



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

CONCESIÓN DE SUBROGADOS PENALES – Supeditado a la verificación del requisito objetivo sobre los antecedentes

El inciso tercero del artículo 68 A consagró los eventos excepcionales en los que le es dable al Juez otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por ende, al revisar minuciosamente el expediente se constata que el procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA se allanó a cargos desde la audiencia de acusación, razón por la cual, no puede ser otra la decisión de esta Sala que conceder el mencionado subrogado, tal y como en apartados anteriores se estableció, por un periodo de prueba de dos (2) años; aunado a que deberá prestar caución por valor de 1 SMLMV y suscribir acta de compromiso conforme al artículo 65 del C.P., so pena de ser revocado el subrogado, razón por la cual se modificará el numeral tercero del fallo del 5 de junio de 2018 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso.

CONCESIÓN DE SUBROGADOS PENALES – No puede estar supeditado a imposición de la multa.

Con relación a la multa impuesta al procesado, debe referirse que, si bien la misma se erige como un imperativo y que en modo alguno es factible proceder a la exoneración de su pago, coexisten circunstancias que imponen interpretar a favor del procesado la concesión del mencionado subrogado y la innecesaria imposición del pago de la multa que fue impuesta para efectos del disfrute efectivo del mismo subrogado, pues baste señalar que existen en la actualidad criterios jurisprudenciales que así lo señalan, tal es el caso de la decisión emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Rad. No. 46755 del 9 de noviembre de 2016, en donde sin lugar a dudas emerge la conclusión de que en la actualidad la concesión de subrogados no puede estar supeditada al pago de la multa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Octubre, veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018)

CLASE DE PROCESO:	Penal – Ley 906 de 2004	(CON PRESO)
RADICACIÓN:	15759-31-04-001-2017-00054-01	
PROCESADO:	SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA	
DELITO:	OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR	
JUZGADO ORIGEN:	Primero Penal del Circuito de Sogamoso	
Pv. APELADA:	Sentencia del 5 de junio de 2018.	
DECISIÓN:	Modifica Sentencia	
ACTA DE DISCUSIÓN:	049	
Mg. PONENTE:	LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO (Sala Primera de Decisión).	

Se ocupa esta Corporación de resolver el recurso de apelación propuesto por el defensor del procesado SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso el 5 de junio de 2018.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

La relación fáctica génesis de la presente actuación fue narrada en el fallo de primera instancia, de la siguiente manera

“Dan cuenta las diligencias que la investigación tuvo su génesis con base en las denuncias presentadas por el Dr. MIGUEL ÁNGEL MARENTES SARMINETO actual Director Seccional de Impuesto y Aduanas Nacionales de Sogamoso, y, la Dra. VERÓNICA FABIOLA SEPÚLVEDA SERRANO quien fungió como Directora encargada de la DIAN – Sogamoso para diciembre de 2016, quienes dieron a conocer a las autoridades pertinentes, que el señor SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado CONDIMENTOS EL CONDE y Responsable del Impuesto a las ventas, no consignó dentro del plazo legalmente fijado por el Gobierno Nacional, el valor del impuesto a las ventas IVA de los períodos 2, 3, 4, 5 y 6 del año 2011, y, los períodos 1, 4, 5 y 6 del año 2012, y, el período 1 del año 2013.

Impuesto recaudado por el señor TORRES CUTA en el ejercicio de su actividad económica durante los períodos antes aludidos y que ascienden a la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES VEINTICUATRO MIL PESOS (\$75.024.000.00), valor este que incluye el impuesto adeudado más los intereses causados, conforme a la certificación expedida el 30 de mayo de 2017 por NAIR YOLIMA CAMACHO MORENO funcionaria adscrita a la División de Recaudo y cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional de Sogamoso.

Deudas tributarias que a la fecha no se demostró que el acusado haya pagado o haya radicado ante la DIAN solicitud de facilidad de pago, compensación o devolución.”

1.2.- ACTUACIÓN PROCESAL

-. El 30 de mayo de 2017, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con Funciones de Control de Garantías llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación contra el señor SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA, en la cual la Fiscalía le endilgó el ilícito de omisión del agente retenedor o recaudador, cargos que no fueron aceptados.

-. Luego de varios aplazamientos, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso realizó audiencia de formulación de acusación, oportunidad procesal en la que el señor

SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA se allanó a cargos, razón por la cual, se efectuó la audiencia de individualización de la pena.

-. Finalmente, el 5 de junio de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso declaró penalmente responsable al señor SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA por la comisión de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador.

2.- EL FALLO IMPUGNADO:

2.1.- Mediante sentencia del 5 de junio de 2018, la Juez de primera instancia resolvió:

“PRIMERO.-CONDENAR al señor SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.154.051 de Bogotá D.C., de condiciones personales conocidas, a la pena de TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS, PUNTO SESENTA Y SEIS (\$41.486.666.66), como AUTOR del delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RACAUDADOR, conforme al allanamiento que hiciera de tales cargos.

“SEGUNDO.- IMPONER al antes mencionado como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

“TERCERO.- CONCEDER a SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA el beneficio de la prisión domiciliaria en los términos y bajo las exigencias indicadas en el acápite de SUSTITUTO PENALES.”

La anterior decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

-. A quo encontró satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para la condena del acusado SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA, argumentando que con las pruebas traídas al proceso por la fiscalía, además de la aceptación de los cargos, se acreditó que no consignó dentro de los términos fijados por el Gobierno Nacional el valor correspondiente al impuesto a las ventas recaudados durante los períodos 2, 3, 4, 5 y 6 del año 2011, igualmente en los períodos 1, 4, 5 y 6 del año 2012 y el período 1 de 2013.

-. Refirió que de tal incumplimiento se deduce la responsabilidad del procesado como autor del punible de omisión del agente retenedor o recaudador, ya que con su actuar

atentó contra el patrimonio del erario público e impidió de tal manera el ingreso a las arcas públicas tales recursos, pues la Nación se sustenta presupuestalmente de los impuestos, dejándose de consignar una suma considerable como lo es de \$75.024.000.00, afectando el erario público como sustento de inversión social.

-. En punto a la dosificación de la pena, el *A quo* señaló que la norma aplicable es el artículo 402 del Código Penal, por lo que se tiene que la pena a imponer oscila entre 48 a 108 meses de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado; luego, al constatar que no se endilgaron circunstancias de menor o mayor punibilidad y valorada la afectación al bien jurídicamente tutelado y el daño ocasionado, dispuso condenarlo a 48 meses de prisión y al pago de multa equivalente a \$41.486.666.66.

-. Por último, determinó negarle la suspensión de la ejecución de la pena por la prohibición expresa consignada en el art. 68 A del Código penal, esto es, por tratarse de un delito contra la administración pública, pero le concedió el beneficio de la prisión domiciliaria, conforme a lo preceptuado en el numeral 2° del artículo 314 del C.P.P., es decir, por la edad del procesado, quien en la actualidad tiene 69 años.

3.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, el defensor del procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA interpuso recurso de apelación, solicitando se le conceda el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, asimismo, que el pago de multa se le conmute a trabajo social no remunerado, lo anterior, con base en las siguientes consideraciones:

-. Manifestó que debe aplicarse la Ley 1474 de 2011, normatividad vigente para el momento de los hechos.

-. Arguyó que la Juez de Instancia le concedió a su defendido la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión intramuros atendiendo la edad del procesado, la cual supera los 65 años de edad.

-. Reseñó que debe revocarse la providencia apelada si se tiene en cuenta que el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el Art. 68 A del C.P, estableció que la prohibición de conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no se aplica cuando haya aceptación de cargos.

-. Manifestó que el señor SEGUNDO ISAÍAS TORRES CUTA aceptó cargos dentro de la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Juez de conocimiento verificó que dicho allanamiento fuera libre, consiente y debidamente asesorado por la defensora, por tanto, al no observarse violación de garantías fundamentales lo declaró penalmente responsable por la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, situación que permitía la concesión del subrogado.

-. Resaltó que la Ley 1709 entró en vigencia el 20 de enero de 2014, por ende, no es aplicable comoquiera que no estaba vigente para el momento de ocurrencia de los hechos.

-. Recalcó que el procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA cumple el requisito objetivo por cuanto la pena impuesta es de 32 meses y; con relación al segundo requisito, indicó que de los antecedentes personales, sociales y familiares del enjuiciado así como la modalidad y gravedad del delito son indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, pues se trata de una persona de 69 años de edad, con una conducta ejemplar, además de no presentar antecedentes penales; con relación a la vida familiar convive con su esposa hace más de cuarenta años, se encuentra desempleado en razón a su estado de salud pues sufre de diabetes y alzheimer, enfermedad entendida como pérdida de memoria que interviene con la vida cotidiana del individuo.

-. En cuanto a la modalidad de la conducta infirió que ésta se desarrolló debido a su mala situación económica ya que la empresa de la cual era propietario el procesado se vio afectada por la competencia, pérdida de contratos de suministros, etc., razón por la cual no podría incurrir nuevamente en este delito, que siempre estuvo al día con sus obligaciones durante los más de 35 años que estuvo con la empresa, solo fue en los dos últimos años debido a su mal estado de salud y a su gran dificultad económica.

-. Destacó que las sentencias C-194 de 2005 y C-185 de 2011 de la Corte Constitucional, en las cuales hace referencia respecto a la concesión de otorgamiento de subrogados penales relacionados con pago de la multa, jurisprudencias que coinciden con las normas de favorabilidad y que han sido acogidas por esta Colegiatura en decisiones como la del dieciocho de septiembre de dos mil doce dentro del radicado penal N°15693-31-87-2011-00543-01 siendo sindicado LEONARDO IVÁN CELY HIGUERA por el delito de omisión de agente retenedor y con ponencia del señor Magistrado EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, fallo que deberá aplicarse

en el asunto sub judice ya que está demostrada la incapacidad económica del condenado.

-. Solicitó la recurrente que se le permita a su defendido pagar la multa con trabajo social no remunerado y que no sea impedimento para poder acceder al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

-. Finalizó reiterando que por encontrarse cumplidos los requisitos de la Ley 1474 de 2011, los del Art. 63 de la Ley 599 de 2000 y siendo viable por principio de favorabilidad en el asunto se revoque el numeral tercero de la sentencia apelada y en su defecto se conceda a su prohijado la suspensión condicional del ejecución de la pena.

4.- CONSIDERACIONES

4.1.- COMPETENCIA

Esta Sala de Decisión es competente para resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa del procesado, de conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

4.2.- PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a los argumentos en los cuales fue justificada la alzada, esta Corporación se ocupará de analizar lo siguiente:

-. Determinar si es procedente conceder al procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

-. Establecer la viabilidad de conmutar el pago de la multa por trabajo social no remunerado.

4.3.- DEL CASO EN CONCRETO

4.3.1.- DE LA CONCESIÓN DEL SUBROGADO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Comoquiera que la defensora del procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA arguye que se satisfacen los requisitos para la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es menester traer a colisión el artículo 63 del C.P., empero, aclarando que se hará mención a su contenido primigenio, esto es, sin la reforma introducida con la Ley 1709 de 2014, puesto que los hechos acaecieron entre 2011 y 2013, dicho canon preceptuaba:

“Art. 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.*
- 2.- Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.”

De la lectura del artículo precedente se extrae que el procesado cumple con el requisito objetivo exigido para otorgar tal subrogado, puesto que la pena de prisión impuesta es de 32 meses, en otras palabras 2 años y 8 meses, asimismo, revisado en el expediente se constata que el procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA posee arraigo familiar y social, razón por la cual, sería del caso conceder la suspensión de la ejecución de la pena, claro está, siempre y cuando se efectúe igualmente el pago de la multa impuesta como pena principal, de lo que se procederá a continuación de acuerdo con los argumentos expuestos por la defensora recurrente.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que mediante Ley 1142 de 2007 se adicionó el artículo 68 A al Código Penal, que a la vez fue modificado por la Ley 1453 de 2011, precepto que introdujo una serie de restricciones a la hora de conceder cualquier subrogado penal, entre ellas, el hecho que el procesado haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores y la naturaleza del delito objeto de sanción, delitos entre los que no se encuentra la omisión del agente retenedor o recaudador, empero, el artículo 68 A del C.P. fue modificado nuevamente por el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, oportunidad en la cual, el legislador dispuso que las personas que fueran halladas responsables de cometer un ilícito contra la administración pública, entre estos, el punible de omisión del agente retenedor o recaudador, no podrán ser beneficiadas con la concesión de algún subrogado,

quedando de esa forma proscrita tal posibilidad, salvo que el procesado se allane a cargos, pre-acuerde con la Fiscalía o se le aplique el principio de oportunidad.

En ese orden de ideas, es imperioso traer a colación el artículo 68 A del C.P. vigente para los hechos (con la modificación del artículo 13 de la Ley 1474 de 2011), el cual a letra establecía:

Art.68 A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

Puestas así las cosas, el inciso tercero del artículo 68 A consagró los eventos excepcionales en los que le es dable al Juez otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por ende, al revisar minuciosamente el expediente se constata que el procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA se allanó a cargos desde la audiencia de acusación, razón por la cual, no puede ser otra la decisión de esta Sala que conceder el mencionado subrogado, tal y como en apartados anteriores se estableció, por un periodo de prueba de dos (2) años; aunado a que deberá prestar caución por valor de 1 SMLMV y suscribir acta de compromiso conforme al artículo 65 del C.P., so pena de ser revocado el subrogado, razón por la cual se modificará el numeral tercero del fallo del 5 de junio de 2018 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso.

Con relación a la multa impuesta al procesado, debe referirse que, si bien la misma se erige como un imperativo y que en modo alguno es factible proceder a la exoneración de su pago, coexisten circunstancias que imponen interpretar a favor del procesado la concesión del mencionado subrogado y la innecesaria imposición del pago de la multa

que fue impuesta para efectos del disfrute efectivo del mismo subrogado, pues baste señalar que existen en la actualidad criterios jurisprudenciales que así lo señalan, tal es el caso de la decisión emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Rad. No. 46755 del 9 de noviembre de 2016, en donde sin lugar a dudas emerge la conclusión de que en la actualidad la concesión de subrogados no puede estar supeditada al pago de la multa.

Lo anterior a juicio de esta Corporación se erige como una interpretación favorable de cara a las diversas variaciones Legislativas, las condiciones propias del presente asunto y las circunstancias que rodean al procesado.

4.3.2.- DE LA AMORTIZACIÓN DE LA MULTA:

De manera liminar es imperioso resaltar que la Sala está en la obligación de acatar el precedente emanado por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, pues el mismo se constituye en una fuente de derecho y de interpretación, por ende, de presentarse un conflicto entre éste y el que fue emanado por este Tribunal dentro del procesos 2011-00543 del 18 de septiembre de 2012, que fue citado por la recurrente en sus argumentos de sustentación deberá sin lugar a dudas aplicarse de forma preferencial el precedente de la H. Corte Suprema de Justicia.

Luego, ha de reseñarse que la amortización del pago de la pena de multa con trabajo social no remunerado solo es procedente en aquellos casos en los que se establece como única pena y, no, cuando esta funge como acompañante de la pena de prisión.

En ese sentido, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹ ha sostenido:

Pues bien, la pena de multa constituye una sanción de carácter patrimonial que se expresa en dinero y que se impone al sentenciado de manera principal o accesoria. El artículo 39 del Código Penal, establece dos modalidades de multa: i) aquella que se impone como acompañante a la pena de prisión, en cuyo caso, cada tipo penal consagrará su monto, y ii) la que se inflige como única sanción principal, que se denomina modalidad progresiva de unidad de multa.

Para los propósitos de esta decisión, esta última modalidad de multa no tiene incidencia (la que se impone como única sanción principal), pero es preciso señalar que debe estar fijada en unidades multa, siguiendo las previsiones del artículo 39 del Código Penal, siendo procedente su amortización a plazos o con trabajo, atendiendo las condiciones económicas del penado.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5065-2015, Rad. No. 36784 del 28 de abril de 2015. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO Y EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

En relación con la multa impuesta como pena acompañante de la de prisión, como es el caso que ocupa la atención, por disposición legal, sus límites se encuentran establecidos en cada tipo penal y por ende no pueden ser modificados por voluntad de las partes, ni siquiera por virtud de la situación económica del sancionado y tampoco es procedente su amortización con trabajo, so pena de infringir el principio de legalidad del delito y de las penas...

Descendiendo lo precedente al *sub examine*, es fácilmente verificable que el tipo penal de omisión de agente retenedor o recaudador consagrado en el artículo 402 del C.P., contempla la pena de multa como acompañante de la de prisión, lo cual no significa que abandone su calidad de pena principal, razón por la cual, la petición que hiciera la defensora del procesado SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA está llamada a fracasar, lo anterior, en virtud del principio de legalidad de las penas.

5.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto La Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO el 5 de junio de 2018, el cual quedará de la siguiente manera:

TERCERO: CONCEDER al señor SEGUNDO ISAIAS TORRES CUTA el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos dispuestos en la parte considerativa de esta providencia. Para tal fin y sus efectos realícese el trámite correspondiente ante el INPEC

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO el 5 de junio de 2018, por la razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Devolver el expediente al Despacho de origen con el fin de proseguir con el trámite correspondiente.

CUARTO: Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Las partes quedan notificadas en estrados.

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ANGEL
Magistrado.

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada