

C-290-19

Sentencia C-290/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Carácter definitivo, de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes

COSA JUZGADA-Reiteración de las reglas jurisprudenciales para verificar su existencia y configuración/COSA JUZGADA-Elementos para su existencia

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos respecto de inexequibilidad/COSA JUZGADA MATERIAL DE UN FALLO DE INEXEQUIBILIDAD-Requisitos para su configuración

COSA JUZGADA MATERIAL-Efectos en un fallo de exequibilidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos de procedibilidad

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Mandatos constitucionales/INTEGRACION OFICIOSA DE UNIDAD NORMATIVA-Carácter excepcional

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

UNIDAD NORMATIVA-Integración

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL-Alcance

AMPLIO MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Contenido y alcance/LEGISLADOR-Facultad para establecer diferentes modelos y alternativas de trámites judiciales

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DERECHO PENAL-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA DEFENSA-Se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal en razón de los intereses jurídicos

DERECHO A LA DEFENSA-Garantía constitucional

DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN EL PROCESO PENAL-Protección constitucional

DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN EL PROCESO PENAL-Protección garantizada de acuerdo con las especificidades de cada etapa del proceso

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Alcance y fundamento

METODO DE PONDERACION EN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Objeto

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Límites a la actividad punitiva del Estado

DOSIMETRIA PENAL-Competencia legislativa/DOSIMETRIA PENAL-Principios de razonabilidad y proporcionalidad

DEBIDO PROCESO-Garantías

DELITO DE OMISION DE AGENTE RETENEDOR-Descripción legal

AGENTE RETENEDOR-No se asemeja a contribuyente/AGENTE RETENEDOR-Obligaciones

En efecto, el recaudo efectivo y eficiente de los recursos públicos a través del mecanismo en mención es de vital importancia desde el punto de vista constitucional, pues constituye una de las principales fuentes de liquidez del Estado para el cumplimiento de sus funciones públicas y la consecuente materialización de los fines del Estado Social de Derecho.

Referencia: Expediente D-12634

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 “Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Demandante: Carlos Andrés Lizcano Rodríguez.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Andrés Lizcano Rodríguez presentó, ante esta Corporación, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó

el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por el desconocimiento de los artículos 1°, 13, 28, 29 y 95 de la Carta Política.

En auto del 12 de abril de 2018, la Magistrada sustanciadora identificó las falencias de los cinco cargos de inconstitucionalidad presentados por el actor y, en consecuencia, dispuso la inadmisión de la totalidad de la demanda.

En el escrito de subsanación, el ciudadano desistió de la mayoría de las censuras formuladas y precisó que sus argumentos se dirigirían a corregir un único cargo, fundado en la violación de los principios de legalidad y proporcionalidad que se derivan de la garantía del debido proceso prevista en el artículo 29 Superior. En particular, para el demandante la norma parcialmente acusada supedita la terminación del proceso penal al cumplimiento de una condición -el pago de intereses moratorios- que no guarda relación con la naturaleza, estructura y elementos de la conducta tipificada -omisión del agente retenedor o recaudador-.

En auto de 24 de abril de 2018, el despacho, con base en la jurisprudencia constitucional, hizo referencia del principio de legalidad y a partir de este advirtió que los argumentos presentados por el demandante no están dirigidos a demostrar el desconocimiento de las garantías que se derivan del principio en mención. Por ende, concluyó que el cargo por violación del principio de legalidad incumplió el requisito de especificidad y dispuso su rechazo.

El actor también denunció la transgresión del principio de proporcionalidad como una garantía que debe guiar la actividad del Legislador y que constituye un límite a la función legislativa.

En relación con la proporcionalidad, el despacho advirtió que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que este principio en materia penal se deriva de diferentes preceptos superiores, entre los que se encuentra el artículo 29 Superior[1]. Por ende, en aplicación del principio *pro actione*, admitió el cargo descrito.

En consecuencia ordenó: (i) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia; (iii) comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República, al

Presidente del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y (iv) invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Tributario y a las facultades de Derecho de las Universidades de Ibagué, del Norte de Barranquilla, de Cartagena, Sergio Arboleda, Externado de Colombia, del Rosario y Libre para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran en este asunto para defender o atacar la constitucionalidad del aparte acusado.

En Auto 305 de 2017, la Sala Plena de esta Corporación decidió suspender los términos de este proceso a partir del 21 de junio de 2017.

Luego, mediante Auto 775 de 2018, la Sala Plena levantó la suspensión de términos decretada previamente y dispuso la comunicación de esta decisión a la ciudadanía, al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, procede la Corte a decidir la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición parcialmente acusada y se subraya el aparte demandado:

“LEY 1819 DE 2016

(diciembre 29)

Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 339. Modifíquese el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

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

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

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal (sic) prevista en este artículo.

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

PARÁGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado

por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.”

III. LA DEMANDA

Carlos Andrés Lizcano Rodríguez presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por la violación del principio de proporcionalidad como manifestación de la garantía del debido proceso prevista en el artículo 29 Superior.

El ciudadano adujo que la proporcionalidad exige un mínimo de correspondencia entre las reglas de terminación del proceso penal y la conducta tipificada, motivo por el que la introducción de elementos ajenos al tipo para el acceso a las medidas de terminación de los procesos es desproporcionada. Por lo tanto, la norma acusada desconoce el principio en mención porque exige el pago de intereses moratorios como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador” a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal referido.

En ese sentido, explicó que el pago de los intereses busca garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones y robustecer el recaudo tributario. Sin embargo, estas finalidades también pueden garantizarse al exigir el pago de la suma adeudada sin intereses o mediante el recaudo de los intereses moratorios por otras vías que no tengan incidencia de carácter penal, ni afecten la libertad y el debido proceso.

IV. INTERVENCIONES

INTERVENCIONES ESTATALES

1. Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

En primer lugar, la entidad indicó que no puede comprenderse el alcance de la norma acusada sin remitirse a la conducta penal tipificada en el artículo 402 del Código Penal y a las normas tributarias vigentes en materia de extinción de obligaciones.

En ese sentido destacó que la conducta punible de “omisión de agente retenedor” es una sanción penal para quienes no cumplan el deber de consignar al Estado las sumas retenidas por concepto de impuesto a las ventas y al consumo. Esta conducta fue tipificada inicialmente en el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, el cual fue complementado por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 y modificado parcialmente por el artículo 402 de la Ley 599 de 2000. Luego, el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 transformó integralmente el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 y así se derogó tácitamente el artículo 665 del Estatuto Tributario y la conducta quedó íntegramente regulada en el Código Penal. A pesar de estas modificaciones la descripción típica se ha mantenido en las disposiciones.

Luego de describir el desarrollo legislativo, la Fiscalía indicó que el tipo penal es complejo porque regula varias conductas con una misma sanción e incluye diversos elementos normativos que remiten al Estatuto Tributario, los cuales fueron descritos en la Sentencia C-009 de 2003.

Adicionalmente, la Fiscalía destacó el artículo 812 del Estatuto Tributario, que determina que el pago tardío de los impuestos, anticipos y retenciones causa intereses moratorios en la forma prevista en los artículos 634 y 635 ibídem. Por su parte, el artículo 634 en mención -modificado por el artículo 278 de la Ley 1819 de 2016- indica que los agentes retenedores y responsables de impuestos administrados por la DIAN que no cancelen las obligaciones a su cargo deberán liquidar y pagar intereses moratorios por cada día calendario de retardo en el pago. Por ende, es necesario integrar el artículo 634 del Estatuto Tributario para la comprensión de la norma acusada.

Establecida la necesidad de la integración de la unidad normativa, la autoridad expuso los argumentos por los que, a su juicio, la norma acusada no vulnera el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, señaló que el amplio margen de configuración del Legislador en el diseño del proceso penal está limitado por los derechos de contenido sustancial de las partes y por las garantías procesales esenciales. Estos límites se encuentran de forma explícita en las prohibiciones fijadas en la Constitución y, de forma implícita, en la interpretación sistemática de la Carta Política.

Luego, la entidad indicó que el párrafo del artículo 402 del Código Penal incluyó una

norma procesal, ya que previó una causal de extinción de la acción penal y la enunciación de las figuras procesales a través de las que se debe declarar esa situación. Esta norma es coherente con el artículo 82 del Código Penal que establece como causal de extinción de la acción penal el pago en los casos que determine la ley.

La exigencia del pago de intereses como presupuesto para la extinción de la acción penal es adecuada para la protección de la administración pública, en particular porque se trata de una medida para salvaguardar el patrimonio público. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los intereses moratorios pretenden desestimular la cultura de no pago y resarcir los perjuicios sufridos por la imposibilidad de disponer de los recursos que le pertenecen.

Asimismo, indicó que esta disposición desarrolla el deber de contribuir a financiar los gastos e inversiones públicas y no vulnera el principio de legalidad penal, ya que no transgrede las prohibiciones de analogía, del uso del derecho consuetudinario para agravar la pena y de retroactividad; no fija una causal de extinción indeterminada y tiene en cuenta el principio de lesividad del acto, pues el agente retenedor produce un daño a la administración pública.

En concordancia con esas consideraciones, para la Fiscalía exigir el pago de los intereses moratorios para la extinción de la acción penal es proporcional, pues el desconocimiento de los intereses generaría un trato inequitativo con las personas que cumplen sus deberes tributarios de manera oportuna.

Adicionalmente, la entidad señaló que la ponderación que plantea el demandante es inviable por la divergencia en los elementos de comparación, ya que el ciudadano pretende confrontar el principio de legalidad con la regla de cumplimiento de las obligaciones tributarias, es decir que se trata de elementos de diferente naturaleza.

Finalmente, la Fiscalía adujo que la pretensión del demandante desconoce las competencias del Legislador y el respeto por el principio democrático, pues pretende que el juez constitucional le exija al Congreso de la República la correspondencia exacta, plena y definitiva entre el objeto del tipo y la extinción de la acción penal a pesar de que en el presente caso la norma acusada respeta los deberes, derechos y garantías de orden constitucional.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que la Corte se INHIBA para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud de la demanda.

En primer lugar, el Ministerio indicó que el cargo presentado por el ciudadano no cumple los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para la formulación de una censura de inconstitucionalidad por el desconocimiento del presupuesto de certeza, pues contrario a lo señalado por el demandante la norma evidencia una amplia relación entre los elementos del tipo penal, máxime si se considera que la jurisprudencia constitucional, en múltiples oportunidades, ha resaltado la relación que se presenta entre la retención de dineros públicos y los intereses moratorios.

En efecto, para la entidad el sentido normativo propuesto por el demandante, de acuerdo con el cual no hay ninguna relación entre los tributos recaudados y los intereses moratorios, no es cierto.

Adicionalmente, el interviniente señaló que el bien jurídico afectado es el patrimonio público y que los intereses de mora son la consecuencia pecuniaria por la apropiación indebida de los recursos públicos recaudados por el agente. En ese sentido, es clara la relación entre el hecho que desencadena el daño y los intereses por no entregar dichos bienes al Estado, por ende, la exigencia del pago de intereses es razonable para resarcir el daño provocado sobre el bien jurídico afectado.

De otra parte, el Ministerio indicó que la condición demandada apoya la función preventiva de la pena, pues de lo contrario el agente podría apropiarse de los recursos y usufructuarlos hasta que inicie el proceso penal y realizar el pago únicamente para liberarse del proceso, incluso cuando este ha avanzado hasta la etapa de juicio. En ese mismo sentido, destacó que el pago de los intereses se encuentra íntimamente relacionado con el fundamento temporal del tipo penal, pues este se configura por la falta de consignación de los dineros recaudados “dentro del término legal”, y por lo tanto es un componente indispensable para el éxito de la función preventiva del tipo y la extinción del proceso penal.

En concordancia con lo anterior, adujo que el demandante desconoció que el Legislador, con base en el principio de necesidad de la pena, estableció en la norma acusada una condición

-el restablecimiento integral del perjuicio sufrido por el Estado- para que la lesión del bien jurídico protegido dejara de tener relevancia para el sistema penal.

En segundo lugar, la entidad adujo que el cargo incumplió el requisito de pertinencia, debido a que el demandante presentó argumentos, principalmente, de naturaleza legal, tales como la referencia a diversos tipos penales y la formulación de razones de conveniencia.

En tercer lugar, el interviniente indicó que el cargo desconoció el presupuesto de suficiencia, debido a que los argumentos presentados no despiertan dudas sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Lo anterior, porque si el agente no se ve compelido a resarcir de manera íntegra el daño al bien jurídico se incentivaría la apropiación indebida de los recursos públicos recaudados.

En cuarto lugar, el cargo incumplió el requisito de claridad porque el demandante: (i) sólo cuestionó la exigencia del pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario, pero no discutió la referencia “a las normas legales respectivas” incluida en la norma acusada, que alude a las disposiciones que prevén el momento a partir del cual se liquidan los intereses y en las que se determina la tasa; y (ii) confundió conceptualmente la aplicación de la proporcionalidad en la tipificación del delito con uno de los medios para extinguir la acción penal.

Igualmente, el Ministerio destacó que el demandante partió de una concepción equivocada sobre la finalidad del tipo penal, ya que considera que este únicamente busca la recuperación de las sumas que no han sido entregadas al Estado. Sin embargo, la lectura integral de la disposición evidencia que sus objetivos son, de un lado, disuadir al agente retenedor de apropiarse de dineros públicos y, de otro, evitar que no se entreguen a tiempo.

Asimismo, adujo que el actor se equivoca en relación con el objetivo de la medida de terminación del proceso, que es resarcir integralmente el daño causado con la indebida apropiación, a través de la recuperación de los montos retenidos ilegalmente junto con los intereses causados.

Por último, concluyó que es tan clara la coherencia entre el tipo penal y las condiciones para

la extinción de la acción penal, en atención a la relevancia del factor temporal en la configuración del tipo, que no es posible tener por cierto el cargo y emitir un pronunciamiento de fondo.

3. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

La autoridad resaltó, de forma inicial, la garantía de debido proceso desarrollada en el artículo 29 de la Carta Política, la cláusula de responsabilidad de los particulares y las entidades públicas incluida en el artículo 6º ibidem y la previsión constitucional sobre el ejercicio de funciones públicas por particulares del artículo 123 ejusdem.

Luego, hizo referencia a algunas de las consideraciones expuestas por esta Corporación en las que precisó que el agente retenedor ejerce la función pública de recaudar, en nombre del Estado, tributos. Con base en estos elementos destacó que el tipo penal de omisión de agente retenedor tutela el bien jurídico de la administración pública, en particular, el patrimonio de la Nación.

Establecidos esos presupuestos generales indicó que la norma acusada no tipifica la falta de pago de los intereses y, por el contrario, prevé una forma de terminación del proceso penal supeditada al pago de la obligación y sus intereses, los cuales tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios ocasionados con el ilícito, pues cubren la obligación y resarcen el daño.

Asimismo, resaltó que la norma demandada guarda coherencia con el artículo 82 del Código Penal que prevé la extinción de la acción por pago en los casos establecidos por la ley. Por lo tanto, el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los eventos en los que sujetará la extinción de la acción penal a dicha condición.

En síntesis, para el Ministerio la causal de terminación del proceso penal demandada se enmarca dentro de las competencias constitucionales del Congreso de la República, está en armonía con las demás previsiones de carácter penal y no transgrede normas de rango superior.

4. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le solicitó a la Corte, de forma principal, declarar la configuración de la cosa juzgada constitucional y ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-009 de 2003[2]. En subsidio, solicitó que se declare la exequibilidad de la norma demandada.

La entidad indicó que el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2002 únicamente para incluir la omisión del agente retenedor en la consignación de los recursos recaudados por concepto del impuesto nacional al consumo, por cuanto el tipo penal sólo hacía referencia al impuesto a las ventas. Por ende, el pago de los intereses no fue un cambio incorporado en el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016, ya que en esta disposición se mantuvieron los elementos del tipo penal: los sujetos, la conducta, los ingredientes y elementos normativos.

En concordancia con esa precisión señaló que en el presente asunto se configura la cosa juzgada material. En particular, explicó que la Sentencia C-009 de 2003 analizó la conducta del agente retenedor y estableció que, por tratarse de recursos públicos, quien incumpla las obligaciones de declarar y consignar oportunamente las sumas retenidas deberá pagar el dinero recaudado y asumir las sanciones y los intereses correlativos que se causen en favor del Estado de acuerdo con lo previsto en el Estatuto Tributario.

En atención a esas consideraciones, la interviniente explicó que, si bien el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 examinado en la Sentencia C-009 de 2003 fue modificado por el artículo 336 de la Ley 1819 de 2016, se trata de disposiciones que materialmente son idénticas. Por ende, se configura la cosa juzgada material con respecto al aparte demandado, ya que está redactado en los mismos términos y prevé las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la extinción del proceso penal por el pago de la obligación, que incluye los intereses correspondientes.

Luego de hacer referencia a la cosa juzgada, la Dirección se pronunció sobre la compatibilidad de la norma acusada con la Carta Política. En particular, indicó que la tipificación penal de la omisión del agente retenedor está fundada en el desconocimiento de la obligación legal de consignar los recursos públicos retenidos y por esta razón es compatible con las disposiciones constitucionales, tal y como se expuso en las

consideraciones de las Sentencias C-1144 de 2000 y C-009 de 2003.

Tras hacer énfasis en la compatibilidad entre la tipificación penal de la conducta y la Carta Política, la interviniente señaló que la terminación del proceso penal debe responder al cumplimiento de la obligación tributaria, que en este caso incluye el pago de los intereses.

Asimismo, destacó el amplio margen de configuración del Legislador en el diseño de la política punitiva del Estado, el cual le permite establecer las condiciones a las que se sujeta la terminación de los procesos penales. En efecto, la disposición acusada es una manifestación de la competencia descrita, que condiciona la terminación del proceso penal al pago de los perjuicios que el agente incumplido le causó al Estado por no trasladarle los recursos públicos necesarios para el desarrollo de las funciones y que corresponden al daño emergente (sumas adeudadas por los tributos recaudados) y al lucro cesante (intereses).

En síntesis, para la DIAN la Corte debe estarse a lo resuelto en la Sentencia C-009 de 2003 o, en su defecto, declarar la exequibilidad de la norma acusada porque el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración en la definición de las consecuencias penales, máxime si se considera que el pago de intereses como requisito de terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor persigue finalidades legítimas, como la indemnización del daño causado por la retención indebida de recursos públicos.

INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

5. Universidad Sergio Arboleda[3]

La Universidad solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma acusada. Sin embargo, si se decide integrar el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario, solicitó que se declare la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo menos dos (2) puntos.” [4]

Inicialmente la interviniente hizo dos precisiones. De un lado, destacó que el tipo penal al

que se refiere la norma acusada está relacionado con la retención de recursos públicos, razón por la que en regulaciones anteriores a la Ley 599 de 2000 la conducta se consideraba un peculado por apropiación. De otro lado, resaltó que establecer los intereses a los que se supedita la terminación del proceso penal depende de las previsiones de los artículos 634 y 635 del Estatuto Tributario, los cuales fueron modificados por los artículos 278 y 279 de la Ley 1819 de 2016.

En atención a la segunda de las circunstancias descritas solicitó que se integre la unidad normativa con el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 635 del Estatuto Tributario, en aras de establecer el alcance de la norma acusada, ya que sólo a partir de la determinación de la condición -pago de intereses a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo menos 2 puntos- puede analizarse la compatibilidad de la medida con la Carta Política.

Efectuadas las precisiones preliminares descritas, la entidad hizo alusión a los precedentes que deben ser considerados en el presente examen de constitucionalidad:

En primer lugar, la Sentencia C-009 de 2003[5] en la que se explicó que el agente retenedor (i) deduce a los acreedores externos o internos, en el momento de pago o abono en cuenta, las cantidades que con arreglo a la tarifa estipulada en la ley correspondan a un tributo que debe ser cubierto por el acreedor; y (ii) declara y consigna las sumas retenidas que corresponden a recursos públicos dentro de los plazos legales. Por lo tanto, el agente retenedor no es el contribuyente sino un intermediario entre el contribuyente y el fisco.

Asimismo, la providencia en mención precisó que el tipo penal de “omisión del agente retenedor o recaudador” está circunscrito exclusivamente a las sumas efectivamente percibidas por el agente. Para la interviniente, esta consideración es pertinente para el análisis del presente caso “pues no puede considerarse como delincuente a la persona que no consigna lo que no ha recibido y, mucho menos, obligársele a entregar dicha suma con intereses moratorios.”[6]

En segundo lugar, la Sentencia C-652 de 2003[7] en la que la Corte examinó el artículo 402 del Código Penal e indicó que la sanción moratoria prevista en el Estatuto Tributario busca desestimular la cultura del no pago y resarcir al Estado por los perjuicios sufridos ante la

imposibilidad de disponer en forma oportuna los recursos que le pertenecen. Adicionalmente, declaró la exequibilidad de la norma en mención bajo el entendido de que, si la conducta es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, el juez penal deberá imponer la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

En tercer lugar, la Sentencia C-828 de 2010[8] que resaltó el margen de discrecionalidad con el que cuenta el Legislador para el diseño del proceso penal, en el que se incluye el reconocimiento de las causales de extinción de la acción penal siempre y cuando su previsión sea razonable y proporcionada.

Establecidos los precedentes en mención, la Universidad Sergio Arboleda indicó que esta Corporación debe reconocer y reiterar los condicionamientos fijados en otras oportunidades “como un condicionamiento interpretativo en la parte resolutive, o con una remisión expresa en la parte resolutive a lo que correspondiere en la parte motiva”[9] con respecto a los siguientes asuntos:

(i) El tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador está circunscrito a las sumas efectivamente percibidas. Por lo tanto, si las sumas no fueron percibidas no se incurrirá en responsabilidad penal.

(ii) Si la conducta es cometida por un servidor público y, por ende, se genera la inhabilidad prevista en el artículo 122 superior, la medida de extinción de la acción penal también comprende la inhabilidad.

Luego de que la interviniente identificó las consideraciones que, a su juicio, deben ser reiteradas en esta oportunidad, indicó que la principal finalidad de los intereses previstos en la norma acusada es resarcir al Estado por los perjuicios sufridos y este propósito no se logra sólo con el pago de la suma retenida, pues (i) esta devolución no considera la tardanza en la consignación; (ii) la norma tributaria que prevé el pago de los intereses fue declarada exequible en la Sentencia C-257 de 1998[10]; y (iii) el daño ocasionado al Estado sólo es imputable al agente retenedor, quien obtuvo un provecho patrimonial injustificado al utilizar recursos públicos para sus propios fines. Por lo tanto, el resarcimiento del Estado sí exige el pago de intereses y, por ende, la norma acusada es constitucional.

Sin embargo, señaló que si se accede a la integración de la unidad normativa propuesta resulta clara la desproporcionalidad del método para calcular los intereses, pues toma como referente un parámetro de la actividad bancaria a pesar de que el Estado no es un agente en el mercado del crédito de consumo, no está sometido a los riesgos propios de esta actividad y cuenta con otras garantías para el recaudo.

Con base en los argumentos expuestos, la Universidad Sergio Arboleda adujo que la sujeción de la medida de terminación del proceso penal al pago de intereses no es inconstitucional, pero que la tarifa fijada por la norma para el efecto sí es desproporcionada y, por ende, debe ser declarada inexecutable.

6. Universidad Libre

La Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Con base en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre el principio de proporcionalidad, la interviniente indicó que su aplicación en materia penal está relacionada con tres aspectos principales: (i) la justicia retributiva, que hace referencia a la proporción de la pena con el daño causado; (ii) la justicia distributiva, que se refiere a la graduación de la pena según el nivel de culpabilidad y, por último, (iii) el carácter instrumental del derecho como un medio al servicio de la sociedad.

Asimismo, señaló que el principio de proporcionalidad es un límite a la libertad de configuración del Legislador, que resguarda los derechos fundamentales y es útil para la determinación de la pena. Sin embargo, es importante dotar de contenido este principio a partir de criterios concisos y rigurosos que permitan fundamentar adecuadamente las decisiones legislativas y judiciales que afecten derechos fundamentales. Para este propósito la doctrina ha acudido a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

La idoneidad permite analizar el fin de la medida y determinar si el instrumento utilizado sirve para el efecto. La necesidad analiza los medios disponibles para el cumplimiento del fin y la elección del más benigno. Por último, la proporcionalidad en estricto sentido supone

que las ventajas de la medida restrictiva sean mayores que los sacrificios que se derivan de la misma.

Luego, hizo referencia a la forma en la que se delimita la sanción penal y en la que opera la proporcionalidad en la tipificación de conductas y la determinación de las penas. En particular, indicó que en el marco de esta actividad el Legislador debe considerar los derechos fundamentales afectados por la medida punitiva y los bienes jurídicos transgredidos por la conducta punible. Por ende, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad como límite a la actividad legislativa evita que el ejercicio del poder punitivo se desborde y se utilice para fines distintos a la preservación del orden público y social, y a la convivencia pacífica.

De otra parte, la interviniente hizo referencia al artículo 634 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 278 de la Ley 1819 de 2016 que regula los intereses moratorios y precisa que los sujetos autorizados para recaudar impuestos que no efectúen la consignación en los plazos correspondientes deberán pagar intereses moratorios sobre el monto dejado de consignar y desde el día siguiente a la fecha en la que se debió efectuar la consignación.

A partir de la previsión referida, destacó que los intereses moratorios hacen parte de la obligación tributaria y se generan por su incumplimiento. Por ende, el pago de los intereses para la terminación del proceso penal es una exigencia que se acompasa con la obligación inobservada, pues el tipo penal parte de la mora en la consignación.

Finalmente, hizo énfasis en el amplio margen de configuración del Legislador para la regulación de las causales de extinción de la acción penal, el cual fue reconocido por esta Corporación en la Sentencia C-828 de 2010[11].

Con base en los elementos descritos, la interviniente indicó que el pago de intereses y de las sumas dejadas de consignar no es excesivo ni desproporcionado, pues permite corregir el valor monetario del dinero y su cobro no transgrede derechos fundamentales, máxime si se considera que es un pago facultativo, ya que el agente puede enfrentar el proceso penal en el que operan las garantías procesales.

Por último, aclaró que el pago de los intereses en sede tributaria justifica la terminación del

proceso penal y no puede exigirse un doble pago de los mismos.

7. Universidad Externado de Colombia

El Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

El interviniente indicó que el Legislador tiene un amplio margen de configuración en el diseño del ámbito penal del sistema tributario y en el marco de esta potestad puede incluir medidas dirigidas a disuadir y reprimir conductas que han lesionado gravemente la administración tributaria sin desconocer las garantías del debido proceso.

Asimismo, resaltó dos pronunciamientos de esta Corporación en relación con las facultades sancionatorias administrativas. De un lado, la Sentencia C-125 de 2003[12] en la que se destaca la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en esta materia, el cual exige que la falta y la sanción sean adecuadas para los fines de la norma. De otro, la Sentencia C-214 de 1994[13] de acuerdo con la cual esta facultad administrativa es necesaria para la preservación del orden jurídico constitucional.

Adicionalmente, señaló que, a pesar de las discusiones que se presentan en la doctrina, los intereses moratorios corresponden a una sanción, pues están incluidos en el régimen sancionatorio del Estatuto Tributario y la jurisprudencia constitucional también ha reconocido ese carácter.

Finalmente, indicó que el Legislador puede modificar la normatividad e introducir las medidas que considere necesarias para lograr el bienestar general y alcanzar un orden económico y social justo en el marco de las competencias que le fueron asignadas en la Constitución Política.

Con base en los elementos descritos el interviniente señaló que el Legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración y, por ende, puede condicionar la extinción de la acción penal al pago de los intereses moratorios a pesar de que no estén incluidos en la conducta típica descrita en la norma demandada. Por ende, la norma acusada debe declararse exequible.

8. Universidad de Ibagué

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Adicionalmente, indicó que los tipos penales como el previsto en el artículo 402 del Código Penal se reconocen como tipos penales en blanco, debido a que el supuesto de hecho se encuentra regulado total o parcialmente en una norma extrapenal. Por ende, la inclusión de los intereses regulados en el Estatuto Tributario no desconoce el principio de legalidad, ya que es claro el objeto material del tipo penal.

En ese sentido, adujo que exigir el pago de intereses como presupuesto para la extinción de la acción penal no excede la competencia del Legislador, ya que la conducta típica se configura por la falta de consignación de las sumas retenidas. Así las cosas, los intereses se generan en razón de la omisión, buscan obtener el valor actualizado de lo no consignado y, por ende, no deben ser vistos como una carga adicional y desproporcionada.

Por último, establecida la correspondencia entre la exigencia de los intereses y la causal de terminación del proceso penal, la interviniente consideró necesario hacer dos precisiones finales.

De un lado, hizo referencia a algunas de las diferencias entre los procedimientos desarrollados en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. En particular, que en el primer cuerpo normativo la resolución inhibitoria es procedente antes de la apertura de la investigación, la preclusión de la investigación antes de la etapa de juicio y luego de esta la cesación del procedimiento. Por su parte, en el proceso diseñado en la Ley 906 de 2004 procede el archivo de las diligencias en la indagación preliminar y la preclusión en las demás etapas procesales.

De otro lado, señaló que el tipo penal se ha estudiado como un incumplimiento de funciones públicas y defraudación a la confianza pública. Por ende, la conducta tipificada afecta la administración pública y la priva de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus finalidades.

9. Instituto Colombiano de Derecho Tributario

El Instituto Colombiano de Derecho Tributario solicitó que se declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

En primer lugar, el interviniente adujo que de acuerdo con las competencias asignadas en los artículos 114 y 150 de la Carta Política, el Legislador tiene un amplio margen de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal. Sin embargo, en el marco de esta labor debe observar los valores y preceptos de la Constitución, en particular los principios de proporcionalidad y racionalidad, según los cuales es necesario ponderar las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales.

En concordancia con lo anterior, indicó que los argumentos del demandante mezclan, de forma indebida, la tipificación normativa del delito con la extinción del proceso penal y desconocen que las causales de terminación del proceso son un beneficio que el Legislador concede, por excepción, a quien ha cometido un delito. Este tipo de beneficios, aclara, solo encuentran límites en el respeto de los derechos fundamentales y, por ende, no tienen que guardar correspondencia estricta con el objeto, naturaleza y estructura de la conducta tipificada.

Adicionalmente, señaló que existe una clara relación entre los recursos públicos retenidos o recaudados por terceros y los intereses que actualizan su valor, pues el Estado tiene el derecho de pretender que se le paguen tanto las sumas adeudadas como los intereses que protegen el capital de la depreciación monetaria.

En atención al amplio margen de configuración en el diseño de los beneficios penales, para el Instituto resultan irrelevantes las discusiones jurisprudenciales o doctrinarias en relación con la naturaleza compensatoria o sancionatoria de los intereses moratorios.

Finalmente, el interviniente indicó que los intereses moratorios están previstos en los artículos 634 y 635 del Estatuto Tributario, y los intereses corrientes en los artículos 634, 863 y 864 ibídem, y destacó que la norma acusada no precisa el tipo de intereses que deben pagarse para acceder a la terminación de la acción penal. Por ende, a su juicio, en aras de preservar el principio de igualdad, podría interpretarse que la terminación de la

acción penal procede con la devolución de las sumas recaudadas y el pago de los intereses corrientes. Lo anterior, porque el pago de intereses moratorios puede generar un trato discriminatorio entre los contribuyentes que no cuentan con suficientes recursos para cubrir el componente económico sancionador y los que cuentan con mayores recursos.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación solicitó que la Corte declare EXEQUIBLE DE FORMA CONDICIONADA el parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 con la modificación que introdujo el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 bajo el entendido que:

“(…) solamente podrá ser beneficiario de la extinción de la acción penal el sujeto pasivo que, máximo dentro de los dos meses siguientes a que haya tenido conocimiento de estar incurso en una conducta descrita en el tipo penal de omisión de agente retenedor o recaudador realice de manera libre y voluntaria el pago o compensación correspondiente en relación con las sumas retenidas, recaudadas o que haya omitido retener o recaudar, beneficio al que únicamente puede acceder siempre y cuando en momentos o épocas anteriores no haya incurrido en comportamientos administrativos fiscales o penales descritos para el tipo penal del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, independientemente de si ha habido sanción administrativa por los mismos.”[14]

En primer lugar, el Ministerio Público descartó la configuración de la cosa juzgada. En ese sentido, aclaró que en la Sentencia C-652 de 2003[15], la Corte examinó el artículo 402 del Código Penal sin la modificación que introdujo la Ley 599 de 2000, por el cargo de violación del artículo 122 superior. Por ende, no existe identidad de objeto porque la norma acusada en esta oportunidad difiere de la examinada en la providencia en mención y tampoco hay identidad de cargos, pues se trata de acusaciones diferentes. Asimismo, indicó que una norma similar a la acusada en esta oportunidad fue declarada exequible por esta Corporación por cargos diferentes a los que formula el demandante (no precisó la disposición ni la sentencia).

En segundo lugar, la Procuraduría señaló que en el presente caso debe integrarse la unidad normativa con la expresión “y normas legales respectivas” incluida en el parágrafo parcial acusado en aras de conformar la proposición jurídica completa y porque se trata de normas intrínsecamente relacionadas, que a primera vista presentan serias dudas de

constitucionalidad. Por ende, solicitó que se integre la unidad normativa con la totalidad del párrafo en el que está incluida la expresión acusada.

Establecidos esos asuntos preliminares, el Ministerio Público hizo referencia a los argumentos del cargo e indicó que limitar la extinción de la acción penal al pago de las sumas indebidamente apropiadas, como lo pretende el demandante, desconocería la garantía de un orden justo y la necesaria consecución de recursos para el cumplimiento de los fines del Estado. Asimismo, se confrontarían los principios de proporcionalidad y eficacia tributaria porque se estimularía la apropiación indebida de recursos públicos por parte de los agentes retenedores. Con base en estos argumentos, la Procuraduría insistió en la integración de la unidad normativa referida.

En concordancia con lo anterior, señaló que la proporcionalidad se manifiesta desde el momento en que el Legislador establece la política criminal, define el tipo penal y determina la pena, la cual puede tener fines preventivos -disuasión de la comisión de la conducta-, retributivos -que se obtiene cuando se impone la pena en cada caso concreto- y resocializadores -cuando el condenado, en el cumplimiento de la sanción, se prepara para vivir en sociedad-.

Luego, señaló que el principio de proporcionalidad rige los mecanismos de extinción penal, los cuales están íntimamente relacionados con las finalidades de la pena, y debe considerar la naturaleza del delito, pues los beneficios penales deben concederse en casos especiales en los que la afectación del orden social y los intereses públicos es menor, tal y como lo explicó la Sentencia C-806 de 2002[16].

En ese sentido, adujo que la proporcionalidad del ejercicio de la actividad legislativa en materia penal también resulta afectada cuando se consagran beneficios penales exagerados o se presentan tratamientos inequitativos, tales como la previsión de beneficios para “delitos de cuello blanco” y no para delitos comunes, pues la distinción está fundada en la capacidad económica.

Con base en las consideraciones descritas, el Ministerio Público indicó que el beneficio de extinción de la acción penal examinado opera luego de que esté en curso el proceso penal. Esta circunstancia, en la práctica, significa que la autoridad estatal encargada de administrar los impuestos detecte que el sujeto obligado omitió consignar los recursos

públicos retenidos, determine el incumplimiento de la obligación tributaria y formule la denuncia penal correspondiente. De forma concomitante, la entidad administradora de los tributos adelanta el proceso de cobro coactivo para el recaudo de los recursos indebidamente apropiados.

Como quiera que la entidad administradora de los tributos lleva el cobro coactivo con independencia del proceso penal, circunscribir la extinción de la acción penal al pago de la suma adeudada con los intereses afecta la finalidad preventiva de la pena.

Para el Procurador, las funciones de la pena que justifican la tipificación de la conducta se eliminan con la causal de extinción de la acción penal examinada. Lo anterior, porque el sujeto obligado intentará quedarse con lo que recaudó, pues sabe que el proceso penal se inicia como consecuencia de otras actuaciones administrativas dirigidas a obtener el pago de las sumas adeudadas. Por ende, la previsión de la causa de terminación del proceso por pago estimula la corrupción, ya que el agente retenedor incumplido sabe que, en virtud de dicha causal, va a pagar lo mismo “y se quita el proceso penal de encima a modo de beneficio por cumplir la obligación tributaria que de todos modos debe cumplir”(subrayas originales)[17]

El Ministerio Público considera que los argumentos expuestos son suficientes para declarar la inconstitucionalidad del pago de la obligación tributaria como causal de terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor. Sin embargo, esta decisión, a su juicio, podría ser desproporcionada para quienes omitieron consignar los recursos públicos por razones diferentes a la intención de apropiarse de los mismos. Por ende, es necesario un condicionamiento de norma sobre la extinción del proceso en el sentido de que sólo podrá acceder al beneficio el sujeto que, máximo dentro de los dos meses siguientes al momento en el que conoció que está incurrido en la conducta tipificada, realice de manera libre y voluntaria el pago y compensación correspondiente, y no hubiera incurrido en esa misma conducta previamente.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte

Constitucional es competente para conocer de la demanda formulada en contra del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 “Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones” que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra expresiones que forman parte de una ley de la República.

Asuntos preliminares

2.- La Sala advierte que los intervinientes plantearon diversas cuestiones previas que tienen impacto en la competencia de esta Corporación para resolver la demanda bajo examen y que, además, influyen en la determinación del problema jurídico. Por lo tanto, primero se examinarán los asuntos preliminares propuestos.

3.- En primer lugar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuestionó la aptitud del cargo presentado por el actor, pues considera que incumplió los requisitos de certeza, claridad, pertinencia y suficiencia. Por lo tanto, solicitó a la Corte que se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda.

4.- En segundo lugar, la DIAN indicó que la Sentencia C-009 de 2003 examinó la misma disposición, razón por la que se configura el fenómeno de la cosa juzgada. En consecuencia, señaló que la Corte debe estarse a lo decidido en la providencia en mención.

5.- En tercer lugar, la Universidad Sergio Arboleda consideró necesario integrar la unidad normativa con el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación solicitó que se integre el artículo 634 del Estatuto Tributario. Finalmente, la Procuraduría General de la Nación pidió la integración de la expresión “y normas legales respectivas” incluida en el párrafo parcial acusado o la totalidad del párrafo en mención.

Por ende, previo al examen de la acusación de inconstitucionalidad la Corte analizará: (i) la configuración de la cosa juzgada; (ii) la aptitud de la demanda; y (iii) la necesidad de integrar la unidad normativa.

Cosa juzgada constitucional[18]

6.- De acuerdo con los artículos 243 de la Constitución, 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y 22 del Decreto 2067 de 1991, las decisiones que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto son definitivas, de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes[19]. En consonancia con lo anterior, este Tribunal determinó que la cosa juzgada implica que sus providencias tienen un carácter definitivo e incontrovertible, y proscriben los litigios o controversias posteriores sobre el mismo tema.

La sentencia C-744 de 2015[20] reiteró las reglas jurisprudenciales de verificación de la existencia de cosa juzgada, a partir de las cuales se establece que para la configuración del fenómeno se requieren tres elementos: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa petendi; y (iii) subsistencia del parámetro de constitucionalidad, esto es, que no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que, de manera excepcional, hagan procedente la revisión[21], circunstancia que la jurisprudencia ha considerado un nuevo contexto de valoración[22].

Tipología de la cosa juzgada

7.- La cosa juzgada constitucional puede ser formal o material. Se está en presencia de una cosa juzgada formal, cuando “existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio”[23] o también, en aquellos casos en los que “se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual”[24].

Por su parte, la cosa juzgada material ocurre cuando existen dos disposiciones formalmente distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo. En estos casos, es claro que, si ya se emitió un juicio de constitucionalidad previo en torno a una de esas disposiciones, este involucró la evaluación del contenido normativo como tal, que se reitera en la nueva norma, más allá de los aspectos gramaticales o formales que pueden ser diferentes en las disposiciones comparadas[25]. Según la jurisprudencia, “la materia juzgada” está conformada por dos extremos ligados entre sí: la norma jurídica objeto de control y el cargo de inconstitucionalidad, esto independientemente del cuerpo normativo formal en el que se encuentre la norma[26].

Efectos de la cosa juzgada

8.- Establecidos los requisitos de la cosa juzgada y la principal tipología de este fenómeno, es necesario describir sus efectos en el control de constitucionalidad, los cuales están condicionados por la manera en que la Corte resuelve las demandas que son sometidas a su jurisdicción. Por ejemplo, la declaratoria de inexecutable de una norma implica que no existe objeto para un nuevo pronunciamiento de esta Corporación, motivo por el que la acción que se presente con posterioridad motiva el rechazo o un fallo inhibitorio en el que se esté a lo resuelto en la decisión anterior[27].

De otra parte, si este Tribunal resolvió la executable de una norma que es nuevamente acusada, debe analizarse cuál fue el alcance de la decisión previa, con la finalidad de establecer si el asunto que se plantea no ha sido resuelto y, por ende, debe emitirse un pronunciamiento de fondo, o si la problemática ya se decidió, hipótesis en la que “(...) la demanda deberá rechazarse de plano o, en su defecto la Corte emitirá un fallo en el cual decida estarse a lo resuelto en el fallo anterior”[28].

9.- Por último, es preciso recordar que este Tribunal ha determinado efectos concretos cuando se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material, pues los mismos varían dependiendo de si la norma fue declarada inexecutable o executable[29].

En los eventos en los que la norma fue declarada inexecutable por razones de fondo, le corresponde a la Sala Plena declarar la inexecutable del nuevo aparte normativo, en tanto desconoce el inciso 2º del artículo 243 de la Constitución[30]. Para verificar la reproducción de un contenido declarado inconstitucional, la sentencia C-096 de 2003[31] describió los presupuestos que deben concurrir: (i) una norma declarada inexecutable; (ii) que la declaratoria de inexecutable obedezca a razones de fondo, y no a vicios formales en su elaboración; (iii) que la nueva disposición tenga el mismo sentido normativo de aquel que fue expulsado del ordenamiento, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada; y (iv) que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de parámetro de control en la declaratoria de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en el escenario en el que la norma anterior fue declarada executable la decisión de la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia previa y declarar la executable de la disposición acusada, como quiera que sobre la nueva norma todavía no existe un pronunciamiento formal[32]. Lo anterior, a menos que se presenten circunstancias

excepcionales referentes a la variación de los parámetros de control constitucional, causada por ejemplo por: (i) una reforma constitucional[33]; (ii) el carácter dinámico del Texto Superior[34]; o (iii) la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales que conduzcan a introducir ajustes en su jurisprudencia, o incluso, a cambiarla[35].

El análisis de la cosa juzgada en el caso concreto

10.- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales indicó que la Sentencia C-009 de 2003 examinó la misma norma demandada en esta oportunidad, razón por la que se configura el fenómeno de la cosa juzgada y esta Corporación debe estarse a lo decidido en la providencia en mención.

Para la determinación del fenómeno alegado por la entidad interviniente, la Sala verificará los elementos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, deben concurrir para que se configure la cosa juzgada, en particular: (i) la identidad de objeto; (ii) la identidad de causa petendi; y (iii) subsistencia del parámetro de constitucionalidad.

11.- Para establecer la identidad de objeto es necesario identificar la norma examinada en la Sentencia C-009 de 2003[36]. En esta providencia la Sala Plena se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, que previó el tipo penal de “omisión de agente retenedor o recaudador” sin estudiar el párrafo que regula la terminación del proceso por pago de la suma adeudada con sus intereses correspondientes.

En el examen, este Tribunal consideró que el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 había sido derogado tácitamente por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.”

De acuerdo con lo anterior, la parte resolutive de la providencia se planteó en los siguientes términos:

“Decláranse EXEQUIBLES los tres primeros incisos del artículo 402 de la ley 599 de 2000,

por los cargos examinados.”

En contraste, en esta oportunidad el objeto demandado es el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000. En particular, la exigencia del pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario para la terminación del proceso penal por el delito de omisión del agente retenedor.

Con base en los elementos descritos, la Sala advierte que entre la Sentencia C-009 de 2003 y la demanda bajo examen no hay identidad de objeto, pues en esa providencia esta Corporación no se pronunció sobre la constitucionalidad de la causal de terminación del proceso penal por el delito en mención, ni sobre las condiciones a las que se sujeta, entre las que se encuentra el pago de intereses, que constituye el objeto censurado en esta oportunidad.

12.- A pesar de que la divergencia en el objeto constatada previamente basta para descartar la cosa juzgada, en el presente asunto también se advierte que no hay identidad de causa. En efecto, la Sentencia C-009 de 2003 decidió cargos formulados en contra de la tipificación de la conducta de omisión de agente retenedor por la supuesta transgresión de (i) el principio de unidad de materia -artículo 158 de la Carta Política-; (ii) la presunción de inocencia -artículo 29 ibídem-, (iii) el principio de legalidad -artículo 29 ejusdem-; y (iv) la prohibición de prisión o arresto por deudas -artículo 28 superior-.

En contraste, en este caso el actor presentó un cargo único en el que alega el desconocimiento del principio de proporcionalidad, como una de las garantías que se derivan del debido proceso, en la definición de los requisitos para la terminación del proceso penal.

Por consiguiente, la Sala advierte que tampoco existe identidad de causa entre los problemas decididos en la Sentencia C-009 de 2003 y el asunto bajo examen.

13.- Con base en las consideraciones expuestas, la Sala descarta la configuración de la cosa juzgada por cuanto el asunto examinado en la Sentencia C-009 de 2003 y el que plantea la demanda que se estudia en esta oportunidad no recaen sobre el mismo objeto y no plantean los mismos argumentos de inconstitucionalidad.

Los requisitos de las demandas de inconstitucionalidad

14.- La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente[37], que la acción pública de inconstitucionalidad es manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana.

Específicamente, esta acción constituye un instrumento jurídico valioso, que permite a los ciudadanos defender el poder normativo de la Constitución y manifestarse democráticamente en relación con la facultad de configuración del derecho que ostenta el Legislador (artículos 150 y 114 superiores)[38]. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad permite que se dé un diálogo efectivo entre el Congreso -foro central de la democracia representativa-, los ciudadanos en ejercicio -de la democracia participativa-, y el Tribunal Constitucional -a quien se encomienda la guarda e interpretación de la Constitución-[39]. Así pues, esta acción desarrolla los principios previstos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Carta, que definen a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático y participativo[40].

Ahora bien, aunque la acción de inconstitucionalidad es pública, popular[41], no requiere de abogado[42], ni exige un especial conocimiento para su presentación, el derecho político a interponer acciones públicas como la de inconstitucionalidad, no releva a los ciudadanos de observar unas cargas procesales mínimas que justifiquen debidamente sus pretensiones (artículo 40-6 superior).

Estos requisitos buscan, de un lado, promover el balance entre la observancia del principio pro actione, y de otro, asegurar el cumplimiento de los requerimientos formales mínimos exigibles conforme a la ley, en aras de lograr una racionalidad argumentativa que permita el diálogo descrito[43] y la toma de decisiones de fondo por parte de esta Corporación[44].

En ese sentido, los presupuestos mínimos a los que se hace referencia buscan[45]: (i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe a priori, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes; (ii) asegurar que este Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, los cuales afectan la eficiencia y efectividad de su gestión; y (iii)

delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera que no adelante, de oficio, el control concreto y efectivo de las normas acusadas.

15.- El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 fija los requisitos mínimos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, y exige que los ciudadanos: (i) señalen las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) delimiten las preceptivas constitucionales que consideran violadas; y (iii) expliquen las razones por las cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas.

Esta Corporación ha precisado que las razones presentadas por el demandante en el concepto de la violación deben ser conducentes para hacer posible el diálogo constitucional que se ha mencionado. Ello supone el deber para los ciudadanos de

“(…) formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política”[46].

16.- En particular, la jurisprudencia de la Corte[47] ha determinado que el concepto de la violación requiere que los argumentos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas sean: (i) claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; (ii) ciertos, es decir, que recaigan sobre una proposición jurídica real y existente; (iii) específicos, en la medida en que se precise la manera como la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, con argumentos de oposición objetivos y verificables entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política; (iv) pertinentes, lo cual implica que sean de naturaleza constitucional, y no legales y/o doctrinarios; y v) suficientes, al exponer todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio, que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

17.- Expuesto lo anterior, procede la Corte a verificar si en el asunto sometido a su estudio se cumplen los requisitos de aptitud de la demanda relacionados con el concepto de violación.

El análisis de aptitud del cargo de inconstitucionalidad en el caso concreto

18.- El Ministerio de Hacienda cuestionó la aptitud de la demanda y, en consecuencia, solicitó que la Corte se declare inhibida para decidir el cargo propuesto por el actor. En efecto, para la entidad interviniente la censura incumplió los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia previstos por la jurisprudencia constitucional.

19.- Con respecto a la idoneidad del cargo es necesario destacar que aunque en la demanda el ciudadano formuló 5 reproches en contra de la norma acusada, en el escrito de subsanación desistió de la mayoría de los cargos formulados y se concentró en cuestionar la desproporción que, a su juicio, representa la inclusión de un elemento ajeno al tipo penal para la terminación del proceso correspondiente.

En ese sentido, con base en los argumentos formulados por el actor, la Magistrada sustanciadora precisó que el cargo subsanado se admitiría bajo una comprensión específica. En particular, que la norma acusada transgredió el principio de proporcionalidad porque exige el pago de intereses como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, a pesar de que se trata de un ingrediente que no está previsto en la tipificación penal.

En el auto admisorio explicó que, bajo la específica comprensión del cargo descrita previamente, se cumplen los requisitos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional así:

20.- El presupuesto de claridad, debido a que el demandante presentó los argumentos que permiten comprender el alcance del reproche en los términos descritos.

En ese sentido es necesario destacar que, a pesar de la sencillez del argumento, el cargo cuenta con los elementos necesarios para establecer su alcance, pues el actor identificó la forma en la que, a su juicio, resulta desproporcionada y, por ende, violatoria del debido proceso la condición demandada para la terminación del proceso penal.

Ahora bien, los argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda sobre la falta de claridad del cargo en realidad corresponden a conceptos sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la violación del debido proceso, pero no logran desvirtuar la aptitud de la censura.

En primer lugar, la entidad indicó que el reproche sólo cuestionó la exigencia del pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario, pero no discutió la referencia “a las normas legales respectivas” incluida en la disposición acusada. Esta previsión hace referencia a las normas que regulan el momento a partir del cual se liquidan los intereses y en las que se determina la tasa.

Contrario a lo señalado por el interviniente, la falta de cuestionamiento sobre el momento en el que se causan los intereses y la tasa de los mismos no tornan ininteligible la censura, pues este cuestiona que se condicione la terminación del proceso con base en un elemento que no está previsto en el tipo penal -intereses- y no la forma en la que estos se calculan.

En segundo lugar, el Ministerio señaló que el cargo no es claro porque el demandante confundió la proporcionalidad en la tipificación de las conductas con las formas de terminación del proceso penal.

En relación con este argumento, basta señalar que, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, la proporcionalidad constituye un límite a la actividad del Legislador que no se circunscribe a la definición de las conductas típicas sino que se extiende sobre la configuración del sistema penal, que incluye el procedimiento[48]. En consecuencia, el parámetro constitucional que para el demandante fue transgredido por la norma acusada no afecta la comprensión del reproche de inconstitucionalidad.

En tercer lugar, la autoridad pública indicó que el actor se equivoca en relación con el objetivo de la medida de terminación del proceso, pues se limita a considerar que se trata del recaudo de los intereses. Por lo tanto, desconoce que la finalidad de la condición es resarcir integralmente el daño causado al Estado con la indebida apropiación de los recursos públicos.

Con respecto a la errónea comprensión de las finalidades de la norma acusada que denuncia la autoridad pública, la Sala advierte que se trata de un argumento sobre el fondo del asunto y no sobre la aptitud del cargo. En efecto, las consideraciones planteadas por el actor sobre el propósito de la disposición acusada no tornan confuso el cuestionamiento que planteó.

En síntesis, tal y como se expuso en el auto admisorio, esta censura sí cumple el

presupuesto de claridad.

21.- El requisito de certeza se tuvo por acreditado en la admisión del cargo porque el ciudadano cuestionó una proposición jurídica real y existente, que corresponde al aparte del párrafo acusado que supedita la terminación del proceso penal al pago de intereses.

Para el Ministerio de Hacienda este presupuesto no se cumple porque el actor fundó su cargo en consideraciones que, a juicio de la entidad, son inexactas, pues la condición demandada -pago de intereses- tiene una relación evidente con el tipo penal por cuanto: (i) los intereses de mora son la consecuencia pecuniaria por la apropiación indebida de los recursos públicos recaudados por el agente; (ii) apoya la función preventiva de la pena; (iii) los intereses están relacionados con el fundamento temporal del tipo penal; y (iv) se trata de una condición para que la lesión del bien jurídico protegido deje de tener relevancia para el sistema penal.

Como se advierte, los argumentos que presenta el interviniente no dan cuenta de la formulación de un cargo a partir de una lectura errónea de la norma demandada. En efecto, no se cuestiona el alcance que el actor le dio a la norma acusada sino que se presentan razones para defender su constitucionalidad.

22.- En la admisión del cargo se tuvo por cumplido el requisito de especificidad, debido a que el actor definió la forma en la que la norma acusada desconoció el principio de proporcionalidad como una garantía del debido proceso previsto en el artículo 29 superior. En concreto, el ciudadano adujo que la inclusión de un elemento ajeno al tipo penal resultaba desproporcionado.

La autoridad interviniente no cuestionó este presupuesto y la Sala confirma que el demandante presentó un cargo concreto, en el que precisa cómo, a su juicio, la norma acusada transgrede el artículo 29 de la Carta Política, razón por la que se mantienen las conclusiones sobre el cumplimiento de este requisito.

23.- El presupuesto de pertinencia se tuvo por acreditado en la admisión del cargo porque el ciudadano presentó argumentos constitucionales para sustentar la violación del principio de proporcionalidad.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda adujo que la censura se construyó sobre razones legales y de conveniencia, tales como la descripción de las formas de terminación de procesos penales en otros delitos, las cuales tornan impertinente el cargo.

En relación con el requisito en mención, se advierte que, en efecto, el actor hizo referencia a los elementos identificados por el interviniente, ya que presentó ejemplos de coherencia entre otros tipos penales y las consecuencias procesales. Para ilustrar su punto señaló, entre otros, que en los tipos penales de “actos de discriminación” y “hostigamiento” la atenuación punitiva se condiciona a que el investigado se retracte públicamente, es decir se presenta una correlación entre la conducta típica y el condicionamiento de la norma procesal.

Ahora bien, la alusión a normas de rango legal en la censura bajo examen no descarta la pertinencia, pues el ciudadano presentó un cuestionamiento de carácter constitucional, específicamente adujo que el Congreso de la República al prever la causal de terminación del proceso por pago en el delito de omisión del agente retenedor desconoció uno de los límites previstos en el artículo 29 de la Carta Política para el ejercicio de sus competencias. Por lo tanto, se comprueba el cumplimiento del requisito en mención.

24.- Finalmente, la Sala Plena encuentra que el ciudadano Carlos Andrés Lizcano Rodríguez formuló un cargo que presenta todos los elementos necesarios para cuestionar la constitucionalidad de la norma demandada, es decir, también cumple el requisito de suficiencia.

25.- Con base en las consideraciones expuestas previamente, la Sala comprueba los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal para la formulación de un cargo de inconstitucionalidad.

Integración de la unidad normativa

26.- De conformidad con el artículo 241 superior, a la Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Según el numeral 4º de la norma en cita, corresponde a esta Corporación decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, es decir que, por regla general, la evaluación constitucional de una ley debe ejercerse sólo

por vía de acción, esto es, sólo si se presenta una demanda de inconstitucionalidad.

Ahora bien, aunque en principio esta Corporación no es competente para examinar de oficio todas las disposiciones legales, el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, dispone que la Corte se pronunciará de fondo sobre las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales. En efecto, excepcionalmente este Tribunal puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna.

La jurisprudencia[49] ha señalado que la integración de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en los siguientes eventos:

(i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla, es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. Esta causal busca delimitar la materia objeto de juzgamiento, en aras de que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito

(ii) En aquellos casos en los que la disposición cuestionada está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo y es una medida para lograr la coherencia del sistema jurídico.

(iii) Cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (a) que la norma demandada tenga estrecha relación con las disposiciones que no fueron cuestionadas y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las disposiciones no acusadas parezcan inconstitucionales[50].

La integración normativa en el caso bajo examen

27.- Descartada la configuración de la cosa juzgada y establecida la aptitud del cargo fundado en la violación del principio de proporcionalidad como manifestación del artículo 29

superior, la Sala evaluará la necesidad de una posible integración de la unidad normativa. Lo anterior, como consecuencia de las solicitudes elevadas por: (i) la Universidad Sergio Arboleda, que pidió la integración del artículo 279 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario, con el propósito de establecer el alcance de la norma acusada; (ii) la Fiscalía General de la Nación que requirió la integración del artículo 634 del Estatuto Tributario con la misma finalidad referida previamente; y (iii) la Procuraduría General de la Nación que solicitó la integración de la expresión “y normas legales respectivas” incluida en el párrafo parcial acusado o la totalidad del párrafo en mención, pues considera que estas disposiciones son necesarias para establecer la proposición jurídica completa, están íntimamente relacionadas con la norma demandada y, a primera vista, presentan serias dudas de constitucionalidad.

28.- Para el análisis de las solicitudes de integración de la unidad normativa descritas, es necesario resaltar que la norma acusada corresponde al artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.”

La norma en mención modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 que tipifica la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador a través de los siguientes elementos:

- (i) El sujeto activo cualificado: el agente retenedor o autorretenedor; el encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas y el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo.
- (ii) El sujeto pasivo: el Estado.
- (iii) La conducta reprochable y su temporalidad: no consignar las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, las sumas recaudadas por el impuesto sobre las ventas, el impuesto nacional al consumo, y tasas o contribuciones públicas en el término establecido para el efecto.
- (iv) El bien jurídico protegido: la Administración Pública.

(v) La sanción: prisión de cuarenta a ciento ocho meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

(vi) Las causales que le permiten al sujeto activo obtener resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal: (a) el pago o compensación de las sumas adeudadas y (b) el pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones administrativas a las que haya lugar.

No concurren los presupuestos para la integración de las normas que determinan el tipo de intereses -naturaleza y tarifa-

29.- La Universidad Sergio Arboleda y la Fiscalía General de la Nación pidieron la integración de los artículos 634 del Estatuto Tributario y 279 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 635 parcial del mismo estatuto con el propósito de establecer el alcance de la norma acusada.

Las normas en mención regulan los intereses moratorios a través de la identificación de, entre otros aspectos, el hecho que los genera, la periodicidad y la tasa. Para los intervinientes la integración de estas disposiciones es necesaria porque definen la clase de intereses a los que se refiere la norma acusada y, por ende, completan el contenido de la condición demandada a la que se supedita la terminación del proceso penal.

30.- En relación con el argumento en el que sustentan la solicitud de integración, la Sala advierte que, si bien la disposición demandada remite a otras normas para establecer el tipo de intereses y la forma en la que se calculan, lo cierto es que la determinación de estos aspectos no es indispensable para la comprensión de la norma ni para adelantar el examen de constitucionalidad del cargo de formulado por el demandante. En efecto, tal y como se explicó en la revisión de aptitud, la censura únicamente cuestionó la inclusión de un elemento ajeno a la tipificación de la conducta.

En ese sentido, es necesario destacar que el actor no discutió el tipo de intereses, la tasa, la forma la que se causan o sus características, sino que circunscribió su reproche a la inclusión de un elemento ajeno al tipo como una condición de terminación del proceso penal

por el delito de omisión de agente retenedor. Por lo tanto, la comprensión de la disposición acusada no requiere la integración de las normas que establecen la naturaleza de los intereses y la forma en la que se calculan.

Adicionalmente, el ciudadano no presentó argumentos de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones que en el Estatuto Tributario rigen, de forma general, los intereses de mora, es decir no cuestionó su naturaleza, causación o alcance. En consecuencia, la Sala no tiene la competencia para integrar esas normas y extender su examen sobre las mismas, pues esto implicaría un control oficioso de constitucionalidad, que desborda la función asignada en el artículo 241 superior, vulneraría el derecho a la participación ciudadana y afectaría el debate democrático.

31.- Con base en esas consideraciones, la Sala no integrará las normas del Estatuto Tributario que regulan los intereses moratorios y, en consecuencia, tampoco considerará los argumentos y solicitudes de los intervinientes dirigidos a cuestionar el tipo de interés o la tasa[51], pues como se explicó este es un asunto que excede la competencia de esta Corporación demarcada por los límites del cargo formulado. No concurren los presupuestos para la integración de la totalidad del párrafo en el que está incluida la expresión acusada

32.- Por su parte, la Procuraduría General de la Nación solicitó la integración de la unidad normativa de la totalidad del párrafo en el que está incluida la disposición acusada, pues considera que circunscribir la extinción de la acción penal al pago de la suma adeudada y los intereses correspondientes afecta la finalidad preventiva de la pena.

Para el Procurador, las funciones de la pena que justifican la tipificación de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador se eliminan con la causal de extinción de la acción penal examinada. Lo anterior, porque el sujeto obligado intentará quedarse con lo que recaudó hasta que avance el proceso penal, ya que sabe que este se inicia como consecuencia de otras actuaciones administrativas dirigidas a obtener el pago de las sumas adeudadas.

33.- A partir de la estructura y elementos de la norma en la que está incluida la disposición acusada, identificados en el fundamento jurídico 28 de esta providencia, resulta evidente la improcedencia de la integración de la unidad normativa propuesta por el Ministerio Público,

por cuanto no se enmarca en las específicas finalidades a las que la jurisprudencia constitucional ha supeditado la integración y desborda la censura de inconstitucionalidad bajo estudio.

34.- De un lado, la Procuraduría señaló que la integración en mención es necesaria para establecer la proposición jurídica completa. Sin embargo, como se explicó preliminarmente, el párrafo prevé: (i) la posibilidad de obtener resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal; (ii) las condiciones a las que se sujeta dicha posibilidad, específicamente el pago o compensación de las sumas adeudadas, y el pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario y normas legales respectivas; y (iii) precisa que en el marco de esta hipótesis se mantienen las sanciones administrativas a las que haya lugar.

A partir del alcance del párrafo descrito previamente no se advierte la necesidad de la integración propuesta, pues la demanda únicamente se dirige contra una de las condiciones que previó el Legislador para la terminación del proceso, pero no cuestionó la existencia de esa posibilidad, el condicionamiento al pago de la suma adeudada ni la procedencia de las sanciones administrativas. Por lo tanto, los elementos normativos incluidos en el párrafo y que no fueron demandados no son necesarios para completar el objeto sobre el que recaerá el examen de constitucionalidad en esta oportunidad.

35.- De otro lado, para la Vista Fiscal los demás elementos incluidos en el párrafo están íntimamente relacionados con la norma demandada y, a primera vista, presentan serias dudas de constitucionalidad, pues la posibilidad de que se termine el proceso por pago confronta las funciones de la tipificación penal.

En relación con el segundo argumento de integración, resulta claro que la solicitud está fundada en un cargo diferente al que formuló el actor y fue admitido por esta Corporación, pues el Ministerio Público cuestiona la constitucionalidad de obtener resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento por pago en el marco del proceso penal, mientras que el actor pretende que se mantenga esa posibilidad y se reduzcan las condiciones previstas para el efecto a partir de la exclusión del pago de los intereses que, a su juicio, es desproporcionada.

En síntesis, la propuesta de integración de la totalidad del párrafo se formula con la

pretensión de que la Corte examine un reproche que no fue planteado por el demandante, ni debatido por los intervinientes, razón por la que no se accederá a la solicitud de integración descrita.

La integración de la expresión “y normas legales respectivas” prevista en el párrafo al que pertenece la norma acusada es procedente

36.- Finalmente, la Procuraduría General de la Nación solicitó la integración de la expresión “y normas legales respectivas” incluida en el párrafo parcial acusado en aras de completar la proposición jurídica.

Para el análisis de esta solicitud es necesario hacer referencia al primer supuesto de integración, referido en el fundamento jurídico de 26 de esta providencia, en el cual un contenido normativo puede no ser autónomo desde el punto de vista jurídico, como en el caso de la demanda de expresiones aisladas de un artículo.

37.- En relación con esta hipótesis este Tribunal ha precisado que no siempre que se demanda un fragmento de una disposición normativa se está ante una proposición jurídica incompleta, lo que llevaría a un fallo inhibitorio. En efecto, como lo dijo la Sentencia C-055 de 2010[52], en ciertos casos puede llevarse a cabo el control constitucional porque el apartado corresponde a un enunciado completo desde el punto de vista semántico y sintáctico, pero tales atributos no son predicables desde la perspectiva jurídica. Ese fallo reiteró lo establecido en la Sentencia C-544 de 2007 que determinó que en esos casos es necesario “que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales” y “que los apartes normativos que (...) no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa”. Además, existe una relación inescindible de conexidad entre la norma demandada y otros apartes no demandados cuando “en caso de que la Corte decidiera declarar inexecutable los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico” de los fragmentos no acusados.

En ese punto es ilustrativo recordar, tal como lo determinó la Sentencia C-560 de 1997[53], que el objetivo de la integración de la unidad normativa

“implica que la Corte Constitucional (...) confronte normas completas, con alcances definidos, impidiendo que la acción ciudadana, ejercida selectivamente sobre ciertos textos desvirtúe el sentido exacto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, bajo un cierto designio del actor o, por inadvertencia de éste, con el resultado de hacer que el precepto, según el sentido del fallo, presente un contenido incoherente o inaplicable.”

Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, para que proceda la integración de la unidad normativa bajo esta causal deben acreditarse varias características, tanto del texto acusado como del fragmento con el que eventualmente se haría la integración. De un lado, el fragmento demandado (i) debe tener un contenido comprensible lingüísticamente, y (ii) su entendimiento deóntico o aplicación jurídica debe requerir de otro precepto no demandado. De otro lado, procede la integración de la unidad normativa si ante la eventual declaratoria de inexequibilidad del fragmento acusado los apartes que no han sido demandados tendrían algún impacto en su posibilidad de producir efectos jurídicos o en el sentido de los mismos. Esto ocurriría porque, aunque los enunciados puedan mantenerse en sentido lingüístico, su contenido (i) se hace inaplicable, o (ii) resulta incoherente con el resto del ordenamiento.

38.- Con respecto a la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación sobre la integración de la expresión “y normas legales respectivas” se advierte que concurren los presupuestos establecidos en la primera causal referida. Lo anterior porque si bien la disposición acusada “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario” tiene un contenido comprensible lingüísticamente la expresión faltante, referida por el Ministerio Público, es necesaria para el entendimiento y aplicación jurídica del precepto demandado.

En efecto, la expresión en mención está intrínsecamente relacionada con la disposición acusada y completa el sentido jurídico de la condición demandada. Lo anterior, porque hace referencia a la forma en la que se determina una de las condiciones para la terminación del proceso, pues señala que los intereses deben establecerse con base en lo previsto en las normas legales respectivas.

La relación de la norma demandada con la expresión cuya integración se solicita se evidencia en los efectos del pronunciamiento de esta Corporación, pues si se declarara la

inexequibilidad del aparte demandado “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario” la subsistencia de la expresión “y normas legales respectivas” no tendría sentido gramatical ni jurídico.

Así las cosas, como quiera que la expresión “y normas legales respectivas” completa el sentido jurídico de la disposición acusada, al punto que si se declarara la inexequibilidad del fragmento demandado la subsistencia de esta expresión resultaría inaplicable e incoherente la Sala dispondrá su integración. En consecuencia, el examen recaerá sobre la expresión “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas” prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

39.- En el presente asunto se admitió la demanda con un cargo único de inconstitucionalidad en contra del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por la violación del artículo 29 Superior. En particular, el ciudadano adujo que la norma acusada desconoce el principio de proporcionalidad como garantía del debido proceso porque exige el pago de intereses como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador” a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal.

El actor adujo que la proporcionalidad exige un mínimo de correspondencia entre las reglas de terminación del proceso penal y la conducta tipificada, motivo por el que la introducción de elementos ajenos al tipo para el acceso a las medidas de terminación de los procesos es desproporcionada, máxime si se considera que las finalidades de la norma acusada (el cumplimiento efectivo de las obligaciones y el robustecimiento del recaudo tributario) también pueden garantizarse por otras vías que no tengan incidencia de carácter penal.

40.- En relación con el cargo descrito, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la DIAN, las universidades Sergio Arboleda, Libre de Bogotá, Externado de Colombia y de Ibagué, y el Instituto Colombiano de Derecho Tributario consideraron que la norma acusada es exequible. Los intervinientes presentaron los siguientes argumentos para defender la constitucionalidad de la disposición acusada: (i) el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración en

el diseño de la política penal, que incluye la fijación de las causales de extinción del proceso; (ii) la norma acusada persigue propósitos constitucionales tales como la protección de los recursos públicos, el resarcimiento de los perjuicios sufridos por el Estado y desestimular la apropiación indebida de recursos públicos; (iii) la medida es adecuada para la protección de la administración pública; (iv) el pago de los intereses se encuentra íntimamente relacionado con el fundamento temporal del tipo penal; (v) los beneficios penales no tienen que reproducir de forma exacta el objeto, la naturaleza y estructura de la conducta tipificada; (vi) la previsión de intereses moratorios por la tardanza en el pago de las obligaciones tributarias se ha considerado ajustada a la Carta Política; (vii) el pago de los intereses es facultativo, ya que el agente puede enfrentar el proceso penal en el que operan las garantías procesales; y (viii) el desconocimiento de los intereses generaría un trato inequitativo con las personas que cumplen sus deberes tributarios de manera oportuna.

Con base en los argumentos descritos, la mayoría de los intervinientes coinciden en que la norma acusada no desconoce las garantías que se derivan del artículo 29 Superior, en particular el principio de proporcionalidad.

41.- Por su parte, la Universidad Sergio Arboleda, además de los argumentos expuestos para defender la exequibilidad de la norma acusada, solicitó que se emitan condicionamientos relacionados con algunas de las consideraciones expuestas por esta Corporación sobre el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador”. En particular que:

(i) El tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador esté circunscrito a las sumas efectivamente percibidas. Por lo tanto, si las sumas no fueron percibidas no se incurrirá en responsabilidad penal[54].

(ii) Si la conducta es cometida por un servidor público y, por ende, se genera la inhabilidad prevista en el artículo 122 superior la medida de extinción de la acción penal implique la extinción de la inhabilidad[55].

42- De acuerdo con los cargos formulados por el demandante y las intervenciones ciudadanas, la Corte Constitucional debe determinar lo siguiente:

¿El artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599

de 2000, al establecer el pago de intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador” vulnera el principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior porque incluye un elemento que no hace parte del tipo penal?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará los siguientes temas: (i) el amplio margen de configuración legislativa en materia de procedimientos judiciales; (ii) los límites a la competencia del Legislador en el diseño de los procesos penales; y (iii) el delito de omisión de agente retenedor o recaudador -desarrollo normativo, elementos del tipo y finalidad de la tipificación-. Por último, (iv) examinará el caso concreto.

El amplio margen de configuración legislativa en materia de procedimientos judiciales[56]

43.- De conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución[57], corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa, regular los procedimientos judiciales y administrativos que servirán para materializar los derechos al debido proceso y de acceso a la justicia.

Precisamente, esta atribución constitucional delegada al Legislador por parte de la Carta Superior ha sido destacada por la Corte Constitucional

“al señalar que tal prerrogativa le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho[58].” (Subrayas fuera del texto original)

44.- En virtud de esa facultad, el Legislador puede definir las reglas mediante las cuales se deberá adelantar cada proceso, que incluyen, entre otras cosas, la posibilidad de (i) fijar nuevos procedimientos, (ii) determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, (iii) eliminar etapas procesales[59], (iv) establecer las formalidades que se deben cumplir, (v) disponer el régimen de competencias que le asiste a cada autoridad, (vi) consagrar el sistema de

publicidad de las actuaciones, (vii) establecer la forma de vinculación al proceso, (viii) fijar los medios de convicción de la actividad judicial, (ix) definir los recursos para controvertir lo decidido[60] y, en general, (x) instituir los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes[61]. Como se observa, esta función le otorga al legislativo la posibilidad de privilegiar determinados modelos de procedimiento o incluso de prescindir de etapas o recursos en algunos de ellos[62].

Bajo esta perspectiva, el Legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración legislativa para establecer procedimientos[63]. La jurisprudencia constitucional también ha señalado que el ejercicio de esta facultad está sometido a límites precisos, atinentes a que las normas procesales sean compatibles con la Constitución. Estos límites pueden agruparse en cuatro categorías, a saber: (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso[64] y el acceso a la administración de justicia[65].

45.- El primer límite se refiere a que, cuando el Constituyente ha definido de manera directa un determinado procedimiento judicial, no le es posible al Legislador modificarlo[66]. Esto ocurre en ciertas referencias explícitas que han sido definidas en la Carta Política, como la posibilidad de impugnar los fallos de tutela de primera instancia y las sentencias penales condenatorias, de conformidad con los artículos 86[67] y 29[68] de la Constitución, respectivamente.

46.- El segundo límite parte de la premisa de que los procedimientos judiciales no constituyen un fin en sí mismo, sino un instrumento para alcanzar la materialización del derecho sustancial. En ese sentido, las formas procesales deben propender por otorgar eficacia a los principios de independencia y autonomía de la función judicial, la publicidad de la actuación y la garantía de acceso a la administración de justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución[69]. Así lo ha reconocido esta Corporación, al sostener que:

47.- Con respecto al tercer límite, refiere a la necesidad de que las normas procesales respondan a un criterio de razón suficiente, relativo al cumplimiento de un fin

constitucionalmente admisible, a través de un mecanismo que se muestre adecuado para el cumplimiento de dicho objetivo y que, a su vez, no afecte desproporcionadamente un derecho, fin o valor constitucional[71]. Sobre este punto, en la Sentencia C-428 de 2002[72] expresó:

“Como lo ha venido señalando la jurisprudencia constitucional en forma por demás reiterada y unívoca, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Carta Política, al legislador le corresponde regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos. Por esta razón, goza de un amplio margen de autonomía o libertad de configuración normativa para evaluar y definir sus etapas, características, formas y, específicamente, los plazos y términos que han de reconocerse a las personas en aras de facilitar el ejercicio legítimo de sus derechos ante las autoridades públicas. Autonomía que, por lo demás, tan sólo se ve limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales.” (Subrayas fuera del texto original)

48.- Finalmente, con respecto al cuarto límite a la libertad de configuración del Legislador en materia procesal, se exige que en cada procedimiento se reflejen los principios de legalidad, defensa, contradicción, publicidad y primacía del derecho sustancial[73], en desarrollo de los artículos 29, 209 y 228 de la Constitución Política. A su vez, los trámites judiciales que sean creados por el Legislador también deben propender por la realización de otros mandatos específicos previstos en la Carta Superior, como el deber de consagrar procesos sin dilaciones injustificadas, salvaguardar la igualdad de trato ante las mismas circunstancias y garantizar el respeto de la dignidad humana, entre otros[74].

Ahora bien, es evidente que, en algunas circunstancias concretas, pueden entrar en tensión diferentes garantías que hacen parte del debido proceso en tanto cláusula compleja. A modo de ejemplo, podría presentarse un caso que enfrente el derecho a la defensa y contradicción con respecto al principio de celeridad y de lograr el establecimiento de un proceso sin dilaciones injustificadas, restringiéndose alguna de aquellas frente a la otra. En palabras de esta Corporación

“(…) la Corte ha concluido que dichas opciones legislativas son válidas y responden al

amplio margen de la potestad de configuración normativa del legislador, siempre que no se incurra en un desconocimiento de los otros límites impuestos, en especial, en lo que tiene que ver con la satisfacción de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”[75]

49.- A partir de la jurisprudencia expuesta anteriormente, se concluye que el Legislador goza de un amplio margen de configuración en materia procesal, lo cual incluye la forma de terminación de los procesos. Sin embargo, es necesario acudir a los criterios establecidos en la Constitución y en la jurisprudencia, que fijan límites al ejercicio de la potestad legislativa en el diseño de procedimientos, especialmente en lo que respecta a la defensa de las garantías procesales constitucionales y los principios que buscan proteger el derecho el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia. Con todo, esta facultad del Legislador se encuentra limitada (i) a la imposibilidad de modificar una instancia procesal prevista específicamente en la Constitución; (ii) al respeto de los principios y fines esenciales del Estado; (iii) a la satisfacción de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) al deber de velar por la eficacia de las diferentes garantías que integran el debido proceso y al acceso a la administración de justicia[76].

Los límites a la competencia del Legislador en el diseño de los procesos penales

50.- El amplio margen de configuración del Legislador en el diseño de los procesos judiciales también ha sido objeto de reconocimiento, por parte de la jurisprudencia constitucional, en los procedimientos penales. En particular, esta Corporación ha destacado la competencia general del Congreso de la República para hacer las leyes, prevista en el artículo 150 superior, así como la competencia específica sobre el procedimiento penal asignada en el Acto Legislativo 03 de 2002.

51.- En concordancia con lo anterior, el análisis de la constitucionalidad de normas procesales penales parte del reconocimiento de la competencia del Legislador para expedir dichas disposiciones y del margen de configuración con el que cuenta para el efecto.

En la Sentencia C-205 de 2016[77] la Corte examinó la facultad otorgada en el artículo 499 de la Ley 1407 de 2010 para que el juez penal militar decrete y practique pruebas de manera oficiosa por la alegada violación del derecho al debido proceso, imparcialidad del juez y la presunción de inocencia.

La Sala Plena emprendió el examen de la norma referida a partir de la premisa sobre la discrecionalidad del Legislador en la configuración de los procesos judiciales. En particular, indicó que la Carta Política no prevé un modelo procesal estricto que deba ser observado por el Congreso para el diseño de los procedimientos a través de los que se tramitan los asuntos de diferentes especialidades y, por el contrario, le asignó la competencia para diseñar, de manera discrecional, las estructuras procesales en las distintas materias.

De la misma manera, en la Sentencia C-920 de 2007[78] la Corte examinó la constitucionalidad del párrafo parcial del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en el que se limita el momento en el que pueden ser alegadas algunas de las causales de preclusión del proceso penal[79].

En el examen de la norma en mención, la Sala Plena consideró que limitar las causales de preclusión con aptitud para ser invocadas en la fase de juzgamiento se ajustó a los principios que rigen el proceso penal acusatorio, no desconoció las garantías de defensa y acceso a la administración de justicia, y constituyó una expresión legítima del ejercicio de la cláusula general de competencia que la Constitución adscribe al Legislador para la regulación de los procedimientos.

52.- No obstante, la jurisprudencia constitucional ha identificado que, además de los límites generales referidos en el fundamento jurídico 49, operan otras restricciones específicas para el diseño de los procesos penales, las cuales están íntimamente relacionadas con la trascendencia constitucional de los derechos y los intereses en tensión en el marco de estos trámites.

53.- En primer lugar, el Legislador está obligado a observar los elementos esenciales del proceso penal acusatorio previstos en el Acto Legislativo 03 de 2002. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que:

“(…) la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002 fijó nuevos parámetros al legislador al momento de establecer las ritualidades del proceso penal, en especial, por la creación del juez de control de garantías; el establecimiento de un juicio oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; la consagración del principio de oportunidad con control judicial, al igual que la preservación de precisas y excepcionales facultades judiciales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. En tal sentido, ha

enfaticado la Corte, le está vedado al legislador romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio.”[80]

En concreto, la identificación y determinación de los elementos esenciales del procedimiento penal en la Carta Política demarcan la actividad del Legislador, pues la regulación debe observar las características definitorias del proceso que el constituyente derivado decidió elevar a rango constitucional. En lo demás, es el Congreso el que determina la reglamentación correspondiente, la cual puede seguir diversos enfoques.

54.- En segundo lugar, el diseño del proceso penal exige una consideración reforzada sobre el derecho de defensa en atención a los derechos que están involucrados en este procedimiento y al diseño del modelo acusatorio, en el marco del cual las partes -acusador y acusado- actúan en un escenario adversarial, en el que se debe garantizar su igualdad. En ese sentido, se ha indicado que:

“A pesar de que el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en sostener que éste se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, en razón de los intereses jurídicos que allí se ven comprometidos, las materias de las que se ocupa y las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria.”[81]

De suerte que, como regla general, el derecho de defensa es una garantía que debe ser considerada por el Legislador en el diseño de todos los procedimientos y que debe extenderse sobre todo el trámite. Sin embargo, en las normas de carácter procesal penal el deber de asegurar esta garantía se refuerza como consecuencia de los bienes jurídicos involucrados.

55.- En tercer lugar, la protección de los derechos de las víctimas demarca un límite claro a la actividad de configuración procesal penal de la que es titular el Legislador, el cual se infiere de diversas disposiciones de la Carta Política[82] y ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional. En ese sentido se ha indicado que existe “un régimen de protección constitucional de la víctima en el proceso penal”, el cual se edifica a partir de los siguientes fundamentos:

Del régimen en mención se desprende como garantía mínima para las víctimas que el Legislador les asegure el ejercicio de diversas posiciones jurídicas en el proceso penal que les permitan materializar sus derechos salvo que exista una prohibición constitucional expresa, se afecten las competencias, facultades o derechos exclusivos de los otros sujetos o se transgreda la estructura constitucional del proceso penal.

56.- En cuarto lugar, la observancia del principio de proporcionalidad, que constituye un parámetro de corrección funcional de la actividad del Estado dirigido a evitar el desequilibrio o el exceso en el ejercicio del poder público.

A pesar de que el límite en mención no cuenta con una definición normativa constitucional o legal, la jurisprudencia de este Tribunal lo ha derivado de varios preceptos de la Carta Política. En particular, de la previsión del Estado Social de Derecho[84], la protección de los derechos y libertades de las personas como mandatos principales de las autoridades públicas[85], el respeto de la dignidad humana como fundamento del Estado, el carácter inalienable de los derechos de la persona[86], la responsabilidad de los servidores públicos por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones[87] y el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción[88].

57- Tal y como lo ha indicado esta Corporación desde sus primeros pronunciamientos, el límite de proporcionalidad es un concepto relacional, es decir opera en un escenario de confrontación de principios o bienes jurídicos, concretamente cuando “la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro”[89]. En este contexto, el juez constitucional evalúa que la restricción no sea desproporcionada. Por ende, la observancia de la proporcionalidad se determina en el análisis del caso concreto a través de la ponderación. Para esta evaluación, la jurisprudencia ha acudido a herramientas metodológicas, tales como el test de proporcionalidad en el que se examinan las medidas adoptadas por el Legislador y los fines que persigue[90].

58.- En lo que respecta a la aplicabilidad del principio en mención en el ámbito penal, es necesario partir de la competencia del Congreso de la República para el diseño de los diferentes componentes de la política punitiva, la cual está respaldada en el principio democrático y la soberanía popular. Sin embargo, esta facultad debe respetar los derechos fundamentales, observar los valores superiores involucrados en este ámbito y materializar

los fines estatales.

En efecto, en el ejercicio de la función punitiva, el Estado debe observar las disposiciones de rango constitucional que dirigen y limitan esa competencia, tales como la obligación de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; la prohibición de la pena de muerte[91]; el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[92]; la prohibición de prisión por deudas y el mandato de legalidad[93]; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación[94], entre otras.

En el marco de estas restricciones, el límite de proporcionalidad, como parámetro de control a la actividad estatal, se extiende sobre todos los ámbitos de la función punitiva. En ese sentido se ha precisado que:

“En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez (...).”[95]

59.- De una parte, se ha indicado que la proporcionalidad como límite a la actividad del Legislador en la tipificación de los delitos exige que el reproche penal se realice sobre conductas que vulneran efectivamente bienes jurídicos de suficiente relevancia para el ordenamiento [96] y que en esa actividad se considere “(i) la importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o ataque a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado.”[97]

De otra parte, también se ha señalado que en la configuración del sistema de penas el Legislador debe prever medidas que permitan que los jueces en la aplicación de las normas y la resolución de los casos concretos materialicen el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, mediante la dosimetría penal y la determinación de penas máximas y mínimas como referentes para la imposición de la pena en los asuntos específicos.

Adicionalmente, en lo que respecta al diseño de las medidas procesales penales, esta Corporación ha destacado que del derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 Superior se desprenden diversas garantías, algunas de las cuales son absolutas y otras son susceptibles de ser protegidas o restringidas en grados.

De manera concreta, la Sentencia C-648 de 2001[98] precisó que las garantías como el derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, o el principio de favorabilidad no admiten restricciones mientras que los derechos de defensa y de contradicción pueden verse limitados para garantizar otros intereses legítimos siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido y las limitaciones establecidas sean razonables y proporcionadas.

Por lo tanto, en el diseño de medidas procesales el Legislador puede limitar algunas de las garantías que se derivan del debido proceso siempre que estas sean susceptibles de restricción y la limitación de las mismas sea proporcionada.

60.- Como se advierte, la jurisprudencia constitucional parte de reconocer la competencia del Legislador para el diseño del sistema punitivo y establecer que si bien se trata de una facultad amplia como consecuencia de la asignación de la competencia por parte de la Carta Política y por el principio democrático que la fundamenta, está limitada por el principio de proporcionalidad. Este límite cobra especial importancia en el ámbito penal en el que se restringen libertades y derechos fundamentales.

61.- Con base en las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para el diseño del proceso penal, el cual está sujeto a los límites generales resumidos en el fundamento jurídico 49 y los límites particulares que corresponden a: la observancia de los elementos esenciales del proceso penal acusatorio previstos en la Carta Política, la consideración reforzada sobre el derecho de defensa, la garantía de los derechos de las víctimas y el principio de proporcionalidad.

El delito de omisión de agente retenedor

62.- El artículo 402 de la Ley 599 de 2000 incluido en el título correspondiente a los “Delitos contra la Administración Pública” tipifica la omisión de los agentes retenedores o recaudadores en el pago de las sumas que, en el marco del sistema tributario, retienen con

respecto a algunos tributos.

63.- El delito en mención sanciona el incumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso de retención en la fuente, que corresponde a un mecanismo operativo diseñado en el sistema tributario para “(...) conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.”[99]

En este proceso, en el que los particulares colaboran con la administración tributaria para el recaudo de los impuestos, se presenta una relación entre 3 sujetos principales: el Estado, a través de sus autoridades tributarias; el agente, a quien se le encomienda una función administrativa, y el contribuyente que es el responsable del pago del tributo.

El sujeto activo del tipo es el agente retenedor y el agente autorretenedor. El agente retenedor actúa como intermediario entre el contribuyente y la administración tributaria, y se le asignan 2 funciones principales: de un lado, la deducción del monto correspondiente al tributo y, de otro, la declaración y consignación de las sumas retenidas.

64.- En la primera función, de retención, el agente está obligado a deducirle al contribuyente las cantidades que correspondan al tributo específico. Los recursos retenidos por el agente, por el sólo hecho de la retención, son de naturaleza pública[100].

La segunda función, declaración y consignación, corresponde a las actuaciones a través de las que el agente pone a disposición del Estado los recursos públicos que recaudó y que custodiaba temporalmente. Esta obligación debe ser cumplida mediante las formalidades previstas en las normas correspondientes, y con plena observancia de los lugares y plazos fijados para el efecto.

65.- Por su parte, en el agente autorretenedor concurren dos calidades. Por un lado, es el contribuyente. Por otro lado, es el obligado a retener directa y personalmente la suma correspondiente al tributo que su actividad causó en orden a cumplir con la función pública que le fue encomendada. En el momento en el que surge la obligación de retención del tributo la suma se convierte en un recurso público[101].

66.- Las obligaciones del agente son el desarrollo de una función pública que la ley le encomienda, que es la de retener en la fuente los impuestos pagados por los contribuyentes

para entregarlos al fisco. Por lo tanto, su fundamento constitucional se encuentra en el principio de eficiencia tributaria, previsto en el artículo 363 de la Carta Política, y en el artículo 210 constitucional, que dispone que “[l]os particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

En contraste, la obligación del contribuyente se deriva del artículo 95.9 superior, de acuerdo con el cual los ciudadanos tienen el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

67.- La jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en la diferencia entre las obligaciones del retenedor y del contribuyente. Por ejemplo, en la Sentencia C-1144 de 2000[102], en la que se debía determinar si el delito de responsabilidad por no consignación de la retención en la fuente y el IVA violaba la prohibición de prisión por deudas del artículo 28 de la Constitución, la Corte definió cuál era el alcance de las obligaciones de los sujetos. Al respecto dijo:

“Ciertamente, atendiendo a la manera como legalmente está edificado el proceso de imposición y recaudación de los tributos en Colombia, denominado también sistema tributario, una es la situación del contribuyente y otra la del retenedor. El contribuyente, que en sentido estricto aparece como el sujeto pasivo de la relación tributaria, es el responsable directo del pago del tributo, es decir, aquella persona, natural o jurídica, o el ente sin personería jurídica, que debe soportar la carga impositiva siempre que realice o ejerza el hecho generador de la obligación fiscal de carácter sustancial (E.T. art. 2º).”

A su vez, la Corte aclaró el contenido y alcance de dos de las obligaciones del agente retenedor: la de retener y la de pagar. Aunque la Sala no se refirió a la obligación de declarar, pues no era un tema relevante, sí especificó las obligaciones de recolectar o retener, y la de pagar las sumas recaudadas a favor del Estado:

“Por su parte, se entiende que el retenedor es la persona natural o jurídica, contribuyente o no contribuyente, sobre la cual el Estado descarga el ejercicio de una función pública: la obligación de recaudar y consignar a su nombre los dineros materia del tributo. Desde esta perspectiva, el agente retenedor no puede confundirse con el sujeto pasivo de la relación tributaria o contribuyente en cuanto no asume ninguna carga impositiva, viendo limitada su actividad, como se dijo, a la simple cooperación con el fisco en la dispendiosa labor del

cobro o recaudo del impuesto. Por esa razón, puede sostenerse que la obligación legal asignada al agente retenedor en nada se asemeja a la del contribuyente, como tampoco a la del particular al que se le atribuye el incumplimiento de una obligación dineraria, siendo aquella, entonces, una obligación autónoma, independiente y de doble vía: de hacer, en cuanto le corresponde recolectar el dinero, y de dar, en la medida en que tiene que entregarlo o ponerlo a disposición del Estado quien es su único y verdadero propietario.”

68.- Como se advierte de las consideraciones expuestas, la retención como mecanismo de recaudo tributario conlleva la asignación de diferentes obligaciones para los sujetos que intervienen en el proceso, entre las cuales se destacan los deberes radicados en cabeza de los agentes a quienes se les asigna una función administrativa de suma importancia para el cumplimiento de los fines del Estado.

En efecto, el recaudo efectivo y eficiente de los recursos públicos a través del mecanismo en mención es de vital importancia desde el punto de vista constitucional, pues constituye una de las principales fuentes de liquidez del Estado para el cumplimiento de sus funciones públicas y la consecuente materialización de los fines del Estado Social de Derecho. A partir de esta relevancia, el Congreso ha considerado oportuno crear tipos penales específicos para el incumplimiento de la obligación de pagar la retención en la fuente. Por ejemplo, los artículos 665 del Decreto 624 de 1989, 22 de la Ley 383 de 1997, 402 de la Ley 599 de 2000, 42 de la Ley 633 de 2000 y 339 de la Ley 1819 de 2016 establecieron o modificaron el tipo penal de no pago de la retención.

La constitucionalidad de este tipo penal ha sido examinada por esta Corporación. Por ejemplo, la Sentencia C-009 de 2003[103], que estudió el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, identificó los elementos del tipo y consideró que la tipificación de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador protege la administración pública; observa los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y no transgrede la prohibición de establecer prisión por deudas.

En relación con el artículo 28 superior reiteró las consideraciones expuestas en la Sentencia C-1144 de 2000[104] e indicó que, de un lado, la obligación fiscal reposa en el contribuyente, razón por la que el agente es un particular al que el Estado le encomendó el cumplimiento de una función pública y, de otro, que la ley no le reconoce al agente

recaudador ninguna atribución que le permita suponer que las sumas recaudadas ingresan a su patrimonio con facultad dispositiva. Por estas circunstancias, el agente no puede considerar que recibirá el tratamiento de simple deudor ante una eventual apropiación indebida de dineros de naturaleza fiscal.

69.- En esta oportunidad, la Corte reitera que la retención en la fuente constituye un mecanismo de recaudo de tributos a través del cual un particular ejerce como intermediario entre el Estado y los contribuyentes -agente retenedor- o ejerce la retención del impuesto que el mismo sujeto está obligado a pagar -agente autorretenedor-, en aras de tornar más efectivo el sistema de recaudación y así brindar al Estado liquidez para el cumplimiento de sus funciones. Por ende, el Legislador ha considerado necesario tipificar el incumplimiento de las obligaciones asignadas en la designación de la función de retención, en tanto privan al Estado de los recursos públicos necesarios para ejercer sus competencias.

Análisis del caso concreto. El párrafo parcial acusado del artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 no desconoce el límite de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 de la Constitución Política

70.- El artículo 402 de la Ley 599 de 2000, con la modificación que introdujo el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016, prevé los elementos del tipo penal de “omisión del agente retenedor o recaudador”, los cuales fueron identificados en el fundamento jurídico 28 de esta providencia y corresponden a:

- (i) El sujeto activo cualificado: el agente retenedor o autorretenedor; el encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas y el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo.
- (ii) El sujeto pasivo: el Estado.
- (iii) La conducta reprochable y su temporalidad: no consignar las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, las sumas recaudadas por el impuesto sobre las ventas, el impuesto nacional al consumo, y tasas o contribuciones públicas en el término establecido para el efecto.
- (iv) El bien jurídico protegido: la Administración Pública.

Por su parte, el párrafo de la norma en mención establece las condiciones bajo las cuales el sujeto activo puede obtener resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal. Estas condiciones concurrentes son:

- (i) el pago o compensación de las sumas adeudadas.
- (ii) el pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas.

71.- El ciudadano demandó la segunda de las condiciones previstas en el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 por violación del artículo 29 superior. A partir de la integración de la unidad normativa referida en el fundamento jurídico 38 de esta sentencia, la disposición acusada supedita la terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador al pago de los intereses previstos en el Estatuto Tributario y las normas respectivas. Específicamente el actor, adujo que se desconoció el principio de proporcionalidad que limita la actividad del Legislador, por cuanto la condición que fija la norma acusada no hace parte de los elementos del tipo y, por ende, no guarda relación con el mismo.

La mayoría de los intervinientes indicaron que bajo el cargo formulado por el actor la norma cuestionada es exequible, pues la exigencia de pagar los intereses previstos en el Estatuto Tributario y normas correspondientes está íntimamente relacionada con la conducta tipificada; persigue propósitos constitucionales, tales como la protección del patrimonio público, el resarcimiento de los perjuicios sufridos por el Estado y desestimular la apropiación indebida de recursos públicos; y se trata de una medida adecuada para la protección de la administración pública.

72.- De suerte que, de acuerdo con el cargo formulado por el actor, le corresponde a la Sala establecer si la exigencia de pagar intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador constituye una medida desproporcionada que transgrede el artículo 29 superior.

73.- Con respecto al alcance del análisis es necesario reiterar que si bien la disposición demandada remite a otras normas para establecer el tipo de intereses y la forma en la que se calculan, la Sala no acudirá a esas normas para adelantar el examen ya que en el cargo

formulado por el demandante cuestionó la inclusión de un elemento ajeno a la tipificación de la conducta, pero no discutió el tipo de intereses, la tasa, la forma la que se causan o sus características.

En efecto, el ciudadano no presentó argumentos de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones que en el Estatuto Tributario rigen, de forma general, los intereses de mora, es decir no cuestionó su naturaleza, causación o alcance. En consecuencia, la Sala no extenderá su examen sobre el tipo de intereses, con base en las normas a las que remite la disposición acusada, pues esta inclusión implicaría el examen de proporcionalidad a partir de elementos ajenos a los reprochados por el actor así como un control oficioso de constitucionalidad, que desbordaría la función asignada en el artículo 241 superior, vulneraría el derecho a la participación ciudadana y afectaría el debate democrático.

74.- Efectuada esa precisión, el examen del problema jurídico en el presente caso debe partir del reconocimiento del amplio margen de configuración del Legislador en la definición de los procedimientos judiciales, según se ha explicado en precedencia. En consecuencia, la constitucionalidad de la medida acusada debe analizarse desde un juicio débil de proporcionalidad entre dicha previsión y los fines que busca cumplir, no sólo por la amplitud de la competencia con la que cuenta el Congreso para el diseño de medidas procesales sino también porque, en la disposición examinada en esta oportunidad, no se advierte prima facie la transgresión de un derecho fundamental.

Asimismo, la intensidad del juicio la confirman las siguientes circunstancias: (i) la condición acusada configura un beneficio procesal; (ii) la norma no impone una barrera para el acceso a la administración de justicia; (iii) no se advierte una limitación del derecho de defensa de las partes; y (iv) no se omite ni anula una instancia. Por lo tanto, en el marco, del juicio débil de proporcionalidad le corresponde a la Sala determinar: (i) si el fin buscado por la medida no está constitucionalmente prohibido, (ii) si el medio utilizado tampoco está proscrito por la Carta, y (iii) si el medio resulta adecuado[105].

En ese sentido, la Sala destaca que la proporcionalidad se determina a través de la evaluación de los fines que persigue la medida y los medios a los que acude el Legislador para alcanzar los objetivos correspondientes, pero no constituye un análisis de correspondencia estricta entre los elementos de una disposición jurídica y otras que estén

relacionadas o la desarrollen como lo propuso el demandante. En efecto, el ciudadano argumentó que la proporcionalidad exige que las condiciones para la terminación del proceso penal previstas en la norma acusada reproduzcan únicamente los elementos incluidos en la tipificación del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

75.- Efectuada la anterior precisión, le corresponde a la Sala determinar si la medida acusada, esto es, condicionar la terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador al pago de intereses es desproporcionada con base en los criterios del juicio de intensidad débil desarrollados por la jurisprudencia constitucional. En particular, es necesario establecer si: (i) las finalidades de la medida que, como se verá, corresponden a la protección de los recursos públicos, la reparación del Estado y la disuasión son legítimas y no están prohibidas por la Carta Política; (ii) el medio elegido, esto es, el cobro de intereses como una de las condiciones de terminación del proceso no está proscrito por la Constitución; y (iii) este medio, a su vez, resulta adecuado para alcanzar los fines propuestos.

El análisis del fin perseguido por la medida

76.- Para establecer la finalidad de la disposición acusada, que corresponde a una de las condiciones impuestas por el Legislador -pago de intereses- para acceder a la terminación del proceso penal por el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, la Sala considera útil examinar los propósitos de (i) la tipificación de la conducta en la que se enmarca el beneficio de terminación del proceso penal y (ii) el objeto al que se condicionó la terminación, los intereses por el incumplimiento de la obligación en cabeza del agente retenedor.

77.- Tal y como se indicó en el fundamento jurídico 68, ha existido una clara y reiterada voluntad del Legislador de sancionar penalmente el incumplimiento de los agentes retenedores y recaudadores de recursos tributarios[106]. Lo anterior, por cuanto la tipificación de esta conducta:

En primer lugar, busca la protección de los recursos públicos que adquieren esa naturaleza por el sólo hecho de la retención. Por ejemplo, la Sentencia C-285 de 1996[107] aunque declaró la inexecutable del artículo 665 del Decreto 624 de 1989, que tipificaba la falta de consignación de las sumas retenidas porque no se precisó el elemento temporal, llamó la

atención del Legislador para que, en caso de encontrarlo necesario, reemplazara la norma retirada del ordenamiento en atención a la relevancia del bien jurídico que protege.

En segundo lugar, contribuye al adecuado funcionamiento del mecanismo de retención, el cual está previsto para dotar de eficiencia al sistema tributario y otorgarle liquidez al Estado para el cumplimiento de sus funciones.

En tercer lugar, responde a la naturaleza de los agentes retenedores o recaudadores, pues se trata de particulares que ejercen una función pública. Por lo tanto, se cualifican las exigencias de su actuación y, en consecuencia, se justifica el reproche penal.

En cuarto lugar, desincentiva la retención indebida de los recursos públicos recaudados a través del mecanismo de retención.

De manera que, la tipificación de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador atiende a diversas finalidades relacionadas principalmente con la protección del patrimonio público y con la oportuna disposición del mismo por parte del Estado para el cumplimiento de sus funciones.

78.- Ahora bien, en cuanto a la previsión de intereses moratorios por el incumplimiento de la obligación del agente recaudador en normas tributarias, la Sentencia C-257 de 1998[108] indicó que por tratarse de recursos públicos que no son propiedad del recaudador y permanecen en manos de éste por un tiempo superior al permitido legalmente “es justo y natural que cause intereses a cargo de quien lo retiene y por el tiempo de la retención.”

En particular, señaló que el Estado, que representa el interés público, no está obligado a soportar la depreciación monetaria que se deriva de la retención injustificada de las sumas recaudadas por el agente y, además, debe ser indemnizado por la privación de los recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

De suerte que, la previsión de intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones de declaración y pago oportuno por parte del agente recaudador persigue, de un lado, solventar la depreciación monetaria y, de otro, indemnizar los perjuicios sufridos por el Estado.

79.- Los fundamentos y finalidades de (i) la tipificación de la conducta de omisión del

agente retenedor y (ii) la previsión de intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones del agente constituyen referentes útiles para establecer la finalidad de la medida examinada en esta oportunidad.

En efecto, si el tipo penal tiene como objetivo la protección de los recursos públicos y asegurar la liquidez del Estado, y los intereses que prevén las normas tributarias buscan solventar la pérdida de valor adquisitivo del dinero e indemnizar al Estado, la Sala concluye que la condición a la que se sujeta la terminación del proceso penal, acusada en esta oportunidad, es una medida que tiene los siguientes propósitos: (i) proteger los recursos públicos; (ii) indemnizar a la víctima, que en el delito en mención es el Estado; y (iii) disuadir a los ciudadanos del incumplimiento de las obligaciones asignadas al agente retenedor o recaudador.

80.-Ahora bien, establecidas las finalidades de la condición de terminación del proceso penal bajo examen, esto es, la protección del patrimonio público, la disuasión y la reparación de la víctima, la Sala advierte que estos fines no están prohibidos en la Carta Política. Por el contrario, están íntimamente relacionados con mandatos superiores tales como el cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho, la moralidad administrativa, la sostenibilidad fiscal y la eficiencia del sistema tributario.

En síntesis, las finalidades de la medida referidas son legítimas y no están prohibidas por la Constitución Política.

El análisis del medio utilizado

81.- El Legislador, en el marco del amplio margen de configuración de los procedimientos judiciales, estableció como una de las condiciones de terminación del proceso penal adelantado por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador el pago de los intereses correspondientes.

El medio descrito, que corresponde a la fijación de un requisito para el acceso a una circunstancia especial de terminación del proceso, no está prohibido en la Carta Política. En efecto, no existe una disposición de rango constitucional que restrinja la exigencia del pago de los intereses sobre las sumas retenidas por el agente para acceder a la terminación del proceso penal, máxime si se considera que se trata de una condición que está

íntimamente ligada con la protección de los recursos públicos y la indemnización de la víctima.

El análisis de la adecuación del medio para obtener el fin propuesto

82.-El último aspecto que debe ser examinado en el marco del test de proporcionalidad débil es la adecuación del medio para la obtención del fin. En particular si la medida sirve para el propósito perseguido por el Legislador.

En el presente caso la Sala advierte que, de cara a las finalidades que comparten la tipificación de la omisión de agente retenedor o recaudador, los intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones de los agentes y la condición de terminación del proceso penal, la exigencia planteada por la norma acusada es adecuada.

En efecto, se trata de una condición a través de la que se logra el restablecimiento del patrimonio público afectado con la retención ilegal de recursos públicos por parte del agente; la indemnización del Estado a través de la compensación de la depreciación monetaria y el resarcimiento por los daños sufridos, y la disuasión con respecto a la comisión de este delito que afecta el cumplimiento de las funciones del Estado y, por ende, el interés general.

Adicionalmente, el sujeto activo de la conducta accede a una forma de terminación del proceso penal mediante el cumplimiento íntegro de la obligación de la que es deudor. En ese sentido, es necesario destacar que los intereses no tienen su causa en el reproche penal, sino que se derivan del diseño de la obligación tributaria. Por ende, la condición demandada no impone una carga adicional al sujeto que incurrió en la conducta tipificada sino que se limita a exigir que cumpla la obligación que se configuró por el incumplimiento de un deber legal y la apropiación indebida de recursos públicos.

En ese sentido, es necesario resaltar que los tipos penales relacionados con el incumplimiento de obligaciones tributarias están integrados por conceptos y calificaciones jurídicas propias de ese sistema, las cuales guardan relación las prestaciones debidas al Estado en el marco de la relación jurídico-tributaria. De suerte que si este tipo de previsiones en el ámbito penal acuden a los conceptos propios del sistema tributario, resulta adecuado que el concepto de extinción de la obligación tributaria acuda a los

referentes del ámbito tributario para el efecto, entre los que se incluye el pago de los intereses.

83.- Asimismo, la Sala precisa que la existencia de otros medios para el cumplimiento de los fines propuestos, no torna desproporcionada la norma bajo examen, pues por tratarse de una medida procesal y no advertirse, prima facie, la afectación de un derecho fundamental, el Legislador cuenta con la potestad constitucional de elegir, entre los medios disponibles, aquellos que considere pertinentes para el cumplimiento de los fines perseguidos.

En ese sentido, es necesario destacar que en este análisis la Corte determina la aptitud del medio para lograr la finalidad propuesta, en aras de descartar medidas claramente inconducentes o inocuas, pero no evalúa la necesidad de la medida, es decir, no examina si el medio elegido por el Legislador es el único a su alcance para lograr el fin perseguido. En consecuencia, los argumentos planteados por el demandante sobre la existencia de otras vías para el cumplimiento de las finalidades de la norma, no tornan desproporcionada la medida elegida por el Legislador ni violatoria del debido proceso.

84.- En síntesis, exigir el pago de los intereses generados por el incumplimiento del agente retenedor en la declaración y pago de los recursos públicos que recaudó y custodiaba temporalmente, como condición para la terminación del proceso penal adelantado por la omisión descrita, constituye una medida adecuada para obtener los fines propuestos, relacionados con la protección de los recursos públicos, la disuasión y la indemnización de la víctima.

85.- Con base en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que la norma acusada no transgredió el artículo 29 superior, debido a que se trata de una medida que hace parte del amplio margen de configuración del Legislador en el diseño del proceso penal y superó el test de proporcionalidad desarrollado para este tipo de disposiciones. En efecto, la Sala concluyó que: (i) la condición demandada tiene como finalidades la protección de los recursos públicos, la reparación de la víctima y la disuasión; las cuales son legítimas y no están prohibidas por la Carta Política; (ii) la fijación del pago de intereses como condición de terminación del proceso penal es un medio que no está prohibido por las disposiciones superiores; y (iii) la condición de terminación del proceso penal examinada es una medida

adecuada para el cumplimiento de los fines en mención.

86.- Finalmente, es necesario precisar que los condicionamientos exigidos por la Universidad Sergio Arboleda son improcedentes porque si bien hacen referencia al delito de omisión de agente retenedor, no están relacionados con la disposición acusada, ni con el problema jurídico decidido en esta sede.

En primer lugar, con respecto a la solicitud de condicionar la norma examinada en el sentido de que se precise que el delito de omisión de agente retenedor únicamente se configura en relación con las sumas efectivamente percibidas por el agente, la Sala advierte que se trata de una petición relacionada con la determinación de la responsabilidad penal, la cual no se regula en la disposición examinada y no hace referencia al problema jurídico decidido en esta oportunidad.

En consecuencia, la Sala no emitirá los condicionamientos propuestos por la universidad interviniente.

87.- Con base en las consideraciones expuestas la Sala declarará la exequibilidad de la expresión “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas” prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por el cargo examinado en esta oportunidad.

Conclusiones

88.- El demandante presentó un cargo único de inconstitucionalidad en contra del artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por la violación del artículo 29 superior. En particular, el ciudadano adujo que la norma acusada desconoce el principio de proporcionalidad como garantía del debido proceso porque exige el pago de intereses como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador” a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal.

89.- De forma preliminar, la Sala advirtió que los intervinientes plantearon diversas cuestiones previas con impacto en la competencia para resolver la demanda bajo examen y

la determinación del problema jurídico. Por lo tanto, la Sala se ocupó inicialmente los asuntos relacionados con: (i) la cosa juzgada; (ii) la aptitud del cargo de inconstitucionalidad; y (iii) la integración de la unidad normativa.

90.- En primer lugar, este Tribunal descartó la configuración de la cosa juzgada por cuanto el asunto decidido en la Sentencia C-009 de 2003 y el examinado en esta oportunidad no recaen sobre el mismo objeto y no están fundados en los mismos argumentos de inconstitucionalidad.

91.- En segundo lugar, se analizó y corroboró que el cargo de inconstitucionalidad cumple los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

92.- En tercer lugar, la Sala examinó las solicitudes de integración de la unidad normativa elevadas por los intervinientes en relación con: (i) el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario; (ii) el artículo 634 del Estatuto Tributario y (iii) la totalidad del párrafo en el que está incluida la expresión acusada.

Con respecto a dichas solicitudes concluyó que la integración de las normas que determinaban el tipo de intereses no resultaba necesaria para la comprensión de la disposición acusada ni para adelantar el examen de constitucionalidad de cara al específico cargo de formulado por el demandante. Por ende, la Sala no podía integrar esas normas y extender su examen sobre las mismas, pues esto implicaría un control oficioso de constitucionalidad, que desbordaría la función asignada en el artículo 241 superior, vulneraría el derecho a la participación ciudadana y afectaría el debate democrático.

93.- Asimismo, advirtió que la propuesta de integración de la totalidad del párrafo en el que está incluido la disposición acusada se formuló con el propósito de que la Corte examinara un reproche que no fue planteado por el demandante, ni debatido por los intervinientes. Por ende, también se descartó la integración de dicha norma.

95.- Luego de pronunciarse sobre las cuestiones preliminares, la Sala precisó que el problema jurídico que planteó la demanda consistía en establecer si el pago de intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador vulnera el principio de proporcionalidad que se deriva

del artículo 29 superior porque incluye un elemento que no hace parte del tipo penal.

Para resolver el problema jurídico en mención, la Sala partió del reconocimiento del amplio margen de configuración del Legislador en la definición de los procedimientos judiciales y advirtió que en el caso concreto no se advierte, prima facie, la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, indicó que la constitucionalidad de la medida acusada debía analizarse desde un juicio débil de proporcionalidad, en el que se determinara (i) si el fin buscado es legítimo, pues no está constitucionalmente prohibido, (ii) si el medio utilizado tampoco está prohibido por la Carta y (iii) si el medio resulta adecuado para alcanzar el fin propuesto.

96.- En el examen en mención, la Sala concluyó que la disposición acusada no desconoció el límite de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior, debido a que: (i) la condición demandada tiene como finalidades la protección de los recursos públicos, la disuasión y la reparación de la víctima; las cuales no están prohibidas por la Carta Política y son legítimas desde el punto de vista constitucional; (ii) la fijación de una condición de terminación del proceso penal es un medio que no está prohibido por las disposiciones superiores; y (iii) la condición de terminación del proceso penal examinada es una medida adecuada para el cumplimiento de los fines referidos.

97.- Finalmente, esta Sala precisó que los condicionamientos exigidos por la Universidad Sergio Arboleda resultaban improcedentes porque aunque hacían referencia al delito de omisión de agente retenedor, no estaban relacionados con la disposición acusada, ni con el problema jurídico decidido en esta sede.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado en esta sentencia, la expresión “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales

respectivas” prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 “Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones” que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con impedimento aceptado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Y ALBERTO ROJAS RIOS

A LA SENTENCIA C-290/19

Las siguientes son las razones que en su día justificaron nuestro disenso respetuoso a la decisión mayoritaria consignada en la sentencia C-290 del 26 de junio de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

1. El artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 modificó el artículo 402 del Código Penal –Ley 599 de 2000[109]– el cual tipifica el delito de “omisión del agente retenedor o recaudador”. Establece la disposición:

“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado

sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

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

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo.

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

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar” (negritas no originales).

2. El ciudadano demandó la expresión resaltada por considerar que desconoce el principio de proporcionalidad (arts. 28 y 29 C.P.) al exigir el pago de los intereses moratorios como requisito para la terminación del proceso penal iniciado con ocasión del delito de “omisión de agente retenedor o recaudador” a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal referido.

3. En este sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el siguiente problema jurídico “¿El artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, al establecer el pago de intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de ‘omisión del agente retenedor o recaudador’

vulnera el principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior porque incluye un elemento que no hace parte del tipo penal?”.

Para tal fin, la Sala Plena aplicó un juicio débil de proporcionalidad “no sólo por la amplitud de la competencia con la que cuenta el Congreso para el diseño de medidas procesales sino también porque, en la disposición examinada en esta oportunidad, no se advierte prima facie la transgresión de un derecho fundamental”. Luego de lo cual, declaró la constitucionalidad de la expresión “junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario” contenida en el parágrafo del artículo 339 de la Ley 1819 de 2016[110].

En síntesis, la Sala Plena encontró que el fin perseguido por la medida es constitucional porque tiene por objeto “(i) proteger los recursos públicos; (ii) indemnizar a la víctima, que en el delito en mención es el Estado; y (iii) disuadir a los ciudadanos del incumplimiento de las obligaciones asignadas al agente retenedor o recaudador”. Sobre el medio utilizado por el legislador, la sentencia señaló que “la fijación de un requisito para el acceso a una circunstancia especial de terminación del proceso, no está prohibido en la Carta Política”, lo cual fue suficiente para avalar el cumplimiento de este presupuesto. Finalmente, respecto de la adecuación del medio para obtener el fin propuesto la sentencia estimó que “de cara a las finalidades que comparten la tipificación de la omisión de agente retenedor o recaudador, los intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones de los agentes y la condición de terminación del proceso penal, la exigencia planteada por la norma acusada es adecuada”.

4. Consideramos que la sentencia C-290 de 2019 no abordó de forma suficiente algunos aspectos metodológicos que, en nuestro criterio, debieron ser examinados con mayor precisión y que incidían de manera definitiva en el control constitucional confiado a la Corte.

5. En primer lugar, señala la sentencia que la norma acusada debe valorarse a partir de un juicio débil con fundamento, principalmente, en dos razones: (i) la amplitud de la competencia legislativa; y porque (ii) prima facie, no se advierte la trasgresión de un derecho fundamental. A partir de tales premisas la sentencia renuncia a ocuparse de la posible infracción de las normas constitucionales que reconocen el derecho al debido

proceso como garantía del derecho a la libertad personal (arts. 28 y 29 C.P.). Una consideración más detenida de su relevancia hubiera dado lugar a un examen diferente.

6. Tal y como lo establece la sentencia, la amplia configuración legislativa sobre procedimientos judiciales y específicamente acerca del diseño de proceso penales, tiene límites. Uno de ellos es la observancia del principio de proporcionalidad cuando la medida juzgada impacta disposiciones que reconocen derechos fundamentales. Conforme a ello, si bien no todas las restricciones de un derecho de tal naturaleza imponen un juicio de mayor intensidad, lo cierto es que una regla que impide el otorgamiento de la libertad con fundamento a un elemento que no determina la configuración de un tipo penal no debería valorarse a partir de un estándar dúctil.

A manera de ejemplo, en la sentencia C-054 de 2019 la Sala Plena aplicó un test estricto de proporcionalidad al estudiar la constitucionalidad de los numerales 4 y 5 del artículo 183 del Código Nacional de Policía y Convivencia, los cuales prevén dos consecuencias derivadas del no pago de las multas impuestas por infracciones de policía: la imposibilidad de contratar o renovar un contrato con cualquier entidad del Estado y de renovar el registro mercantil en las cámaras de comercio, respectivamente. Si en esa oportunidad la Corte consideró necesario analizar la norma bajo el test estricto de proporcionalidad, con mayor razón a debido hacerlo en este caso, cuando la consecuencia del no pago de los intereses involucra la libertad del procesado.

Es importante hacer notar que muy al contrario de lo consignado en el fallo, el demandar el pago de intereses se convierte en un sine qua non, ni más ni menos, que de la libertad personal. De suerte que juzgar la medida como adecuada, que en el fondo significa es que el cobro de una suma dineraria puede ponderarse al par de la libertad personal, pero además, que -en un exceso de deferencia- el legislador está habilitado para así disponerlo.

En este punto es importante aclarar que, para terminar anticipadamente el proceso iniciado con ocasión del delito de omisión del agente retenedor o recaudador sí debe ser necesario el pago o compensación de las sumas retenidas; sin embargo, lo discutible es que dicha garantía procesal se someta, adicionalmente, al pago de los intereses, cuando de ello

depende la libertad del ciudadano. Debe reparar el lector avisado que quien no consigna al fisco lo que retiene al ciudadano, se apodera de lo que no es suyo y por ello lleva razón el legislador cuando le recrimina con pena de prisión. Pero esa lógica se pervierte si ahora lo que pretende ese mismo Estado es cobrarse la cantidad de la depreciación de esas sumas, porque esto ya no es de la cuenta de quien rapó lo que no era suyo, sino del devenir económico. No se discute la necesidad de actualizar las sumas, indexar las condenas, actualizar las cantidades... todo ello va dentro de la lógica de lo económico. Pero que ahora el Estado, por si ante sí, pretenda cobrarse la cantidad en que ha decrecido el valor de lo apropiado, tiene un profundo sabor de “prisión por deudas” pues, a ello equivale negar la cesación de la actividad judicial si sólo se paga la suma apropiada.

Conforme a lo anterior, si bien el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para el diseño de los diferentes procedimientos, ello no constituye una razón suficiente para adelantar un juicio ordinario dado que es imprescindible considerar la incidencia que tiene la medida en la vigencia de derechos fundamentales.

La jurisprudencia mayoritaria de este Tribunal[111] ha indicado que el juicio débil se aplica “cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión” y no, como lo sugiere la sentencia, cuando “no se advierte prima facie la transgresión de un derecho fundamental”. No se trata de una cuestión simplemente de palabras. Ambos enunciados son diferentes.

El primero de ellos indica que la intensidad del control disminuye cuando un examen integral del contexto normativo no sugiere, ni siquiera, la amenaza de un derecho. Sin embargo, el invocado por la sentencia señala que el examen débil es aplicable cuando de la disposición no se advierte, prima facie, la violación de un derecho.

Al margen de las diferencias que pueden existir entre las expresiones “apreciar” y “advertir”, no existe duda que el estándar es diferente puesto que una cosa es que el examen preliminar de las disposiciones y el contexto en el que se inscriben no permitan percibir una amenaza a un derecho y otra que no sea posible, luego de fijada la atención en la disposición, no constatar una violación del derecho.

Indicar que es aplicable un juicio que, como el débil, se limita a examinar que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo,

cuando se trata de una medida que no permite evidenciar una violación de un derecho significa, en la práctica, renunciar a un juicio de constitucionalidad.

7. Retomando, es claro que la disposición no podía entenderse comprendida por el supuesto de juicio débil invocado en la sentencia dado que suponía una interferencia significativa en las posibilidades de hacer efectiva la garantía procesal de terminación anticipada del proceso, lo cual involucraba el derecho a la libertad personal y el debido proceso (arts. 28 y 29 C.P.).

8. Conforme a lo expuesto lo procedente consistía en la aplicación de un juicio estricto, que tiene lugar, entre otros casos, cuando la restricción que se examina limita el goce de un derecho constitucional fundamental (C-093/01 y C-830/10). Insistimos, la expresión acusada interfiere significativamente en el derecho general de libertad dado que hace depender las consecuencias previstas en la disposición -resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento- del pago de los intereses a pesar de que la causación de estos no se integra, en modo alguno, al objeto de la prohibición penal.

9. La aplicación de un juicio de intensidad estricta en este caso evidenciaba la violación de la Constitución. En efecto, si bien la regla acusada podría considerarse efectivamente conducente para alcanzar propósitos constitucionales de significativa importancia, es claro que la medida no resultaba necesaria en tanto existían medios con el mismo grado de idoneidad, incluso mayor, que restringen en menor medida el derecho a la libertad de las personas.

10. Al emprender el examen de necesidad, la Corte ha debido tomarse en serio que la restricción a la libertad personal mediante los instrumentos del derecho penal, deben considerarse como la última forma de control social. El derecho penal, en un sistema fundado en la dignidad humana y en la libertad individual, debe ser la última ratio.

Si bien la sentencia presenta un análisis fundado en la importancia de proteger los recursos públicos y asegurar la indemnización del Estado, situación que compartimos, era indispensable reconocer que las interferencias estatales en la libertad personal como medio de reacción deben ser subsidiarias o excepcionales. A nuestro juicio, el examen de necesidad que se integra al de proporcionalidad en sentido amplio, exige valorar si la intervención del legislador desconoce el carácter residual del derecho penal y si, en esa

medida, comporta, el desconocimiento de la interdicción del exceso.

11. En la sentencia C-191 de 2016 la Corte se ocupó del principio constitucional de la necesidad de las penas. Consideró que el legislador “debe recurrir únicamente a los instrumentos penales, cuando esto resulte constitucionalmente necesario”, es decir, cuando (i) se afecten bienes jurídicos relevantes y esta sea grave (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad de la sanción penal) y (ii) no existan o hayan resultado insuficientes otros instrumentos menos gravosos para la libertad (subsidiariedad de la sanción penal o carácter de ultima ratio de la intervención penal)[112].

Al respecto, en la sentencia C-387 de 2014, entre otras, la Corte dispuso:

“(i) El principio de necesidad de la intervención penal relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio. La Corte ha sostenido que “el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad”[113].

12. Desde tal perspectiva, este Tribunal tenía la obligación de preguntarse si la libertad personal debe depender no solo del pago de las sumas objeto de retención en la fuente, o de tasas o contribuciones, sino también del desembolso los intereses causados, cuando estos últimos pueden ser obtenidos no solo por otros medios menos invasivos de la libertad, sino incluso que podrían ser más efectivos. Adicionalmente, era necesario tener en cuenta que los intereses previstos en el Estatuto Tributario son, jurídicamente hablando, diferenciables de la obligación principal -en este caso de la obligación de restitución

derivada de la condición de agente retenedor-.

La Corte debió responder si la norma acusada cumplía o no con el principio de necesidad, pues si lo que se pretende es la devolución del monto no consignado, bastaría con su pago para obtener la libertad. Ello no implica desconocer la importancia de asegurar el pago de los intereses causados. De lo que se trata es de que no siendo ese pago parte del objeto de la prohibición penal, el legislador ha podido, sin renunciar a su propósito principal, disponer otros procedimientos para asegurar el cobro.

13. En concordancia con lo anterior y refiriéndose específicamente al tipo penal del que hace parte la expresión demandada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[114] estableció que en procura de recuperar las sumas no consignadas por el agente retenedor o recaudador “la DIAN tiene una de dos opciones, iniciar por su propia cuenta el recaudo forzoso de las obligaciones omitidas por los agentes retenedores y autorretenedores o acudir ante la jurisdicción civil con esa misma finalidad”. En atención a ello si lo que se pretende en el incidente de reparación integral “es la declaración de la obligación a cargo del demandado en un monto equivalente a las sumas no consignadas al fisco, más los intereses moratorios, valores estos que son los mismos que se persiguen a través de la privilegiada acción de cobro coactivo, lo que se concluye es que en esos casos el incidente de reparación integral carece por completo de objeto, pues, además, como quedó indicado, el mecanismo del cual la ley dotó a la administración, prevalida del título ejecutivo, ofrece herramientas suficientemente eficaces en procura de esa finalidad de recaudo”.

Concluyó la Sala de Casación Penal que, “sin desatender el hecho de que una de las garantías que se reconoce a las víctimas como protagonista en el proceso penal es el restablecimiento del derecho, mediante la reparación de los daños materiales y morales causados por el ilícito, con la finalidad de «restablecer las cosas a su estado inicial (restitutio in integrum), y cuando ello no es posible, a ser compensadas por los daños sufridos»[115], el incidente de reparación integral carece de objeto, cuando la pretensión tiene carácter exclusivamente de material (damnum emergens y el lucrum cesens) y el afectado es una de las entidades públicas que, como la DIAN, cuenta con la prerrogativa de la autotutela, para el cobro forzoso de las obligaciones, pues uno de los objetivos que justifica ese trámite posterior a la ejecutoria de la sentencia penal, que es la declaración

judicial contra el penalmente responsable de la obligación de pagar los perjuicios en el monto demostrado, está previamente asegurado en favor de la administración, por virtud del artículo 828 del Estatuto Tributario, el cual le da el mismo carácter de título ejecutivo que se reconoce a las sentencias, a «las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación» (negrilla no originales).

A más abundamiento simplemente diremos que a la mano tiene el fisco el proceso de jurisdicción coactiva, para cobrarse los intereses que se le adeudan, pero seguramente por ser más fácil «y quizá más convincente» un buen tiempo de aherrojamiento, logrará mejores resultados. Sucede, sin embargo, que la libertad es un Estado democrático no tolera tales ponderaciones ni entiende ajustada a las reglas superiores la pretensión de cobrarse las deudas con la libertad de los ciudadanos[116].

14. De acuerdo con lo expuesto, si para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no procede el incidente de reparación integral en el proceso penal en aquellos casos en los cuales la pretensión tiene un contenido exclusivamente material, puede concluirse que, con mayor razón, no es procedente establecer una restricción a la libertad cuando aquello cuya obtención se persigue, son los intereses causados por el incumplimiento de la obligación principal del agente retenedor. En este sentido, la norma emplea la privación de la libertad como un instrumento para “presionar” el pago a pesar de que el Estado cuenta con poderosos instrumentos para obtener su pago coactivo.

En síntesis, la medida declarada exequible no resulta necesaria ya que existen en el ordenamiento otros mecanismos judiciales, incluso más eficaces para alcanzar el propósito constitucional que se adscribe a la disposición demandada.

18. Ahora bien, en caso de suponer que la medida supera el examen de necesidad -juicio del medio menos restrictivo-, debe concluirse que ella tampoco supera un examen de estricta proporcionalidad. En efecto, la intensidad de la restricción en la libertad es particularmente intensa en tanto impide la procedencia de la resolución inhibitoria, la preclusión de investigación o la cesación de procedimiento y, con el objeto de alcanzar una finalidad que en términos relativos tiene un peso menor en tanto no se relaciona con el contenido básico de la prohibición penal sino con una de sus consecuencias económicas -la

causación de los intereses-. La desproporción de la medida se hace más clara cuando se constata que al tiempo que la gravedad de la restricción en la libertad es cierta, la consecución de la finalidad es en realidad contingente en tanto la privación de la libertad como instrumento de “presión” para el pago, puede reducir las posibilidades para obtener los intereses legítimamente reclamados por el Estado.

19. Existen algunos pronunciamientos que apoyan la conclusión sobre la inconstitucionalidad. En la sentencia C-799 de 2003 la Corporación resolvió una demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 140 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), que permitía a las autoridades la inmovilización del vehículo o la retención de la licencia de conducción si, pasados 30 días de la imposición de una multa de tránsito, no se producía el pago.

La Corte efectuó un examen de proporcionalidad y estimó que las normas analizadas reflejaban un exceso en las atribuciones de las autoridades, pues permitían restringir derechos fundamentales hasta su desconocimiento, con el objetivo de obtener el pago de una sanción pecuniaria. Estas, conllevaban una restricción intensa de la libertad de circulación y la limitación del derecho al trabajo, especialmente, por desconocer la “realidad socioeconómica de un grupo importante de conductores” y el hecho de que no todos están en igualdad de condiciones para el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de las multas. Añadió que existen otros mecanismos jurídicos para lograr el pago de las multas, menos restrictivos a los derechos a la libre circulación y al trabajo, y que no afectarían mínimo vital de subsistencia de las personas que derivan sus ingresos de la conducción.

Así las cosas, pese a que en dicha providencia no se hizo referencia específica a la intensidad del juicio de proporcionalidad, acorde con las categorías utilizadas, es posible afirmar que aplicó un juicio estricto que condujo a declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Más específicamente, en la sentencia C-107 de 2018 la Corte determinó que era inexecutable el parágrafo primero del artículo 116A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Ley 1773 de 2016, que imponía términos mínimos de duración a las medidas de seguridad. A juicio de la Sala, la medida no era idónea, necesaria, ni proporcional para

lograr el fin que buscó el legislador de “evitar la impunidad”. En particular, sobre la medida, la Corte explicó que “no es necesaria, pues el ordenamiento jurídico ya ha tipificado conductas como fraude procesal, falsedad en documento público, falsedad en documento privado y falso testimonio para evitar que los imputables defrauden a la justicia”.

15. Visto lo anterior y considerando que la disposición demandada interfiere de manera significativa en el derecho de libertad personal (art.28 C.P.) parece que existían mejores razones para la aplicación de un juicio estricto cuando la restricción a la libertad depende de la realización del pago de intereses.

Como apunte final diremos que aunque no desconocemos el gran valor que para una sociedad democrática tiene el respeto de la libertad configurativa del legislador, pues, no de otra manera sino apelando a la voluntad mayoritaria depositada en la sabiduría y acierto de sus decisiones, puede pervivir la paz social que se alcanza con el respeto a la ley, no se nos esconde también como verdad probable, que el exceso de deferencia de quien está llamado a mantener incólume el valor supremo de la Constitución, terminará convirtiendo tan trascendente principio en un cheque en blanco para que el derecho penal sea *prima ratio*, en fin, para que la mejor política social sea el derecho penal y que se asuma como real la imposible idea de que todo es solucionable por la vía de la pena.

Nuestra aislada opinión en este caso, no por tal, deja de ser una idea palpitante en el juspensalismo democrático que aún pervive, con la firme idea de avanzar en la construcción de un derecho penal mínimo, de recortado alcance y de aplicación apenas si fuera necesaria y como último remedio.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

[1] Por ejemplo, la Sentencia C-070 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, dedujo el principio de proporcionalidad de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

Por su parte, la Sentencia C-365 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, verificó la observancia de “Los Límites a la Libertad de Configuración del Legislador en Materia Penal” entre los que incluyó los principios de racionalidad y proporcionalidad en materia penal en el marco de un cargo formulado por violación de los artículos 1º, 29 y 333 de la Constitución.

[2] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[3] Folios 70-78, cuaderno 1.

[4] Folio 77, cuaderno 1.

[5] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[6] Folio 74, cuaderno 1.

[7] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[8] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Folio 74, cuaderno 1.

[10] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[11] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[13] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[14] Folio 223, cuaderno principal.

[15] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[16] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[17] Folio 222, cuaderno 1.

[18] Consideraciones parcialmente retomadas de las sentencias C-388 de 2017 y C-118 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[20] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[21] C-257 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-1489 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[22] C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[23] Sentencia C-287 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. También ver sentencia C-489 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[24] Sentencia C-030 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[25] Sentencias C-427 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-532 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-287 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-096 de 2017 M. P. Alejandro Linares Cantillo, entre muchas otras.

[26] Sentencia C-007 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

[27] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[29] Sentencias C-310 de 2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-096 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda, entre otras.

[30]“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

[31] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[32] Sentencias C-200 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-111 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-007 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[33]Sentencia C-460 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la cual se negó la existencia de una cosa juzgada material en sentido amplio, por los cambios constitucionales introducidos al sistema penal de enjuiciamiento.

[34] Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se apeló al concepto de “Constitución viviente” para realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre la figura de la detención preventiva.

[35]Sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se realizó una nueva ponderación de valores y principios constitucionales para determinar el alcance de los derechos de las víctimas, específicamente en lo referente a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

[36] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[37] Ver entre otras las sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-041 de 2002, A-178 de 2003, A-114 de 2004, C-405 de 2009, C-761 de 2009 y C-914 de 2010.

[38] Sentencia C-330 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[39] Ibídem.

[40] Sentencia C-128 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[41] Sentencia C-358 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

[42] Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[43] Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] Sentencia C-405 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[45] Sentencia C-856 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[47] Ver, entre otros, Auto 288 de 2001 y Sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[48] Ver, entre otras, las sentencias C-469 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-318 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, en la que se explica la proporcionalidad en el diseño de las medidas de aseguramiento; la Sentencia C-233 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva en la que se desarrolla la potestad de configuración legislativa en materia de procedimientos judiciales y sus límites constitucionales.

[49] Ver sentencia C-539 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en las sentencias C-043 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-603 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa.

[50] Ver sentencia C-539 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[51] La Universidad Sergio Arboleda indicó que si se decide integrar el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario debe declararse inexecutable el método para el cálculo de intereses moratorios por el desconocimiento del principio de proporcionalidad, ya que toma como referente un parámetro de la actividad bancaria a pesar de que el Estado no es un agente en el mercado del crédito de consumo.

El Instituto Colombiano de Derecho Tributario indicó que la referencia a los “intereses” prevista en la norma acusada debería interpretarse como una referencia a los intereses corrientes. Para el interviniente, supeditar la extinción del proceso al pago de intereses moratorios puede generar un trato discriminatorio fundado en la capacidad adquisitiva del agente.

[52] MP Juan Carlos Henao Pérez.

[53] MP José Gregorio Hernández Galindo.

[54] Sentencia C-009 de 2003.

[55] Sentencia C-652 de 2003.

[56] Consideraciones retomadas de la sentencia C-031 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[57] El artículo 150 de la Constitución dispone: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. // 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.”

[58] Sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[59] Ver Sentencias C-315 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y C- 319 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[60] Sentencia C-1104 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[61] Ibídem.

[62] Ver: Sentencias C-1104 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-282 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[63] Ver: Sentencias C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-248 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; C-282 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[64] Sentencia C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[65] Ver Sentencias C-319 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-424 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo y C-282 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[66] Sentencias C- 870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[67] “ARTÍCULO 86. (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse

ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.” (Negrillas fuera del texto original)

[68] “ARTÍCULO 29. (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” (Negrillas fuera del texto original)

[69] Sentencias C- 870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[71] Sobre este aspecto, ver sentencias: C-428 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C- 870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[72] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[73] Ver Sentencias C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C- 870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-025 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[74] Ibídem.

[75] Sentencia C- 870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[76] Ibídem.

[77] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[78] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[79] En la sentencia C-920 de 2007, la Corte examinó la siguiente norma:

“ARTÍCULO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.

3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o y 3o, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

[80] Sentencia C-920 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[81] Sentencia C-315 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[82] Artículos 2, 13, 29, 229 y 250.7 de la Constitución Política.

[83] Sentencia C-471 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[84] Artículo 1 de la Carta Política..

[85] Artículo 2 de la Carta Política.

[86] Artículo 5 de la Carta Política.

[87] Artículo 6 de la Carta Política.

[88] Artículo 214.2 de la Carta Política.

[89] Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[90] Con respecto a la intensidad del juicio de proporcionalidad y los criterios de evaluación

de las medidas y los fines pueden consultarse , entre otras, las sentencias C-031 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-067 de 2018 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-520 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa.

[91] Artículo 11 de la Carta Política.

[92] Artículo 12 de la Carta Política.

[93] Artículo 28 de la Carta Política.

[94] Artículo 34 de la Carta Política.

[95] Sentencia C-916 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[96] Sentencias C-259 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-368 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[97] Sentencia C-108 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[98] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[99] Artículo 367 del Estatuto Tributario.

[100] La naturaleza pública de los recursos retenidos por el agente ha sido reconocida, de forma reiterada, por la jurisprudencia de esta Corporación. Ver sentencias C-102 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-009 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[101] Sentencia C-009 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

[102] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[103] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[104] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[105] Ver sentencias C-059 de 2018 M.P. C-583 de 2016 M.P. Aquiles Arrieta Gómez; C-059 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas; C-104 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[106] La sentencia C-1144 de 2000 precisa que: “ La responsabilidad penal de los agentes recaudadores que no hubieren consignado a favor del erario público las sumas retenidas o percibidas, particularmente, por concepto de la retención en la fuente y el impuesto sobre las ventas (IVA), se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano, en forma autónoma e independiente, a través del artículo 10° de la Ley 38 de 1969 “por la cual se dictan normas sobre retención en la fuente y anticipo del impuesto sobre la renta y complementarios y se señalan sanciones”.

[107] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[108] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[109] “Por la cual se expide el Código Penal”.

[110] “Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”

[112] En la misma dirección se pueden consultar las sentencias C-647/01, C-579/09, C-636/09, C-365/12, C-742/12, C-334/13.

[113] Ver sentencias C-636/09, C-442/11, C-742/12 y C-241/12, entre otras.

[114] SP8463-2017, Radicación No. 47446, (Aprobado Acta No. 193). Sentencia del 14 de junio 2017. En esa oportunidad resolvió el recurso de casación presentado por el apoderado de la DIAN contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali el 27 de octubre de 2015, que revocó el dictado por el Juzgado Veintiuno Penal de Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, el cual puso fin al incidente de reparación integral y condenó a Simon Seselowsky Guendelman a indemnizar los perjuicios causados por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

[115] CC SC-916, 29 oct. 2002.

[116] O rememorando a Shakeséare en su “Mercader de Venecia: “Go with me to a notary, seal me there, Your single bond, and, in a merry sport, If you repay me not on such a day, In such a place, such sum or sums as are Expressed in the condition, let the forfeit Be

nominated for an equal pound Of your fairly flesh, to be cut off and taken In what part of your body pleaseth me. (l.iii.141) [Venid conmigo al escribano y me firmáis el simple trato, y, por juego, si no me reembolsáis en tal día y tal lugar la suma convenida en el acuerdo, la pena quedará estipulada en una libra cabal de vuestra carne que podrá cortarse y extraerse de la parte del cuerpo que me plazca.]