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

**TEMAS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR / CARÁCTER PÚBLICO DEL DOCUMENTO QUE CONTIENE LA DECLARACIÓN DE IMPUESTOS / PRESUNCIÓN DE VERACIDAD Y AUTENTICIDAD / FACULTAD DE LA DIAN PARA REFRENDAR QUE LA COPIA PRESENTADA EN EL PROCESO PENAL ES FIEL REPRODUCCIÓN DEL ORIGINAL.**

… la razón que motiva el examen de la sentencia absolutoria proferida por el a quo a favor de la acusada, no es otra que determinar si en los hechos que fueron denunciados por la DIAN le asiste compromiso a la señora EVC…; o si, por el contrario, como lo sostuvo el a quo en su providencia…, en este asunto no se arrimó prueba idónea para pregonar responsabilidad penal amén que la declaración bimestral presentada en juicio se hizo en “copia simple”. (…)

El funcionario de primer nivel aduce que cuando una declaración de impuestos se presenta en copia, como sucedió en este caso específico, pierde esa calidad de documento público y pasa a ser considerado como privado, por lo cual para efectos de demostrar la presunción de autenticidad y veracidad debían haber sido autenticadas, o por el contrario era obligación que su incorporación al juicio se hiciera por intermedio de un testigo de acreditación a voces del artículo 429 CPP. (…)

… 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…

… 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 EVC, 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. (…)

… no obstante haber recaudado la señora EVC una importante suma de dinero como producto del impuesto a las ventas que estaba obligada a recaudar por su condición de servidora pública de manera transitoria, esta solo pagó de manera parcial dichos valores, sin que a la hora de ahora haya consignado a órdenes del fisco las restantes cantidades.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, seis (06) de febrero de dos mil veinte (2020)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 070

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Febrero 10 de 2020. 9:01 a.m. |
| Imputado:  | EVC |
| Cédula de ciudadanía: | 24´943.173 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Omisión del Agente Retenedor o Recaudador |
| Bien jurídico tutelado: | Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la apoderada de víctimas contra la sentencia de noviembre 14 de 2019. SE REVOCA. |

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

1.- hechos y precedentes

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

1.1.- De la información entregada por la Fiscalía en el escrito de acusación, se desprende que la señora EVC, como representante legal de la empresa Globo Importaciones Ltda., no consignó a órdenes del fisco las sumas recaudadas por concepto de IVA, correspondientes a los períodos 2007-06, 2009-05 y 2009-06, que ascendían a la suma de $11’171.000.oo

1.2.- En junio 28 de 2017 se le formuló imputación a la señora EVC ante el Juzgado Tercero Penal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), como autora de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador -art. 402, inciso 2º C.P.-, cargo que NO ACEPTÓ.

1.3.- En septiembre 22 de 2017 la Fiscalía radicó escrito de acusación, cuyo conocimiento fue asignado por reparto al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que convocó para las correspondientes audiencias de formulación de acusación (junio 07 de 2018), preparatoria (octubre 11 de 2018), y juicio oral (noviembre 14 de 2019) al cabo del cual se emitió un sentido de fallo absolutorio, cuyos argumentos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Antes de proceder a la valoración de la prueba, señaló que la presunción de autenticidad y veracidad de las declaraciones de impuestos, sobre lo cual se ha pronunciado esta misma Corporación, no se puede predicar de las copias de tales documentos al no estar consagrado en el canon 425 CPP, en tanto las únicas que gozan de tal presunción son los “certificados de registros públicos”, y por ende el legislador denotó de manera taxativa que “copia” puede ser o no tomada como auténtica dentro del proceso penal, y al existir reglamentación expresa no se puede acudir al texto del artículo 246 CGP, que otorga presunción de autenticidad a las copias.

De igual manera, el dispositivo 429 CPP consagra una forma en la que los documentos públicos pueden retener la presunción de autenticidad y veracidad de los originales, y ello lo es si se encuentran autenticados, siempre y cuando se demuestre la imposibilidad de ingresar su original o si de hacerse se causare un perjuicio a su poseedor.

En consecuencia, cuando la Fiscalía sustenta su teoría del caso con documentos públicos no autenticados, renuncia a dicha presunción y se debe acudir para tal efecto a las reglas que para la introducción de estos señala establece la norma 426 CPP, en consonancia con el artículo 429 ídem.

Al efectuar el análisis de las pruebas allegadas, se acredita que el obligado a presentar las declaraciones y a consignar las sumas de dinero correspondientes a los períodos 2009-05 y 2009-06, era el señor CRISTIAN EDWIN ARBOLEDA y no la aquí procesada al no fungir para esa época como representante legal de la empresa, por lo cual la conducta frente a la señora EVC por dichos lapsos, resulta atípica.

Respecto al período 2007-06, la prueba con la cual la Fiscalía le endilga responsabilidad es la declaración bimestral del IVA, con la que buscó establecer que recaudó $2’980.000.oo por tal concepto sin consignarlos al erario público, pero usó para ello una “copia simple” que pierde la presunción de autenticidad y veracidad, por lo cual debe ser tratado como documento privado que activa la carga al interesado de probar que el autor y su contenido corresponden con la realidad mediante la figura de la acreditación, lo que en este asunto no se hizo.

Asegura que con la fotocopia allegada no se estableció que el dinero por concepto de IVA fuera efectivamente recaudado por la acusada, y por ende la teoría del caso de la Fiscalía se quedó en una mera afirmación sin sustento probatorio, a consecuencia de lo cual la carga probatoria no puede invertirse para que fuera la contraparte la que probara la falsedad en firmas o la imprecisión en los datos allí insertos.

En este caso, la Fiscalía no comprobó que la acusada recaudó por concepto de IVA durante el período 2007-06 la suma de $2’980.000.oo, y es inaceptable condenar a alguien con una “fotocopia simple”. Por demás, llama la atención de la apoderada de víctimas porque no obstante haber expuesto en juicio anterior iguales argumentos, aun continúa con igual discusión jurídica al negarse a traer el documento original o una copia auténtica.

1.4-. La representante de la DIAN se mostró inconforme con esa decisión y la impugnó, a cuyo efecto sustentó el recurso en debida forma. La actuación fue remitida a esta Sala para desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Apoderada víctima -recurrente-

Pide se revoque la sentencia adoptada por el juez de primer nivel, y en su lugar se emita una de carácter condenatorio, con fundamento en lo siguiente:

La señora **EVC** no solamente presentó el impuesto sobre las ventas 2007-06 de manera voluntaria cuando representaba a la empresa Globo Importaciones, sino que omitió consignarlo en la fecha establecida por el Gobierno Nacional, y con ello incurrió en el delito de omisión de agente o recaudador, sin que se hubiera aportado al juicio prueba alguna que desvirtúe lo planteado en la denuncia.

La acusada tenía la calidad temporal de servidora pública por delegación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 CP en virtud del principio de confianza, y adicional a ello, la declaración de impuestos ostenta la categoría de documento público, por lo cual es claro que recaudó dineros por concepto del IVA durante el período 2007-06 que nunca consignó, ni se acercó para desvirtuar que los había recaudado.

Los presupuestos probatorios se allegaron al juicio, y con ellos se determinó que fue la procesada quien suscribió y presentó la declaración objeto de debate y se apropió de dineros públicos. En tal sentido la Fiscalía aportó prueba documental demostrativa que se allegó con la denuncia y que fue tomada del original con sello plasmado por documentación que reza: “es fiel copia tomada del original que reposa en esta oficina”, y signado por quien así procede. Lo dicho, en contraposición con lo aseverado por el a quo, quien esgrime que al plenario deben allegarse los originales de las declaraciones, lo cual no es viable según lo dispone el artículo 583 ET, ya que presentar los originales podría conllevar un perjuicio grave para la administración, como así lo prescribe el nomenclado 429 CPP.

Acorde con la normativa de la DIAN, no es posible entregar los originales que se encuentran en conservación en el archivo central, y solo puede emitirse copia certificada sobre su autenticidad. Para su expedición se le asignó funciones a la Coordinación de Comunicaciones Oficiales.

El artículo 746 ET consagra la presunción de legalidad de las declaraciones tributarias y el valor probatorio que estas contienen. En este caso la liquidación la realizó el mismo contribuyente, quien reconoce haber efectuado el recaudo a raíz de su actividad económica, la que en este caso se hizo a puño y letra de la acusada, al haberse efectuado de manera litográfica, y aunque el articulado aludido contiene una presunción legal que admite prueba en contrario, en tanto la declaración puede ser controvertida, la defensa en momento alguno los refutó, y lo propuesto en juicio se quedó en una mera suposición, en tanto nada mencionó acerca del referido documento.

Se probó que fue la señora **EVC,** como representante de Globo Importaciones LTDA, la responsable del recaudo y presentación del pago de la Declaración del Impuesto por concepto de IVA del período 2007-06, y que la misma tenía pleno conocimiento de su responsabilidad.

2.2.- Defensor -no recurrente-

Se opone a la pretensión de la apoderada de la DIAN, y en su lugar pide se deje en firme la providencia emitida a favor de su defendida, para lo cual expone:

Reitera que la prueba que incorporó la Fiscalía en juicio para soportar la conducta típica imputada a **EVC** no es idónea, carece de originalidad, y la misma sí fue debatida por la defensa. Y aunque se pudo determinar que si bien su cliente declaró el período 2007-06, ello no quiere decir que el mismo se causó, lo cual debía probar la Fiscalía para adecuar la conducta al precepto 402 C.P. Pretende la abogada de la DIAN llevar al convencimiento del juez que tan solo con la declaración contenida en el RUT se puede establecer la comisión de la ilicitud.

Estima que para que un elemento probatorio se convierta en prueba, debe agotar una serie de etapas, y el análisis por parte de la Fiscalía sobre tales medios de acreditación debe incluir su pertinencia, poder suasorio, legalidad y autenticidad. Y si bien para la Fiscalía y la DIAN la simple nota de “es fiel copia tomada del original que reposa en esta división” le da la calidad de legalidad y autenticidad, para poder dársele tal carácter de prueba debía ser introducida por un testigo, no siendo la funcionaria de la DIAN que presentó la denuncia quien podía dar cuenta de los hechos relevantes, ni mucho menos de la autenticidad de tal documento, por lo que dicha prueba no era pertinente.

Debe igualmente recordarse, que lo realizado por su cliente fue la declaración de un tributo a su cargo, el cual se contabiliza conforme el artículo 429 ET por causación, no necesariamente por el recaudo, en tanto este en las ventas a crédito se recibe tiempo después de la declaración, situación que no implica que se haya efectuado el recaudo como lo quiere hacer ver la apoderada de la DIAN, y en ese sentido la carga de la prueba recae en la Fiscalía, quien debió establecer si ello se concretó, pero la única prueba que hizo ver al respecto careció de los parámetros de los artículos 426 y 429 CPP.

El requisito de autenticidad se convierte en este caso en una garantía respecto a que las características del elemento desde su hallazgo, recolección, exhibición y discusión en juicio sean las mismas, para que al ser admitido como prueba se tenga la confiabilidad de estar en capacidad de aportar la información que soporta la teoría del caso, y sin que pueda pretender la Fiscalía, como lo dijo el fallador, condenar a alguien con una “fotocopia simple”.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

**3.1.- Competencia**

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

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

Se contrae básicamente a establecer si la determinación adoptada por el juzgado de instancia se encuentra ajustada a derecho; concretamente si las razones que se adujeron para absolver son atendibles, o si, por el contrario, la condena que solicita la parte recurrente encuentra respaldo en el haber probatorio.

**3.3.- Solución a la controversia**

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

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

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

Como se dijo, la razón que motiva el examen de la sentencia absolutoria proferida por el a quo a favor de la acusada, no es otra que determinar si en los hechos que fueron denunciados por la DIAN le asiste compromiso a la señora **EVC**, como así lo reclama la apoderada de la entidad Estatal afectada; o si, por el contrario, como lo sostuvo el a quo en su providencia y lo reitera el defensor de la acusada como no recurrente, en este asunto no se arrimó prueba idónea para pregonar responsabilidad penal amén que la declaración bimestral presentada en juicio se hizo en “copia simple”.

Con miras a dar solución a este singular asunto, la Sala estima procedente traer a colación los presupuestos básicos para el correcto entendimiento de la conducta de Omisión de Agente Retenedor que se le atribuye a la procesada, los que fueron tenidos en consideración en anterior oportunidad por esta misma Corporación[[1]](#footnote-1), con ponencia de quien ahora ejerce igual función, así:

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

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

[…]

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

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

En este caso específico se aprecia que el a quo se aparta de lo aludido en el último párrafo trascrito, al estimar que de acudirse a lo reglado en el canon 85 Superior, ello no solo revestiría de autenticidad y veracidad a las declaraciones de impuestos, sino cualquier otro documento, con lo cual se harían inocuas las presentaciones personales, notariales e incluso iría en contravía del sistema de acreditación probatoria al que alude el artículo 426 C.P.P. y de la presunción de autenticidad reglada en el nomenclado 425 ídem.

Ello para finalmente pregonar que el hecho de que por parte de la Fiscalía se hubiera arrimado como prueba de la declaración bimestral correspondiente al período 2007-06, una “copia simple”, tal situación implica que el mismo perdió su característica de autenticidad y veracidad, y debió ser tratado como un documento privado, el que para poder ser ingresado al juicio debió contar con un testigo de acreditación, lo que en este asunto no se hizo.

Debe la Colegiatura dilucidar si en efecto la referida declaración bimestral tenía la condición de ser un documento público, o si, por el contrario, se trataba de una “copia simple” como se sostiene. Para finalmente determinar si por parte del ente acusador se cumplió o no con la ritualidad procesal pertinente con miras a que el mismo fuera valorado como prueba de cargo en contra de la procesada.

Debemos partir de la base que en momento alguno, en desarrollo del juicio oral, por parte de la defensa se discutió la autenticidad o no de la declaración bimestral 2007-06, ya que esta ingresó como prueba al juicio con fundamento en la información que al respecto entregó la abogada de la DIAN, JENNY MARCELA RENDÓN, funcionaria encargada de formular la denuncia penal ante el no pago de dichos tributos, sin que respecto a dicho particular se esgrimiera oposición alguna.

Así mismo, se aprecia que fue el funcionario judicial en uso de las facultades consagradas en el canon 397 CPP, quien indagó a la profesional del derecho acerca de la autenticidad de la declaración bimestral, frente a lo cual indicó que se trataba de fiel copia tomada del original, por cuanto este reposa en las instalaciones de la DIAN.

El quid del problema jurídico planteado, no estriba realmente por tanto en desconocer que la declaración tributaria presentada ante la DIAN ostenta la condición de documento público, al haber sido presentadas y suscritas por una persona que de manera transitoria ostenta de manera transitoria la calidad de servidor público al cumplir con la función de recaudar o retener impuestos, sino el hecho de que una copia pueda ser usada como elemento de prueba por la Fiscalía para endilgar responsabilidad penal a quien se abstiene de cancelar a favor del erario público los dineros que recaudó o retuvo a nombre del Estado, en atención al principio de confianza.

El funcionario de primer nivel aduce que cuando una declaración de impuestos se presenta en copia, como sucedió en este caso específico, pierde esa calidad de documento público y pasa a ser considerado como privado, por lo cual para efectos de demostrar la presunción de autenticidad y veracidad debían haber sido autenticadas, o por el contrario era obligación que su incorporación al juicio se hiciera por intermedio de un testigo de acreditación a voces del artículo 429 CPP.

Es un hecho cierto, como así se soportó en el plenario, que la Fiscalía introdujo con la abogada que en nombre de la DIAN interpuso la denuncia contra la señora **EVC**, una copia de la declaración bimestral del impuesto de IVA correspondiente al período 2007-06, la cual contiene un sello que reza: “Es fiel copia tomada del original que reposa en esta división”, con fecha “14 abr. 2011”, y una firma ilegible del funcionario encargado de tal función de constatación.

En sentir del sentenciador de primer nivel, esa leyenda inmersa en la mencionada declaración no le da a la misma la calidad de documento público, por cuanto la facultad para autenticar solo recae en los Notarios Públicos y en los Jueces de la República, pero no en personas distintas a ellos.

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 **EVC,** 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.

Dilucidado lo anterior, debe decir el Tribunal que en punto de la responsabilidad que en la comisión de la ilicitud le asiste a la acusada, la misma fue corroborada en el curso del juicio oral al haberse demostrado que para el año 2007 fungía como representante legal de la empresa Globo Importaciones LTDA, y que fue ella quien suscribió y presentó la declaración bimestral del impuesto de IVA correspondiente al período 2007-06, por valor de $8’345.000.oo, de los cuales únicamente pagó $5’345.000.oo; y, por consiguiente, adeuda una suma de $3’000.000.oo más los respectivos intereses, como así se desprende de las pruebas documentales que ingresaron válidamente al juicio oral.

Ello permite a la Sala advertir, que no obstante haber recaudado la señora **EVC** una importante suma de dinero como producto del impuesto a las ventas que estaba obligada a recaudar por su condición de servidora pública de manera transitoria, esta solo pagó de manera parcial dichos valores, sin que a la hora de ahora haya consignado a órdenes del fisco las restantes cantidades.

Las pruebas de descargo arrimadas a juicio no permiten en modo alguno dilucidar una ausencia de responsabilidad por parte de la acusada, porque con la única testigo que presentó la defensa -la hija de la acusada-, se trató de desvirtuar que la señora **EVC** tuviera alguna función en la empresas Globo Importaciones, en tanto el encargado de la misma era su padre o sea el exesposo de la procesada; pero contrario a ello, lo que probatoriamente quedó establecido es que ella sí tenía la condición de representante legal y por tal razón suscribió y presentó ante la DIAN la declaración bimestral del período 2007-06, la cual, como se dijo, solo pagó de manera parcial.

Situación diferente es que frente a los otros períodos correspondientes a 2009-05 y 2009-06, sí fue una persona diferente la que figuraba como representante legal de dicha empresa, esto es, el señor CRISTIAN EDWIN ARBOLEDA VALENCIA. Pero ello, se itera, no da lugar a sostener, como se pretende, que para el segmento temporal que se le adjudica a la aquí procesada no era ella quien estuviera al frente de la entidad en condición de representante legal, como quiera que así se demuestra con las pruebas que ingresaron a juicio[[2]](#footnote-2)

Obsérvese que en el trámite del juicio la defensa en momento alguno puso en duda que haya sido su representada quien suscribió la declaración aludida, ya que acerca de ello nada manifestó, ni mucho menos que tal documento presentara alguna irregularidad en su contenido, por lo cual, acorde con lo señalado en el dispositivo 746 ET, lo allí consignado se presume verídico. Incluso, a la hora de ahora no se tiene conocimiento que se hubiere solicitado ante la DIAN comprobación especial a ese respecto.

Igualmente y pese a que la defensa refirió que la Fiscalía no acreditó que la señora **EVC** hubiera recaudado los dineros que declaró, frente a ello debe indicarse que al órgano persecutor efectivamente le compete la carga de probar los elementos básicos de la acusación, como aquí efectivamente lo hizo; pero a partir de allí, se le imponía a la defensa demostrar lo contrario, sin que tal situación implique invertir la carga de la prueba.

La Sala de Casación Penal, en punto de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los delitos de omisión del agente retenedor o recaudador, expresó:

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

Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos[[3]](#footnote-3).

[…]

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

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de **“*carga dinámica de la prueba*”**, que ya ha sido desarrollado por la Sala[[4]](#footnote-4) reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, **posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella**”.[[5]](#footnote-5) -negrillas fuera del texto-

Ello para decir, que si la teoría de la defensa estaba encaminada a demostrar que su cliente en momento alguno recaudó los dineros que consignó como tal en la declaración bimestral 2007-06, debió presentar elementos probatorios que así lo acreditaran, pero contrario a ello solo fue una manifestación carente de soporte, y por ende sin capacidad de desequilibrar la verticalidad de la prueba de cargo obrante en la actuación.

Con fundamento en todo lo consignado, y al hallarse debidamente configurados los elementos del tipo, para pregonar la responsabilidad de la señora **EVC** en la comisión de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador, no le queda alternativa diferente que revocar la determinación adoptada por parte de la primera instancia, y en su lugar proferir un fallo de condena.

*Dosificación punitiva*

A voces del artículo 402 CP, la pena que corresponde por la conducta atribuida oscila entre 48 y 108 meses de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; lo anterior, con el incremento al que se refiere el artículo 14 de la Ley 890/04.

De acuerdo con lo establecido en los artículo 60 y 61 del estatuto represor, la pena a imponer deberá ser la mínima del cuarto inferior, esto es, 48 meses de prisión y multa en cuantía de $ 6’000.000.oo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en consideración a la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad.

Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

*Subrogado*

Al respecto debe decirse que el numeral 2º del artículo 63 ejusdem, modificado por la Ley 1709/14 en su artículo 29, establece como uno de los requisitos para la concesión de ese beneficio, que la persona no tenga antecedentes y no se trate de los delitos consagrados en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599/00, lo cual tiene plena aplicabilidad en este caso al tratarse de un delito de omisión de agente retenedor que se encuentra dentro de los que atentan contra la Administración Pública, exclusión que entre otros beneficios, hace referencia a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

De igual forma, no sería posible aplicar por favorabilidad la ley anterior porque en relación con el artículo 63 CP en su versión original -vigente para la época de los hechos- no se cumpliría, ya que la pena impuesta supera ese monto. Adicionalmente, si bien la Ley 1709/14 aumentó dicho tope hasta 48 meses, lo que en principio ameritaría la concesión de tal subrogado, en tanto esa fue la pena acá proferida, ello tampoco puede ser tenido en cuenta a su favor, por cuanto al momento de entrar a regir la misma ya se encontraba vigente la prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 68A, que fue establecida desde la ley 1474/11 para delitos contra la Administración Pública.

Así las cosas, no hay lugar a la concesión del referido subrogado.

*Sustituto*

En lo atinente a la prisión domiciliaria, de igual forma en atención a la prohibición establecida en el artículo 68 A C.P. desde la modificación efectuada por la Ley 1474/11, y que también opera en la actualidad, no sería viable acceder a ese sustitutivo de la pena. No obstante, se advierte que de aplicarse por favorabilidad el artículo 38 en su versión original, vigente para la fecha de comisión de la ilicitud -y sin que para esa época tuviera cabida la citada prohibición contenida en la ley 1474/11 ya que los hechos que aquí se juzgan datan del 2007-, sí se cumplirían los requisitos para acceder a dicha prerrogativa, como pasa a verse: (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos, y el punible de omisión de agente retenedor tiene establecida una sanción privativa de la libertad que parte de 48 meses; y (ii) que el desempeño personal, laboral, familiar y social del sentenciado permita deducir fundadamente que no pondrá en peligro a la comunidad. Al respecto debe presumirse que dichos aspectos son favorables a la sentenciada, toda vez que no se demostró lo contrario dentro de la actuación.

Como quiera que en sentir de la Corporación la señora **EVC** cumple las aludidas exigencias, es procedente la concesión de la prisión domiciliaria, por lo cual deberá garantizar mediante caución prendaria el acatamiento de las siguientes condiciones: a)- no cambiar de residencia sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad;

b)- reparar dentro del término de seis meses los daños ocasionados con el delito, el cual debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o por acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia; c)- comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el acatamiento de la pena cuando fuere requerido para ello; y d)- permitir la entrada a la residencia de los servidores encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá observar las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del INPEC para el acatamiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

De la misma manera debe precisarse que la referida caución se fijará en el equivalente a un salario mínimo, la cual deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio. La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por la sentenciada dentro de los cinco días siguientes al arribo del expediente al despacho que le corresponda vigilar el cumplimiento de la pena.

Acorde con la sentencia C-342/17[[6]](#footnote-6), la sanción deberá cumplirse en forma efectiva, en consecuencia, en firme este fallo se librará la correspondiente orden de captura.

*De la doble conformidad*

En principio, la unidad defensiva puede interponer el recurso extraordinario de casación; empero, según lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792/14 y SU-215/16, acerca de la figura denominada “de la doble conformidad”, y de lo que establecido en términos similares por la Sala de Casación Penal en CSJ AP, 3 abr. 2019, Rad. 54215, se extrae que al haber sido emitido por primera vez el fallo de carácter condenatorio en sede de segunda instancia, la sentenciada tendrá derecho, bien sea de manera directa o por intermedio de su apoderado, a interponer y sustentar dentro de las oportunidades establecidas el recurso de impugnación excepcional o apelación especial. Las demás partes e intervinientes -Fiscalía, apoderada de víctimas y agente del Ministerio Público- tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

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

FALLA

**PRIMERO**: **SE REVOCA** la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta capital, y en su lugar se CONDENA a la procesada **EVC**, a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, y multa por valor de $ 3’000.000.oo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, como autora responsable del punible de omisión de agente retenedor o recaudador, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidas en esta providencia.

**SEGUNDO**: **SE IMPONE** como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la sanción privativa de la libertad.

**TERCERO**: **SE NIEGA** a la sentenciada la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal. En firme esta determinación líbrese la correspondiente orden de captura.

**CUARTO**: **SE CONCEDE** a la procesada la prisión domiciliaria, para lo cual deberá consignar caución prendaria por el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, y suscribir acta de compromiso en los términos indicados en el cuerpo motivo de esta providencia.

**QUINTO:** En firme la presente decisión, háganse las anotaciones de rigor y líbrense los oficios correspondientes a las autoridades a quienes se les deba poner en conocimiento esta determinación.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación; empero, la procesada y/o su defensor, también podrán optar por la impugnación especial acorde con lo indicado en las consideraciones del presente fallo. Las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso extraordinario de casación dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

La Secretaria de la Sala,

**ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ**

1. TSP SP, 30 oct. 2018, Rad. 660016000036-2011-02223-01. Providencia igualmente citada por el a quo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Conforme al Certificado de la Cámara de Comercio de Pereira -folio 53-, en mayo 09 de 2002 fue nombrada como gerente de la sociedad Globo Importaciones Ltda. la señora MARÍA DOLLY VALENCIA DE ARBOLEDA, persona esta que mediante escritura 394 de agosto 17 de 2006, elevada ante la Notaría de Neira (Cdas.), se cambió ese nombre por el de **EVC** -ver folio 32 y ss.-, tal cual de la misma manera se plasmó ante la Cámara de Comercio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754. [↑](#footnote-ref-4)
5. C.S.J*.*, casación penal del 13-05-09, radicación 31.147 [↑](#footnote-ref-5)
6. Según palabras de la Corte: “[…] la interpretación de acuerdo con la cual, la norma demandada contiene un mandato que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta contraria a la Constitución y las garantías del debido proceso, en tanto que invierte la comprensión constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, al establecer como regla general el encarcelamiento y como excepción la libertad personal” […] “el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio *pro libertate*. Adicionalmente debe considerar, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por implicar un afectación más profunda de los derechos fundamentales […]” [↑](#footnote-ref-6)