

TEMA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – La Fiscalía tenía 12 años desde el momento de iniciar la acción penal para formular la imputación, la cual se realizó el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, respecto al evento más antiguo, aún no había ocurrido el fenómeno de la prescripción, el cual se habría producido el 15 de septiembre de 2021. Mucho menos ocurrió en relación con las omisiones similares que se consumaron en fechas posteriores. / **CONCESIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA** - Se estiman colmados los requisitos para el reconocimiento de la prisión domiciliaria, pues la pena de prisión mínima prevista en la ley aplicable al caso presente es de 48 meses, por debajo de los cinco años a los que se refiere la normativa vista, a lo que se suma que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permite deducir seria, fundada y motivadamente a este cuerpo colegiado que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. /

HECHOS: (ASH), fue denunciado el 07 de julio de 2010 por (MMLB), abogada de la división jurídica de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales, por cuanto se presentó declaraciones tributarias sin pago en representación de AS Eventos Espectáculos Y Sonido Profesional E U., y no consignó el dinero recaudado o retenido dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional. El 03 de mayo de 2021 la Fiscalía formuló imputación en contra de (ASH), como autor doloso del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del C. Penal en concurso homogéneo y sucesivo, en su calidad de representante legal de la empresa. El 25 de enero de 2022, ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, la Fiscalía formuló acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica. En esa instancia se agotaron la audiencia preparatoria y de juicio oral, anunciando sentido de fallo condenatorio. Esta Corporación encuentra que el tema que corresponde abordar es, ¿Está prescrita la acción penal del presente proceso? ¿Se cumplen los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria?

TESIS: Los hechos materia de investigación corresponden a los años 2009 y 2010, por concepto de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente; habiéndose efectuado el pago correspondiente al período 2009 - 4 por concepto de ventas, así como los respectivos intereses, el juez a quo precluyó la investigación para ese intervalo, conforme a lo dispuesto en el artículo 402 del Código Penal, párrafo único; y los artículos 83 y 402 del Código Penal han sido modificados desde la Ley 599 de 2000, por lo que es preciso analizar el caso concreto conforme a la disposición vigente al momento de la comisión de los hechos. (...) La conducta punible contenida en el artículo 402 del Código Penal es omisiva y su término de prescripción debe contarse de la siguiente manera: “la obligación tributaria se causa cuando el contribuyente realiza el hecho generador de un determinado impuesto o tributo, sólo que si lo incumple acarrea con las consecuencias de tal comportamiento, de ahí que en sus manos esté la posibilidad de evitar la imposición de sanciones cuando oportunamente hace las declaraciones y pagos respectivos”, por lo que el delito examinado “que describe la conducta omisiva, se configura en su parte objetiva cuando pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable del impuesto sobre las ventas o el encargado de retener o autorretener por concepto de retención en la fuente, no cumple con esta obligación, siendo por lo tanto una conducta instantánea y de resultado”. CSJ SP, 10 jun. 2015, rad. 41053, reiterada en CSJ SP3423-2021, 11 ago. 2021, rad. 57944. (...) Para este caso, el momento consumativo de la omisión sería el 15 de septiembre de 2009. Entonces, debemos tener en cuenta que la pena fue aumentada por la Ley 890 de 2004. Para el momento de la comisión del delito de omisión de agente retenedor, la prescripción tenía un extremo máximo de 9 años (equivalentes a 108 meses). Además, en aplicación del artículo 83 del Código Penal, con las adiciones y modificaciones de la Ley 1564 de 2007, artículo 1, parcialmente modificada por la Ley 1309 de 2009,

artículo 1, y la Ley 1426 de 2010, artículo 1, cabe aclarar que el inciso 6 no había sido modificado antes de la reforma de la Ley 1474 de 2011, la cual establece el aumento por ser servidor público, en 1/3 parte. (...) La acción penal que se adelanta contra el señor (ASH), toma como base el evento más antiguo, es decir, el de 2009-6 (15 de septiembre de 2009). La Fiscalía tenía 12 años desde el momento de iniciar la acción penal para formular la imputación, la cual se realizó el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, respecto al evento más antiguo, aún no había ocurrido el fenómeno de la prescripción, el cual se habría producido el 15 de septiembre de 2021. Mucho menos ocurrió en relación con las omisiones similares que se consumaron en fechas posteriores. (...) Considerando la interrupción del término de prescripción por la formulación de imputación, conforme al artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, la imputación fue ejecutada el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, comenzará a contarse nuevamente por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. Como se mencionó, el término máximo es de 12 años, por lo que la mitad corresponde a 6 años. Aplicándolo al 3 de mayo de 2021, la prescripción ocurriría el 3 de mayo de 2027. En este caso, la Sala descarta la existencia del fenómeno prescriptivo dentro de la actuación. (...) Revisada la decisión de primera instancia, la juez examinó la pena aplicable al procesado, respetando los principios de igualdad, seguridad jurídica y estricta legalidad, al aplicar el incremento de penas contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para delitos ocurridos con posterioridad al año 2005. En este caso, al realizar la valoración de los factores, la juez determinó que, debía partir de la pena mínima del primer cuarto punitivo, lo que equivale a 48 meses (...) Seguidamente, dado que la conducta principal concursa con trece (13) eventos de omisión, restando el período 2009-04, la juez incrementó la pena en un mes (01) por cada conducta, lo que da como resultado una sumatoria de 13 meses más 48 meses, para un total final de 61 meses de prisión. (...) No obstante, la modificación y el ajuste de la Ley 1111 de 2006 sí reincidió en la multa contenida en el artículo 402 del Código Penal, pues impuso la modificación a la multa: “multa equivalente al doble de lo no consignado, sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT”. Entonces, con la aclaración propuesta y conforme a lo informado por la DIAN, la suma total de la obligación es de \$58.633.000; equivalente al doble, en aplicación de la modificación de 2006, sería \$117.266.000, tal y como fue aplicada por la Juez a quo, al ser esta Ley la vigente para el momento de consumación de las conductas delictivas. (...) (señala el) Artículo 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. (...) Bajo tales premisas fáctica y normativas, se estima colmados los requisitos para el reconocimiento de la prisión domiciliaria, pues la pena de prisión mínima prevista en la ley aplicable al caso presente es de 48 meses, por debajo de los cinco años a los que se refiere la normativa vista, a lo que se suma que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permite deducir seria, fundada y motivadamente a este cuerpo colegiado que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

MP: CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

FECHA: 20/02/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

Medellín, veinte (20) de febrero dos mil veinticinco (2025).

Aprobado en la fecha, Acta No.	029.
Sentencia No/	009.
Radicado:	0500160002482012-01162-01.
Delitos:	Omisión del Agente Retenedor o Recaudador en Concurso Homogéneo Y Sucesivo.
Acusado:	Alejandro Salazar Hurtado.
Magistrado Ponente:	César Augusto Rengifo Cuello.

En esta oportunidad, la Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, en el marco del juicio oral seguido al señor Alejandro Salazar Hurtado por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo de quince eventos.

ACONTECER FÁCTICO.

Los hechos objeto de investigación fueron consignados en el escrito de acusación y resumidos como sigue:

“(...) Alejandro Salazar Hurtado, fue denunciado el día 07 de julio de 2010 por María Magdalena López Bedoya, abogada de la división jurídica de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales, por cuanto se presentó declaraciones tributarias sin pago en representación de AS Eventos Expectáculos Y Sonido Profesional E U. NIT 900.232.545, y no consignó el dinero recaudado o retenido dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional, para la presentación y pago, de las respectivas obligaciones así:

Concepto	Año	Periodo	Impuesto	Presentación	Sanción
Ventas	2009	04	\$ 2.377.000	15-09-2009	Saldo Cancelado Precluido en audiencia. 16 de enero de 2025. Artículo 402 Parágrafo Código Penal.
Ventas	2010	04	\$12.003.000	15-09-2009	
Ventas	2010	05	\$ 5.411.000	17-11-2009	

Ventas	2010	06	\$15.119.000	19-01-2011	
		Total	\$32.533.000		

Concepto	Año	Periodo	Impuesto	Presentación	Sanción
Retefuente	2009	06	\$1.138.000	15-07-2009	
Retefuente	2009	08	\$4.661.000	15-09-2009	
Retefuente	2009	09	\$ 2.646.000	16-10-2009	\$238.000
Retefuente	2010	03	\$ 1.996.000	20-04-2010	
Retefuente	2010	06	\$ 2.641.000	06-07-2010	
Retefuente	2010	07	\$3.696.000	18-08-2010	
Retefuente	2010	08	\$3.195.000	15-09-2010	
Retefuente	2010	09	\$784.000	15-10-2010	
Retefuente	2010	10	\$1.706.000	17-11-2010	
Retefuente	2010	11	\$2.038.000	16-12-2010	
Retefuente	2010	12	\$1.599.000	19-01-2011	
		Total	\$26.100.462		
			\$ 58.633.000		Sumatoria ejecutada por la Sala.
			\$ 61.187.462		Suma mencionada en la imputación.
			\$ 58.633.000		Suma mencionada en el escrito como no Recurrente de la DIAN.

ACTUACION PROCESAL.

El 03 de mayo de 2021, ante la Juez Veintinueve Penal Municipal de Control de garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación en contra de Alejandro Salazar Hurtado como autor doloso del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del C. Penal en concurso homogéneo y sucesivo, en su calidad de representante legal de la empresa AS Eventos Espectáculos Y Sonido Profesional E U. NIT 900.232.545, sin que hubiera aceptación de cargos por parte del imputado.

El 25 de enero de 2022, ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, la Fiscalía formuló acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica. En esa instancia se agotaron la audiencia preparatoria y de juicio oral, anunciando sentido de fallo condenatorio cuya lectura se realizó el 16 de enero de 2025.

La anterior decisión fue objeto del recurso vertical de apelación presentado por la parte de la defensa, quien sustentó por escrito y dentro del término de ley la alzada que se apresta a resolver la Sala.

LA DECISIÓN IMPUGNADA.

Hechas las precisiones en cuanto a la identificación del acusado, los hechos materia de investigación, la práctica probatoria, los alegatos de cierre y, en general, el devenir procesal agotado en el caso, la funcionaria de conocimiento, de acuerdo con la prueba, concluyó que el señor Alejandro Salazar Hurtado, para los años 2009 y 2010, fungía como representante legal de la sociedad AS Eventos Espectáculos y Sonido Profesional E.U., por lo que era entonces el responsable de la declaración y pago del impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente causados por la prestación de los servicios propios de la actividad comercial de la compañía.

Indicó que el señor Alejandro Salazar Hurtado, quien, a pesar de presentar las referidas declaraciones de manera oportuna, en su calidad de representante legal, no efectuó el correspondiente pago, a pesar de haber recibido las sumas de dinero por concepto de impuesto generado por la venta de sus bienes y servicios y la retención en la fuente.

Por otro lado, el procesado, después de renunciar a su derecho constitucional a guardar silencio, reconoció la omisión en la que incurrió al dejar de consignar las sumas dinerarias recaudadas, las cuales son objeto de reproche penal, aduciendo dificultades económicas que lo llevaron a tal proceder.

Reveló que el señor Salazar Hurtado adujo ser propietario y representante legal de la empresa AS Eventos Espectáculos y Sonido Profesional E.U., la cual contaba con los servicios de un contador público de nombre Nelson, cuyo apellido desconoce, el cual le hizo entrega de recibos falsos en los que aparentemente se cumplía con la obligación tributaria correspondiente.

Para la juez a quo, las explicaciones no fueron válidas para exculpar la responsabilidad penal que le corresponde al sentenciado por haber omitido su obligación de consignar dentro de los términos estipulados el impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente. Dichas manifestaciones carecen de cualquier tipo de respaldo probatorio que las haga creíbles.

En consecuencia, el juicio de reproche a que se hace acreedor el procesado, determina el proferimiento de esta sentencia condenatoria.

DE LA APELACIÓN.

La parte apelante expresó que la conducta estaba prescrita desde la fecha de los hechos, dado que la norma vigente en ese momento (2009 y 2010), es decir, el artículo 402 del Código Penal, correspondía a la **Ley 1111 de 2006, la cual establecía una pena de 3 a 6 años de prisión.**

Por otro lado, existe discrepancia entre la norma legal del régimen tributario y el marco penal, específicamente el artículo 402 y la Ley 890 de 2004, que incrementa las penas. Por lo tanto, debe aplicarse la norma más favorable al procesado. En cuanto a la tasación de la pena, se debe aplicar como pena mínima 48 meses, conforme a la norma vigente actualmente, así como a las leyes 1607 de 2012 y 1739 de 2014, las cuales no eran aplicables en la fecha de los hechos, al igual que las leyes 1430 de 2010, 1386 de 2010 y 1429 de 2010. Al aplicar las normas vigentes hoy en día, que resultan más gravosas para los intereses del procesado, se vulnera el principio de legalidad de las penas.

Se indicó que la acción penal prescribió, a la luz del artículo 83 del Código Penal, ya que los cargos fueron imputados el 3 de mayo de 2021, es decir, 11 años después del último hecho denunciado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (diciembre de 2010). Se argumentó que este análisis está ausente en el fallo, en el cual el fallador aplicó las normas vigentes actualmente y no las que eran aplicables en la época de los hechos.

Manifestó que, de no acogerse esta tesis, subsidiariamente solicitó que la dosificación de la pena parta de 36 meses de pena mínima, más el concurso de 13 eventos (un mes por cada evento), y que se fije una pena de 49 meses, y no de 61 meses, como lo estableció el a quo. Finalmente, respecto a la no concesión de prisión domiciliaria, la señora juez negó dicha solicitud debido a que el procesado viaja, lo que hace imposible establecer una vigilancia efectiva de su pena, ya que reside en Ecuador.

Por lo tanto, solicitó a la Corporación acceder a la prisión domiciliaria, mediante caución y acta de compromiso, en la que el procesado garantice su presencia y asistencia ante las autoridades que lo requieran, ya sea por monitoreo u otra medida de vigilancia.

NO RECURRENTE.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) manifestó, como no recurrente, que el proceso por parte del a quo fue llevado de manera rigurosa, obteniéndose una sentencia condenatoria ajustada a derecho, en la que el juez aplicó la norma con base en la amplia prueba demostrativa, conducente y pertinente, que lo llevó a emitir la sentencia de carácter condenatorio en contra de Alejandro Salazar Hurtado.

Solicitó a la Sala desestimar los argumentos de impugnación, confirmar la sentencia de primera instancia y aplicar lo contemplado en el artículo 68A del Código Penal, sin conceder ningún subrogado penal ni beneficio al condenado.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por la apelante, así como sobre los aspectos que son inescindibles al tema objeto de impugnación y aquellos atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

En este caso, la parte impugnante sustentó los siguientes motivos de inconformidad: la prescripción de la acción penal, el principio de favorabilidad en la inaplicación del aumento establecido por la Ley 890 de 2004, la dosificación de la pena a imponer y, finalmente, el otorgamiento de la prisión domiciliaria al procesado.

Partiendo de lo anterior, esta Corporación encuentra que el tema que corresponde abordar es el siguiente:

¿Está prescrita la acción penal del presente proceso? ¿Se cumplen los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria?

Para comenzar el análisis de los argumentos de apelación, la Corporación debe señalar de manera preliminar que: (i) los hechos materia de investigación corresponden a los años 2009 y 2010, por concepto de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente; (ii) habiéndose efectuado el pago correspondiente al período 2009-4 por concepto de ventas, así como los respectivos intereses, a través de los recibos de pago 4907023658746 y 4907023658739, el juez a quo precluyó la investigación para ese intervalo, conforme a lo dispuesto en el artículo 402 del Código Penal, párrafo único; y (iii) los artículos 83 y 402 del Código Penal han sido modificados desde la Ley 599 de 2000, por lo que es preciso analizar el caso concreto conforme a la disposición vigente al momento de la comisión de los hechos.

Ahora bien, de una manera metódica, deberá señalar la Sala sobre el primer cuestionamiento de la parte apelante relativo a la prescripción de la acción penal lo siguiente:

1. Debemos partir del hecho de que la conducta punible contenida en el artículo 402 del Código Penal es omisiva y su término de prescripción debe contarse de la siguiente manera:

“[...] “la obligación tributaria se causa cuando el contribuyente realiza el hecho generador de un determinado impuesto o tributo, sólo que si lo incumple acarrea con las consecuencias de tal comportamiento, de ahí que en sus manos esté la posibilidad de evitar la imposición de sanciones cuando oportunamente hace las declaraciones y pagos respectivos”, por lo que el delito examinado “que describe la conducta omisiva, se configura en su parte objetiva cuando pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable del impuesto sobre las ventas o el encargado de retener o autorretener por concepto de retención en la fuente, no cumple con esta obligación, siendo por lo tanto una conducta instantánea y de resultado”. **CSJ SP, 10 jun. 2015, rad. 41053, reiterada en CSJ SP3423-2021, 11 ago. 2021, rad. 57944.**

Seguidamente, la Sala debe partir del año en que fue cometido el delito (2009-2010) y observar un ejemplo expuesto por la Sala de Casación de

la Corte Suprema de Justicia respecto a la forma de contar el término prescriptivo:

“(…) En el asunto sometido a discusión, el periodo más antiguo en el que se omitió el pago del tributo por retención en la fuente, con base en la formulación de imputación y la acusación, fue el 11 del año 2005, es decir, el mes de noviembre de ese año, con fecha de presentación el 14 de diciembre de 2005. A partir de este momento deben sumarse los dos meses de gracia señalados en el artículo 402 del C.P. para concretar el momento consumativo de la omisión, que para este evento sería el 14 de febrero de 2006.” **(CSJ SP2948-2024, Radicado N° 59250, Magistrado Ponente Jorge Hernán Díaz Soto del seis (6) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).**

Partiendo de la dinámica anterior, con la salvedad de que el período 2009-04 ya fue precluido por el juez a quo, el siguiente período a tomar como punto de partida para el análisis de la Sala es **2009-06**. En este caso, la presentación de la declaración tributaria se generó el 15 de julio de 2009, sumados los dos (02) meses de gracia señalados en el artículo 402 del Código Penal.

Para este caso, el momento consumativo de la omisión sería el 15 de septiembre de 2009. Entonces, debemos tener en cuenta que la pena fue aumentada por la Ley 890 de 2004. Para el momento de la comisión del delito de omisión de agente retenedor, la prescripción tenía **un extremo máximo de 9 años (equivalentes a 108 meses)**. Además, en aplicación del artículo 83 del Código Penal, con las adiciones y modificaciones de la Ley 1564 de 2007, artículo 1, parcialmente modificada por la Ley 1309 de 2009, artículo 1, y la Ley 1426 de 2010, artículo 1, cabe aclarar que el inciso 6 no había sido modificado antes de la reforma de la Ley 1474 de 2011, la cual establece el aumento por ser servidor público, en 1/3 parte. Veamos:

Artículo 83. Término de Prescripción de la Acción Penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

Al servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

Es decir, para este caso, el delito de omisión de agente retenedor o recaudador prescribía en un término de 9 años, más su tercera parte, es decir, 3 años, para un resultado final de 12 años.

En consecuencia, la acción penal que se adelanta contra el señor Alejandro Salazar Hurtado toma como base el evento más antiguo, es decir, el de 2009-6 (15 de septiembre de 2009). La Fiscalía tenía 12 años desde el momento de iniciar la acción penal para formular la imputación, la cual se realizó el **3 de mayo de 2021**. Por lo tanto, respecto al evento más antiguo, aún no había ocurrido el fenómeno de la prescripción, el cual se habría producido el **15 de septiembre de 2021**. Mucho menos ocurrió en relación con las omisiones similares que se consumaron en fechas posteriores.

Ahora bien, descartada la prescripción de la acción penal desde el momento de los hechos y considerando la interrupción del término de prescripción por la formulación de imputación, conforme al artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, la imputación fue ejecutada el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, comenzará a contarse nuevamente por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. Como se mencionó, el término máximo es de 12 años, por lo que la mitad corresponde a 6 años. Aplicándolo al 3 de mayo de 2021, la prescripción ocurriría el 3 de mayo de 2027. En este caso, la Sala descarta la existencia del fenómeno prescriptivo dentro de la actuación.

2. Seguidamente, el apelante establece que, por el principio de favorabilidad, no debe aplicarse el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a la disposición del artículo 402 del Código Penal. Sin embargo, la Sala debe recordarle lo siguiente respecto a la aplicación del principio de favorabilidad. Veamos:

"El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido desarrollado por una abundante jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, del H. Consejo de Estado y de esta misma Corte Constitucional. "Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, **no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado**, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron. (...) "Es claro que la modificación o derogación de

una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia. "**Sentencia C-529 de 1994 y CSJ SP461-2020 Radicación N° 56289.**"

Se debe señalar que el artículo 402 del Código Penal fue modificado por la Ley 890, artículo 14, del 7 de julio de 2004. En este caso, como se ha sostenido, los hechos del delito sucedieron entre los años 2009 y 2010, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 2005, lo que hace que dicha ley sea la norma aplicable, en estricto seguimiento del principio de legalidad.

Revisada la decisión de primera instancia, la juez examinó la pena aplicable al procesado, respetando los principios de igualdad, seguridad jurídica y estricta legalidad, al aplicar el incremento de penas contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para delitos ocurridos con posterioridad al año 2005. En este caso, al realizar la valoración de los factores, la juez determinó que, conforme al artículo 61, inciso 3, del Código Penal, y después de analizar la gravedad de la conducta, el daño real, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la prevención general y especial, debía partir de la pena mínima del primer cuarto punitivo, lo que equivale a 48 meses:

Cuarto Mínimo	Primer Cuarto Medio	Segundo Cuarto Medio	Cuarto Máximo
48 a 63 meses	63 a 78 meses	78 a 93 meses	93 a 108 meses

Seguidamente, dado que la conducta principal concursa con trece (13) eventos de omisión, restando el período 2009-04, la juez incrementó la pena en un mes (01) por cada conducta, lo que da como resultado una sumatoria de 13 meses más 48 meses, para un total final de 61 meses de prisión.

En este caso, la Sala deberá hacer una salvedad: la parte apelante yerra al indicar que los extremos punitivos fueron modificados por la Ley 1111 de 2006, pues la modificación, como se ha explicado, proviene de la Ley

890 de 2004. Por lo tanto, el apelante se equivoca al afirmar que la Ley 1111 de 2006 establecía una pena de 3 a 6 años de prisión.

No obstante, la modificación y el ajuste de la Ley 1111 de 2006 sí reincidió en la multa contenida en el artículo 402 del Código Penal, pues impuso la modificación a la multa: "multa equivalente al doble de lo no consignado, sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT". Entonces, con la aclaración propuesta y conforme a lo informado por la DIAN, la suma total de la obligación es de \$58.633.000; **equivalente al doble**, en aplicación de la modificación de 2006, sería \$117.266.000, tal y como fue aplicada por la Juez a quo, al ser esta Ley la vigente para el momento de consumación de las conductas delictivas.

Así las cosas, la juez, en su estudio de la pena de prisión, multa y penas accesorias, cumplió con los parámetros legales para su dosificación. Sin embargo, dado que la pretensión del apelante es la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, y partiendo de la definición de la Corte Constitucional respecto a la ultraactividad y retroactividad de la ley, manifestó que:

"(...) Frente al principio de favorabilidad en materia penal se parte de la base de que la ley vigente a la comisión del delito es la que rige toda la actuación. No obstante, **si una ley posterior modifica favorablemente el tratamiento del delito**, se aplica retroactivamente, de manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que deben ser valoradas y ponderadas juiciosamente por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en donde se encuentren en juego las garantías fundamentales del debido proceso -art. 29 CP." Sentencia C-225/2019 Magistrado Sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo.

En este caso, tal como se ha mencionado en varias oportunidades, la aplicación del principio de favorabilidad no es procedente, debido a que la Ley 890 de 2004 era la ley vigente al momento de la comisión de la conducta (2009-2010). Como se indicó, la Ley 1111 de 2006 solo modificó el tema de la multa, sin modificar la pena privativa de la libertad, y hasta el momento, la pena privativa no ha sido modificada favorablemente de manera posterior a la Ley 890 de 2004, por lo que la solicitud del apelante debe descartarse.

3.Finalmente, en lo que respecta a la prisión domiciliaria, una vez escuchada la audiencia de individualización y sentencia, **la defensa guardó silencio¹ en cuanto al otorgamiento de subrogados y beneficios.**

Sin embargo, al analizar el artículo 38 del texto original modificado por la Ley 1142 de 2007, pero sin considerar las modificaciones posteriores al año 2011, ya que los hechos corresponden a los años 2009-2010, y aplicando en esta ocasión el principio de favorabilidad al caso de autos, se tienen los siguientes requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria:

“Artículo 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

2) Observar buena conducta.

3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

¹ 070LinkVideoLecturaSentencia20250116.pdf minuto 14:30 a 15:27 minuto “Frente al sustituto o no de subrogados penales ya se lo deja a criterio del despacho. Si se aplica o no se aplica el artículo 68 del Código Penal frente a delitos que se dictan contra la administración pública”.

<Inciso modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.”

A su vez el artículo 68A. Adicionado por el artículo 32, Ley 1142 de 2007, normativa aplicable al caso presente, prevé: *“Exclusión de beneficios y subrogados. 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”.*

En este caso, tal como fue mencionado en la lectura de sentencia por el juez a quo, el artículo 68 A fue adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2011, en cuanto al catálogo de conductas punibles, donde no estaba consagrado el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, ni los delitos contra la administración pública. Posteriormente, el inciso fue modificado por el artículo 1 de la Ley 2356 de 2024, de manera posterior a la comisión de los hechos delictivos investigados y por los cuales se generó la condena. La prohibición contenida en el actual artículo 68 A del Código Penal, en cuanto a la exclusión de los beneficios y subrogados penales en delitos contra la administración pública², no opera en el caso del señor Alejandro Salazar Hurtado.

² 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 o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el

Como se mencionó más arriba en la disposición del artículo 38 del Código Penal, este cuerpo colegiado no observa que en la causa sumarial se haya demostrado que el agente cuente con antecedentes penales por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores, lo cual también fue comunicado en su momento por el delegado fiscal en su intervención; de ahí que la mencionada prohibición no se aplique en su caso. Bajo tales premisas fácticas y normativas, se cumple con el elemento objetivo para conceder la prisión domiciliaria, pues la pena mínima en abstracto es de 48 meses de prisión.

Bajo tales premisas fáctica y normativas, se estima colmados los requisitos para el reconocimiento de la prisión domiciliaria, pues la pena de prisión mínima prevista en la ley aplicable al caso presente es de 48 meses, por debajo de los cinco años a los que se refiere la normativa vista, a lo que se suma que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permite deducir seria, fundada y motivadamente a este cuerpo colegiado que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Sin embargo, con la salvedad de la Sala de que la norma vigente al momento de los hechos no exige arraigo, en palabras de la a quo: *"Pues se desconoce a ciencia cierta su arraigo en la Comunidad. No ha dado cuenta de la existencia de un domicilio en el territorio colombiano en el que pueda cumplir el sustituto en mención y además pueda verificarse por parte de las autoridades nacionales el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la prisión domiciliaria."* Este elemento es ajeno al artículo 38 del texto original modificado por la Ley 1142 de 2007 y se encuentra en la disposición del artículo 38 B, numeral 3, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. Por lo tanto, el lugar de residencia en el territorio colombiano para cumplir la pena debe definirse en el acta de compromiso.

En consecuencia, se le concede la prisión domiciliaria del artículo 38 del texto original modificado por la Ley 1142 de 2007, conforme a lo analizado en la parte considerativa de esta sentencia, para lo cual deberá prestar caución prendaria por valor de un (1) salario mínimo legal

cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.

mensual vigente, so pena de ser revocado el mecanismo sustitutivo, conforme a lo analizado en la parte considerativa de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por la Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, en contra de Alejandro Salazar Hurtado, por el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador en concurso Homogéneo y Sucesivo, definidos y sancionado en el artículo 402 del Código Penal.

SEGUNDO: CONCEDER al condenado **ALEJANDRO SALAZAR HURTADO** la prisión domiciliaria, conforme al artículo 38 del texto original modificado por la Ley 1142 de 2007. De acuerdo con lo analizado en la parte considerativa de esta sentencia, deberá suscribir la diligencia de compromiso, para lo cual deberá prestar caución prendaria por un valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, bajo la condición de que, de no cumplir con este requisito, se revocará el mecanismo sustitutivo, tal como se ha analizado en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Firmado Por:

Cesar Augusto Rengifo Cuello

Magistrado
Sala 10 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala 011 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala 012 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

b2b7104360c12b38d3c8b895aaa41ef396c48ee85d22c92601d630
fa5e960bec

Documento generado en 20/02/2025 04:07:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>