ref-21)
22. Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3. [↑](#footnote-ref-23)