



Bogotá, D.C., 11 de junio de 2020.

Oficio PSDCP-. CON – N.º 48

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P. JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
E. S. D.

Proceso: Ley 906 de 2004
Radicado: 56.030
Procesado: ANTONIO JOSÉ PÉREZ ARIAS

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, y lo previsto por el Acuerdo número 020 del 29 de abril de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal conceptúa en defensa del orden jurídico, derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa de Antonio José Pérez Arias, en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó la decisión del Juzgado Diez y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó al procesado al hallarlo penalmente responsable de haber cometido el delito de Omisión de Agente Retenedor.

HECHOS

Se tienen los siguientes:

“(...) tuvieron ocurrencia en los años 2007, 2008 y 2009 cuando Antonio José Pérez Arias en calidad de representante legal de la empresa ANPEZ S.A. con Nit. 805.010.944 no consignó las sumas recaudadas por concepto



de retención en la fuente e impuestos sobre las ventas de los siguientes periodos:

Por concepto de impuesto sobre la Venta:

<i>Año 2007:</i>	<i>\$147.855.000</i>
<i>Año 2008:</i>	<i>\$113.947.000</i>
<i>Total</i>	<i>\$261.802.000</i>

Por concepto de retención en la fuente:

<i>Año 2006:</i>	<i>\$30.619.000</i>
<i>Año 2008:</i>	<i>\$79,532.000</i>
<i>Año 2009:</i>	<i>\$ 9.095.000</i>
<i>Total</i>	<i>\$ 119.246.000</i>

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía formuló imputación al señor Antonio José Pérez Arias como presunto autor responsable de cometer el punible de omisión de agente retenedor o recaudador en concurso homogéneo, por 18 conductas, cargos que el imputado aceptó.

Ante el Juzgado Diez y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali se llevó a cabo audiencia de verificación del allanamiento a cargos, despacho que aprobó la aceptación de cargos por la responsabilidad de haber cometido el delito de omisión de agente retenedor o recaudador en concurso homogéneo, decisión que fue confirmada a instancia del Tribunal Superior de Cali al desatar el recurso vertical, fallo que ahora es objeto de demanda de casación que ocupa la atención de esta agencia ministerial.



DEMANDA DE CASACIÓN

Demanda en la que se postulan dos cargos nominados como se plantea:

Primer cargo:

La inconformidad por este cargo radica en que le fue desconocido al procesado el derecho a la defensa técnica, con lo que le vulnera el debido proceso; por cuanto el abogado que lo asistió durante el juicio no allegó las pruebas que dan cuenta de que se habían hecho abonos a las obligaciones denunciadas por la DIAN en un monto aproximado de quinientos millones de pesos

Segundo Cargo:

El reclama por este cargo consiste en que el Tribunal le negó el beneficio de la prisión domiciliaria como mecanismo alternativo para cumplir la pena privativa de la libertad, aplicando erradamente el criterio previsto en la Ley 1474 de 2011 cuando debió aplicar la Ley 1709 de 2014, actuación con la que violentó la ley por aplicación indebida de una norma legal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Como quiera que los problemas jurídicos planteados consisten en que al dictar la sentencia condenatoria, se le vulneró el derecho de defensa técnica al procesado, desconociéndole derechos fundamentales y de no haber aplicado la norma llamada a regular el caso en relación con la concesión de la sustitución de la prisión domiciliaria, resultándole más favorable al penado.



Habida cuenta que la inconformidad radica en que la actuado en las instancias ostenta vicios que lo afectan de nulidad, debido a la deficiente defensa técnica ejercida por el abogado; ya que en la oportunidad debida no controvertió la imputación hecha al procesado, por cuanto existiendo prueba con la que se acredita que la DIAN a través del proceso ejecutivo coactivo embargado bienes de propiedad del procesado, recaudo lo adeudado a la administración de impuestos, y la defensa no solicitó el paz y salvo a la entidad recaudadora en el que se da cuenta del pago efectivo de las obligaciones con la DIAN; al respecto es necesario precisar que:

En el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, prevé que para obtener un proceso justo y con las garantías fundamentales, al procesado debe garantizársele el derecho de defensa y no cualquier defensa; según voces de variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, entre otras en la sentencia con radicado número 43.356 de 2016 indico:

“...nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la “plenitud de las formas propias de cada juicio”. La Constitución igualmente se refiere a otros principios que complementan esta garantía, tales como el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la asistencia profesional de un abogado, la publicidad del juicio, la celeridad del proceso sin dilaciones injustificadas, la aducción de pruebas en su favor y la posibilidad de controversia de las que se alleguen en contra del procesado, el derecho de impugnación de la sentencia de condena -salvo que se trate de casos de única instancia-, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho así se le dé una denominación jurídica distinta”.



A cerca del derecho a la defensa, se tiene que en el artículo 29 de la Constitución Política se consagró como principio rector y la Ley 906 de 2004 lo enlistó dentro de los principios y garantías procesales, ubicado en el artículo 8, y cuando ese derecho se ve afectado lo adecuado es nulificar lo actuado posterior al acto irregular para que pueda corregirse; así lo destaca reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dentro de ellas la sentencia con radicado número 48.128 de 2017, enseña que:

“La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho”.

“En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado”.

“En jurisprudencia reciente, esta Corporación advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibles al derecho de defensa”.



“En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación”.

El derecho a la asistencia letrada pretende evitar desequilibrios entre los contradictorios que puedan generar como resultado la indefensión y, en consecuencia, desde la óptica adversarial, promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario.

Finalmente, el derecho a la asistencia letrada debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva.

VIOLACIÓN DIRECTA

En lo que tiene que ver con la violación directa de la ley sustancial, se dice que esta ocurre de la equivocación en que incurre el juzgador de manera inmediata, es decir, sin mediar un yerro en la apreciación de la prueba, al realizar el juicio de derecho, es decir, al aplicar la normatividad que corresponde a los hechos materia de juzgamiento.

La equivocación aludida se manifiesta a través de tres variaciones, así: la primera, denominada falta de aplicación o exclusión evidente, se presenta cuando no se aplica la norma que corresponde porque el juez yerra acerca



de su existencia; a través de la segunda, denominada aplicación indebida, el sentenciador efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición; en la última, conocida como interpretación errónea de la ley, los procesos de selección y adecuación al caso en cuestión son correctos pero, al interpretar el precepto, el juez le atribuye un sentido que no tiene, o bien le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido” así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia dentro de ellas la sentencia con radicado número 32411 de 2010.

Como quiera que la inconformidad en contra de la sentencia de segunda instancia radica en que se condenó al procesado sin garantizarle una adecuada defensa técnica, por cuanto el abogado que lo asistió en audiencia preliminar de imputación y durante la etapa del juicio, en primera instancia, no aportó las pruebas que daban cuenta que el imputado había cancelado la obligación por la cual está siendo investigado y sin embargo lo condujo a que aceptara cargos en la audiencia de formulación de imputación, sin darse la oportunidad de controvertir los hechos que lo comprometen con el delito tipificado por el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Teniendo en cuenta que las orientaciones procesales previstas tanto en la Norma Superior como en la Ley 906 de 2004, prescriben el derecho a la defensa del procesado como garantía fundamental; y no es cualquier defensa; debe garantizarse que durante toda la actuación el indiciado o procesado este provisto de un abogado que de forma activa defienda los intereses, para ello busque la mejor estrategia defensiva, cuando falla la defensa técnica se desprotege al procesado, queda desamparado ante el poder punitivo del Estado; que dicho sea de paso, corresponde al juez quien



preside las actuaciones, garantizar los mínimos derechos del implicado, así se desprende del artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, se configura la violación al derecho a la defensa real o material, por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, así lo ha dilucidado en reiterada jurisprudencia de Esta Corporación, entre otras en la sentencia con radicado número 43.356 de 2016.

Sin embargo, para verificar la real afectación del derecho de defensa técnica, debe demostrarse cuál la estrategia defensiva que no fue empleada por el anterior defensor, que siendo previsible hubiera variado el resultado del proceso; ya que en materia defensiva, no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción, cada defensor plantea su estrategia.

Como la inconformidad radica en que a través de proceso de jurisdicción coactiva, la DIAN recaudó las sumas de dinero por las se le atribuye responsabilidad penal al procesado; tanto así que dispuso levantar la medida sobre los bienes que habían sido objeto de medida cautelar; elemento material probatorio que no fue solicitado por la defensa primigenia y que llevo al procesado a aceptar los cargos que le formuló la fiscalía en la audiencia de imputación, y no fue controvertida, la actitud pasiva asumida por la defensa afectó los derechos del procesado a demostrar la realidad de lo ocurrido.

El proceder del abogado conllevó al procesado a aceptar cargos sin la mínima información del estado de los procesos coactivos que se adelantaron en su contra, ya que hubo consignaciones dinerarias a favor de la DIAN y la defensa no aportó ningún elemento de prueba en beneficio de la teoría defensiva; pasividad del togado que vulneró el derecho del



defensa, por cuanto pudo haber controvertido los hechos por los cuales la Fiscalía investigó y acusó a Antonio José Pérez Arias, y no lo hizo; teniendo en cuenta que el derecho de defensa forma parte del conglomerado de los derechos fundamentales objeto de protección por la Constitución Política y la ley; no existiendo otro medio para remediar dicha falencia, y para que el procesado pueda controvertir los hechos en que le atribuyen responsabilidad; debe retrotraerse la actuación hasta donde se le permita realizar dicha labor; luego entonces el cargo tiene vocación de prosperar como lo demanda el casacionista.

En relación con el reproche en que no fue le concedido al procesado el sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena, estando vigente dos presupuestos legales, la Ley 1142 de 2007 y la Ley 1709 de 2014, aplicándole la más restrictiva, contrariando derechos del procesado al no aplicar la ley más favorable.

Respecto del principio de favorabilidad, se tiene que es derecho que le asiste al procesado, más aún cuando se trata del blindar la restricción a la libertad, así quedo consagrado en la Constitución Política en el artículo 29 se advierte que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable; norma que se desarrolla en la Ley 906 de 2004 artículo 6; principio que garantiza que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria.

En el caso de que fue negado el sustituto previsto en el artículo 63 de la Ley 599 de 2004, a pesar que los hechos ocurrieron para los años 2007, 2008 y 2009 debió haberse beneficiado al procesado en relación con la aplicación de la norma menos restrictiva de los derechos como lo es el de la libertad.



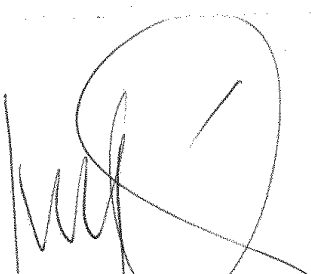
Visto lo anterior y teniendo en cuenta que los reproches derrotan la presunción de acierto y legalidad con la que pretendían amparar la decisión del tribunal, ya que existen elementos de convicción que debilitan la certeza acerca de la comisión del delito por el que fue condenado el procesado, toda vez que administrativamente la obligación fue cumplida a satisfacción de la entidad administradora de impuestos, siendo aplicable lo previsto en el parágrafo del artículo 402 del Código Penal.

PETICIÓN

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, los cargos tienen vocación de prosperar; por lo tanto muy comedidamente se solicita de los honorables magistrados **CASAR** el fallo impugnado, proferir uno de reemplazo donde se garantice la efectividad de los derechos que reclama el demandante.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente



JAIME MEJÍA OSSMAN

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

D.R.