

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022)

ACTA DE APROBACIÓN Nº 116
SEGUNDA INSTANCIA

Imputado:	Gilberto Arango Betancur
Cédula de ciudadanía:	10.060.606 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Omisión del Agente Retenedor o Recaudador
Bien jurídico tutelado:	Administración Pública
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la DIAN contra la sentencia absolutoria de mayo 20 de 2020. 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.- Los hechos fueron consignados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“Dio origen a estas diligencias la noticia criminal suministrada por representante de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de esta ciudad, en torno a que el señor **GILBERTO ARANGO BETANCUR**, como persona natural, responsable del recaudo de impuestos sobre las ventas, originadas en la actividad mercantil consistente en comercio de partes, piezas, autopartes y accesorios para vehículos automotores, incumplió su deber de consignar lo retenido en 2 períodos de 2010, y 4 períodos de 2011, por un valor total de \$16.764.000”.

1.2.- Una vez desarrollado el programa metodológico de investigación, la Fiscalía promovió ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), las audiencias preliminares (diciembre 04 de 2018, por medio de las cuales se declaró persona ausente al señor **GILBERTO ARANGO BETANCUR** y se le formuló imputación como autor de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador -artículo 402 C.P.-

1.3.- En febrero 26 de 2019 la Fiscalía radicó escrito de acusación por iguales cargos, cuyo conocimiento fue asignado por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que convocó para las correspondientes audiencias de formulación de acusación (junio 26 de 2019), preparatoria (julio 30 de 2019) y juicio oral (enero 31 de 2020), al cabo del cual se emitió un sentido de fallo de carácter absolutorio y se dictó la respectiva sentencia en mayo 20 de 2020.

Los fundamentos que tuvo en consideración el a quo para proferir fallo absolutorio, los hizo consistir en que si bien subsiste una deuda del señor **ARANGO BETANCUR** con el Estado producto de los impuestos sobre las ventas no consignados y que fueron recibidos por él de la actividad mercantil que desarrollaba, no se tiene noticia alguna acerca de su eventual reticencia a cancelarla, o sobre las posibles razones y circunstancias que lo condujeron a omitir el pago o consignación de la suma por él retenida.

En el juicio se incorporó el oficio persuasivo penalizable, emitido por la DIAN en abril 07 de 2015, y dirigido al aquí acusado, pero que no le fue entregado a su destinatario pues no hay constancia alguna a ese respecto. Y por otra parte, tampoco se obtuvo para esa época información que permitiera ubicarlo, lo que llevó a la Fiscalía, después de cuarenta y cuatro meses de formulada la denuncia -diciembre de 2018-, a solicitar y obtener la declaratoria de persona ausente.

La simple subsistencia de una deuda en esas condiciones no puede construir, de manera alguna, fundamento válido y sólido para deducir la responsabilidad penal en cabeza del agente retenedor o recaudador, puesto que ello conduciría a aplicar la responsabilidad objetiva, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que se examina en el proceso penal es lo relativo a la presunta comisión de una conducta punible, y si bien es cierto la omisión del pago de una suma retenida por alguien a título de impuesto, corresponde a la descripción típica de ese comportamiento, es menester establecer, así sea somera, indiciaria o

sumariamente, la concurrencia de los aspectos inherentes a la culpabilidad y antijuridicidad.

Por tanto, en su criterio, no existe por parte de la DIAN constancia alguna en el sentido que el aquí acusado recibió el requerimiento, el que incluso no ha tenido la oportunidad para discutir, controvertir o eventualmente aceptar total o parcialmente en cuanto a su monto.

1.4.- El apoderado judicial de la DIAN y la Fiscalía se mostraron inconformes con esa decisión y la impugnaron. No obstante, el despacho a quo declaró desierto el recurso interpuesto por el ente acusador por falta de sustentación, y concedió la apelación interpuesta por la DIAN al hallarla debidamente sustentada, razón por la cual la actuación fue remitida a esta Corporación para desatar la alzada.

2.- DEBATE

2.1.- Apoderado judicial de la DIAN -recurrente-

Pide se revoque la determinación proferida por el juzgado de primer nivel, y en su lugar se emita una sentencia condenatoria, con fundamento en lo siguiente:

Está debidamente comprobado que el señor **GILBERTO ARANGO** no solamente presentó las declaraciones sobre impuestos a las ventas litográficamente de forma voluntaria del recaudo efectuado durante los períodos 05 y 06 de 2010 y 03, 04, 05 y 06 del año 2011, sino que no los consignó al fisco dentro de la fecha establecida por el Gobierno Nacional, cuando legalmente estaba obligado a hacerlo, lo que configuró el delito consagrado en el artículo 402 C.P.

Para que se declarara al acusado persona ausente se agotaron los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal y le fue designado un defensor público. A partir de allí, en ninguna de las instancias procesales se aportaron elementos materiales probatorios por parte de la defensa, ni se desvirtuó lo planteado en la denuncia.

La DIAN realizó todas las actividades tendientes a que el imputado **ARANGO BETANCUR** se enterara de los requerimientos y actos administrativos proferidos con el fin de que llevara a cabo las acciones pertinentes para ponerse al día con la obligación tributaria, pero nunca se acercó a la administración para arreglar tal situación.

El acusado generó un perjuicio indebido al Estado, como quiera que se apropió injustamente de los dineros del recaudo de impuestos sobre las ventas que recibió de la actividad económica que realizaba. Prueba de ello, es la declaración presentada sin pago ante la entidad financiera Bancolombia, la cual goza de plena validez y demuestra su responsabilidad.

Los presupuestos probatorios y los elementos materiales fueron introducidos y acreditados en juicio, y determinaron con solvencia la situación fáctica, toda vez que se demuestra que el obligado fue quien suscribió y presentó la declaración objeto de debate y se apropió de esos dineros en provecho propio. Además, debe tenerse en cuenta que la persona que se obliga y tiene la calidad de recaudador se asimila según el Código Penal a un servidor público.

La DIAN desbordó todas las funciones inherentes a perseguir el pago de lo adeudado por el acusado, pero las actuaciones no surtieron frutos, toda vez que el contribuyente, como era su deber legal, no actualizó su Registro Único Tributario -RUT-, pese a que contaba con todas las bondades tanto físicas como tecnológicas brindadas por la administración para hacerlo, razón por la cual no fue posible su ubicación, no siendo este un motivo para conseguir ser absuelto como es el sentir del funcionario a quo, cuando se aportaron pruebas suficientes que demuestran la responsabilidad en el ámbito penal.

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 DIAN-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión de absolución del acusado **GILBERTO ARANGO** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo al proferimiento de una sentencia

condenatoria, como lo pide el apoderado judicial de la DIAN en calidad de recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

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

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

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

Como se indicó al comienzo de esta providencia, los hechos que se le atribuyen al acusado **GILBERTO ARANGO BETANCUR** se concretan en que el mismo, en su condición de representante legal del establecimiento "Arango Betancur Gilberto Distribuciones" dedicado a la comercio de partes, piezas, autopartes y accesorios para vehículos, recaudó por concepto de IVA la suma de \$16'764.000.00 en los períodos 05, 06 de 2010, 03, 04, 05 y 06 de 2011, sin haber efectuado las consignaciones al Gobierno Nacional dentro de los plazos de ley.

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

- Son los representantes legales de las entidades comerciales que recaudan o retienen sumas de dinero por concepto de retención en la fuente en las operaciones de pago, impuesto a las ventas o impuesto al valor agregado (IVA), acorde con la autorización contenida en el artículo 368 del Estatuto Tributario, o quien haga sus veces por haberle sido encomendada esa labor en forma expresa, los directos responsables de la obligación tributaria y por lo mismo de presentar

las declaraciones y liquidaciones ante la DIAN por los correspondientes períodos, con el subsiguiente pago en el plazo fijado por el Estatuto Tributario -dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo fijado por el Gobierno Nacional para entregar las declaraciones ante la DIAN-

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

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

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

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

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

En el caso bajo estudio, se tiene que para el a quo, aunque la Fiscalía logró demostrar la materialidad de la conducta, no lo hizo frente a la responsabilidad del obligado **GILBERTO ARANGO**, toda vez que el oficio persuasivo penalizable

¹ CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 33468.

emitido por la DIAN en abril 7 de 2015 y dirigido al acusado no fue entregado, y no se obtuvo para esa época información que permitiera ubicarlo. Que en tal sentido, no existía constancia alguna respecto al requerimiento previo de la entidad al hoy acusado, y que en consecuencia no había tenido la oportunidad de discutir, controvertir o eventualmente aceptar total o parcialmente el monto de lo que se dice no consignó. Así las cosas, de la simple subsistencia de la conducta en las condiciones referidas no se podía deducir la responsabilidad penal en cabeza del agente retenedor o recaudador, pues conduciría a aplicar una responsabilidad objetiva proscrita en el ordenamiento jurídico.

Como se indicó, el apoderado judicial de la DIAN argumenta que la entidad realizó todas las gestiones necesarias con el fin de buscar el pago de lo adeudado, pero las actuaciones no surtieron efecto, como quiera que el contribuyente no actualizó su RUT pese a que era su obligación y contaba con todas las herramientas tecnológicas para hacerlo, situación que no tiene injerencia en la responsabilidad penal del justiciable, en cuanto se probó en la audiencia de juicio oral, que fue el acusado quien suscribió y presentó las declaraciones objeto de debate y quien se apropió de los dineros que debieron ser consignados a favor del Estado por concepto de recaudo de impuesto sobre las ventas.

A juicio de la Corporación y frente al motivo para absolver por parte de la primera instancia, se considera que le asiste razón al apoderado judicial de la DIAN cuando señala que el oficio persuasivo no tiene injerencia alguna en la actuación penal, y ello por cuanto ese trámite interno que realiza la entidad tiene como única finalidad solicitarle al contribuyente ponerse al día en el pago de sus obligaciones. Así que ese requerimiento no puede entenderse como un presupuesto de procedibilidad dentro de la actuación penal, como si de un requisito *sine qua non* se tratara.

Sin duda alguna, es un trámite propio del procedimiento tributario, previo al cobro coactivo. No obstante, de la no existencia de ese trámite no puede depender en modo alguno la configuración o no estructuración del dolo como equivocadamente lo entendió el funcionario de instancia, por cuanto el análisis para determinar si existe responsabilidad en la comisión de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador, debía atenerse a las pruebas que permitían dilucidar el conocimiento que poseía el acusado frente a los hechos por los que aquí se le juzga.

Tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del inculpaado, quedaban dependiendo de las pruebas válidamente allegadas a la actuación,

independientemente del actividad o inactividad por parte de la entidad administrativa encargada del recaudo. De ese modo, lo aquí realmente trascendentes eran los testimonios de los señores OLMEDO DE JESÚS LÓPEZ ARBOLEDA -Gestor en la División de Recaudo y Cobranza- y CRISTIAN FERNANDO DÍAZ AYALA -Jefe de División de Recaudo y Cobranzas de la DIAN oficina Pereira-, con quien se ingresaron al juicio: (i) el formulario del Registro Único Tributario -RUT- y (ii) las declaraciones tributarias. Ya que con fundamento en ellas se podía determinar si se acreditó o no la existencia de una conducta ilícita, en tanto brindaban información fehaciente acerca de la actividad comercial que realizaba el aquí comprometido **GILBERTO ARANGO**, y en concreto cuáles eran sus obligaciones tributarias.

En ese orden de ideas, lo conocido en juicio es suficiente para determinar si de la actividad comercial que desempeñaba el acusado existía una obligación al momento del recaudo del impuesto sobre las ventas, la autenticidad de las declaraciones, y, por supuesto, la validez en cuanto ese recaudo anunciado y su monto correspondían a lo dejado de pagar por ese concepto. Obsérvese:

A efectos de demostrar que el aquí procesado en su condición de persona natural ejercía una actividad comercial, la Fiscalía aportó el formulario del Registro Único Tributario -RUT-, el cual debe tenerse como plenamente válido y suficiente para establecer dicha condición.

Así es, porque toda persona que se inscribe en el RUT, como aquí acaeció, es porque se entiende sabedora de cuáles son sus cargas tributarias, los deberes adquiridos con el Estado, y las consecuencias que genera el no pago de los dineros que recaude en ejercicio de las funciones como 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 se registró como una persona dedicada a la comercialización de partes y autopartes de automóviles y que sabía lo que estaba manifestando.

Ahora, en cuanto a las declaraciones tributarias presentadas, se tiene que las mismas deben tenerse por auténticas, con fundamento al menos en dos principios básicos: el primero de ellos, el de la *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 directa a 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, tiene aplicabilidad el principio de *incumbencia probatoria*, según el cual: “[...] le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico [...]”.²

Con fundamento precisamente en ese entendimiento, esta misma Corporación desde tiempo atrás³ y en forma reiterada, ha sostenido situación similar en lo que atañe al delito de omisión de agente retenedor, 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 conocimiento pertinentes, que las firmas fueron hechas por alguna otra persona diferente a la acusada. Pero vemos que la realidad probatoria nos demuestra que la Defensa no cumplió con dicha carga, razón por la que se puede concluir que todo lo dicho, en tales términos, por los apelantes para cuestionar la autenticidad de los documentos de marras son unas simples y meras especulaciones que en nada afectan la presunción de autenticidad que amparan a las enunciadas declaraciones tributarias [...]”.⁴

La anterior afirmación guarda coherencia con la denominada *carga dinámica de la prueba*, en cuanto, una vez el órgano de persecución penal cumple 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

² C.S.J., S.P. sept. 8 de 2015, rad. 39419

³ Cfr. TS, SP, jul 08 de 2010, rad. 6600131040052, M.P. Castaño Duque

⁴ Cfr. TS, SP, mayo 11 de 2018, rad. 66201101129701, M.P. Yarzagaray Bandera

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 procesado.

Sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha concluido:

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

"Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba⁵, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

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

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

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, **sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para**

⁵ El principio de la carga dinámica de la prueba, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para comprobar o no un hecho, a nivel interno, por tradición, sólo se ha aplicado en el campo del proceso civil y del administrativo. También se ha empleado por la Corte Constitucional, en asuntos relacionados con el principio de buena fe en el caso de desplazados, ya que si se presume ésta en la actuación de los particulares, se invierte la carga de la prueba, y por ende son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene calidad de desplazado (T-321 de 2001).

controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador⁶ -énfasis suplido-.

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

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

"Como lo recuerda el Delegado, en el presente caso, la absolución del procesado ORLANDO ISAZA ESTRADA tuvo como soporte las exculpaciones esgrimidas por el mismo en el curso de la audiencia pública, y de acuerdo a las cuales no todos los dineros declarados del impuesto sobre las ventas -IVA- durante los períodos concretados en la acusación, fueron realmente recaudados, dado que debido a la difícil situación económica que vivió el país en ese momento, muchos de sus clientes, a quienes vendía a crédito los productos de su empresa, no le cancelaron sus acreencias, **lo cual, dijo, constaba en los libros contables de la firma, aspecto que no fue aclarado por la Fiscalía, generándose una duda que llevó a considerar que los dineros declarados no ingresaron 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 humanos⁷.

[...]

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.**

⁶ Cfr. al respecto las sentencia de casación penal: 23.174 de 28-11-07, 23.754 de 09-04-08 y 25.360 de 30-04-08, entre otras.

⁷ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de **"carga dinámica de la prueba"**, que ya ha sido desarrollado por la Sala⁸ reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, **posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella**".⁹ -negrillas fuera del texto-

Pues bien, en este asunto de acuerdo con el desarrollo que tuvo el juicio y a los planteamientos que hizo la defensa tanto en el contrainterrogatorio que efectuó a los señores CRISTIAN FERNANDO DÍAZ AYALA -Jefe de División de Recaudo y Cobranzas de la Diana- y OLMEDO DE JESÚS LÓPEZ ARBOLEDA -Gestor en la División de Recaudo y Cobranza-, como en los argumentos presentados en los alegatos conclusivos, los mismos se estructuraron exclusivamente en cuanto a la "ausencia de notificación del oficio persuasivo", pero nada se controvirtió ni se desvirtuó en cuanto a las seis declaraciones tributarias presentadas por su representado, y los efectos probatorios que ellas generaban.

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

Se itera entonces, que quien pretenda desconocer esa realidad probatoria, tiene la carga de demostrar lo contrario, esto es, que tanto la representación legal que dimana del RUT, como las firmas que allí reposan, al igual que el contenido declarativo de los documentos tributarios presentados ante ese ente oficial, no son reales y presentan alguna alteración o falsificación, lo que aquí no ocurrió.

⁸ Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754.

⁹ C.S.J., casación penal del 13-05-09, radicación 31.147,

Ya en relación con la demostración del recaudo y monto consignados en las autodeclaraciones, se debe seguir la misma línea de lo anteriormente concluido, es decir, que la característica del documento que contiene esa manifestación de voluntad frente al Estado, permite asegurar que posee la condición de público con todo lo que esa connotación entraña; luego entonces, no puede decirse nada diferente a que su contenido es cierto mientras no se demuestre lo contrario.

De ese modo, se presume que tanto el recaudo anunciado como su monto son ciertos. Y no puede ser de otra manera, como quiera que se sale de toda lógica, que una persona no comprometida con el recaudo de dineros públicos declare una tal actividad a sabiendas de las consecuencias que un proceder de esa naturaleza le genera.

En esas condiciones se tiene que la Fiscalía demostró no solo la ocurrencia de los hechos sino también la responsabilidad del procesado, porque es claro que tenía la obligación de consignar a favor del Estado el impuesto sobre las ventas correspondientes a los períodos 05 y 06 de 2010 y 03, 04, 05 y 06 del año 2011, que suman un total de \$16'764.000.00, y que se originaron en la actividad mercantil por él realizaba.

Decir o proponer en consecuencia, como lo hizo el funcionario de instancia, que el acusado desconocía esos deberes o que no hubo culpabilidad porque no se sabe si le llegó el requerimiento previo dentro del procedimiento interno tributario ante la DIAN, es desviar la atención de lo sustancial frente a lo accesorio, dado que ese trámite administrativo en nada incide o perjudica la actuación en el ámbito penal. En otros términos, la existencia de alguna potencial irregularidad en la ejecución del cobro coactivo a efectos de obtener de manera forzada el recaudo, es situación que no se constituye en un prerequisite de procedibilidad para efectos de iniciar o proseguir la acción penal.

Con fundamento en todo lo consignado, el Tribunal no ve alternativa diferente a revocar la determinación proferida por parte de la primera instancia, y en su lugar corresponde emitir un fallo de condena.

Dosificación punitiva

A voces del artículo 402 C.P., 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.

Acorde con lo establecido en los artículo 60 y 61 C.P., la pena a imponer deberá ser la mínima del cuarto inferior, es decir, 48 meses de prisión y multa en cuantía de \$ 33'528.000.00 a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en consideración a la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad.

Como 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 del Código Penal, modificado por la Ley 1709/14 en su canon 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, tiene plena operancia 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 C.P. 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, al momento de entrar en vigencia la misma ya se encontraba vigente la prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 68A, que fue establecida desde la ley 1474/11 precisamente para delitos contra la Administración Pública.

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

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 es 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 época de los hechos¹⁰, sí se cumplen 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 y no evadirá el cumplimiento de la pena.

Frente al cumplimiento de ese segundo requisito, aunque el señor **GILBERTO ARANGO** fue declarado persona ausente, estima la Sala que no se puede decir que el sentenciado evadirá el cumplimiento de la pena, puesto que los efectos jurídicos de dicha declaratoria no se pueden tomar como una sanción, sino como una herramienta procesal idónea para continuar con el trámite penal - una vez agotados los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del investigado sin lograr su ubicación-. Todo lo cual es diferente a la figura de la contumacia, porque ésta constituye un verdadero acto de rebeldía del iniciado frente a la Administración de Justicia -sentencia SP1500-2020, radicación 54332 de junio 17 de 2020-.

Por tanto, debe presumirse que los aspectos normativos del artículo 38 original del Código Penal son favorables al sentenciado, al no haberse demostrado lo contrario dentro de la presente actuación.

Al concluirse que el procesado cumple las referidas exigencias, es procedente la concesión de la prisión domiciliaria, misma que deberá garantizar mediante caución prendaria para 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 contados a partir de la ejecutoria, 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 cumplimiento 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. Adicionalmente, deberá observar las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del INPEC

¹⁰ La ley 1474 de 2011 entró en vigencia en julio 12 de 2011, y los períodos dejados de cancelar por el señor **GILBERTO ARANGO** fueron anteriores a la mencionada fecha, siendo el último período dejado de pagar en junio de 2011, es decir, en vigencia del artículo 38 original del código penal.

para el acatamiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

La referida caución se fijará en el equivalente a un salario mínimo, que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio, o mediante póliza otorgada por una compañía de seguros - artículos 307, literal b, numeral 8 y 319 C.P.P.-. La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el sentenciado ante el juzgado de primera instancia dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se le haga de esta determinación.

Acorde con la sentencia C-342/17¹¹, la sanción deberá cumplirse en forma efectiva; por tanto, en firme esta determinación se librará la correspondiente orden de captura.

De la doble conformidad

Según lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792/14 y SU-215/16, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujo la misma Alta Corporación en sentencia SU-146/20, al igual que la Sala de Casación Penal en CSJ AP, 03 abr. 2019, Rad. 54215 y CSJ AP, 03 sept. 2020, Rad. 34017, al haber sido emitido por primera vez el fallo de carácter condenatorio en sede de segunda instancia, los sentenciados tendrán derecho, bien sea de manera directa o por intermedio de sus apoderados, a interponer y sustentar dentro de las oportunidades establecidas el recurso de impugnación excepcional. Las demás partes e intervinientes -Fiscalía, apoderado de la DIAN y agente del Ministerio Público- tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

¹¹ 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 [...]”

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 Tercero Penal del Circuito de esta capital, y en su lugar se **CONDENA** al procesado **GILBERTO ARANGO BETANCUR**, titular de la cédula de ciudadanía 10.060.606 expedida en Pereira (Rda.), a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, y multa por valor de \$ 33'528.000.00 a favor del Consejo Superior de la Judicatura, como autor 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 accesorio la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la sanción privativa de la libertad.

TERCERO: SE NIEGA al sentenciado 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 al procesado la prisión domiciliaria, para lo cual deberá consignar caución prendaria por el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente o por póliza otorgada por una compañía de seguros, y suscribir acta de compromiso en los términos indicados en el cuerpo motivo de esta providencia.

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

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer los correspondientes recursos.

Contra la presente sentencia procede la impugnación especial por parte del procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b64faa5790567385085c3683d5296a2e2aa391fcb6c0f49cd21a5c865f71ed76

Documento generado en 16/02/2022 02:44:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>