El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Auto – Analiza decisión de no decretar la prescripción de la acción penal - 25 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 76109 04 001 2009 00049 01

Condenado: Diego Montoya Claros

Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: SOLICITUD DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / SE DENIEGA EN PRIMERA INSTANCIA / APELACIÓN / SE CONFIRMA /** “En lo que atañe a la prescripción de la sanción penal, se advierte que la sentencia en contra del señor Montoya Claros fue dictada el 3 de diciembre de 2013 y que según la propia manifestación del procesado, fue capturado el día 27 de septiembre de 2014, lo que indica que en su caso no había transcurrido el término de cinco años previsto en el artículo 89 del C.P., que además fue interrumpido por su aprehensión, como lo dispone el artículo 90 ibídem.

Finalmente cabe anotar que en razón de los argumentos invocados por el recurrente, en lo relativo a la presunta prescripción de la acción penal que invoca, le asistió razón al juez 3º de E.P.M.S. de esta ciudad al considerar que esa situación debía ser planteada a través del recurso de revisión, que en este caso y por tratarse de un caso regulado por la ley 600 de 2000, corresponde a la causal prevista en el numeral 2º del artículo 220 del citado estatuto.”

**Citación jurisprudencial:** sentencia C-1144 de 2000 / sentencias C-551 de 2001 y C-009 de 2003. / C-1144 de 2009

-----------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta Nro. 1090

Hora: 1:45 p.m.

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Diego Montoya Claros en contra de la decisión proferida por el juez tercero de ejecución de penas y medidas de seguridad de Pereira, mediante la cual se denegó la prescripción de la acción penal a favor del procesado.

2. ANTECEDENTES

3.1 El señor Diego Montoya Claros, solicitó al Juzgado 3º de EPMS de esta ciudad, que en atención a lo dispuesto en el artículo 83 del C.P., se decretara la prescripción de la acción penal dentro del proceso que se adelantó en su contra por la violación del artículo 402 del CP, y que en consecuencia se ordenara su libertad.

3.2 Para el efecto expuso lo siguiente:

* Fue capturado el 27 de septiembre de 2014, en virtud de un fallo dictado el 3 de diciembre de 2013, por el juzgado 1º Penal del Circuito de Buenaventura, por violación del artículo 402 del C.P., en un proceso en el cual fue declarado en contumacia.
* En su caso la pena prescribió, y no se le puede atribuir el hecho de que el juez de conocimiento se hubiera demorado considerablemente para dictar la sentencia, pese a que siempre se estuvo presentando ante ese despacho y ante la DIAN de Cali, ya que no contaba con la suma que había dejado de pagar a esa entidad del Estado, hasta que se vino para Pereira en el año 2010.
* Solicita en consecuencia que en su caso se aplique el principio de favorabilidad en los términos del artículo 38 numeral 7º de la ley 906 de 2004 y que: “*me conceda la libertad en virtud de la aplicación de la prescripción. En otras palabras se me extinguió la pena”.*

3. SOBRE LA DECISION OBJETO DEL RECURSO.

El juez 3º de EPMS negó la solicitud antes mencionada, considerando que lo que el peticionario estaba formulando era una acción de revisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, numeral 2º de la ley 906 de 2004.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

El señor Montoya Claros apeló la decisión de primera instancia. La síntesis de su argumentación es la siguiente:

* No es cierto que hubiera solicitado la revisión del proceso penal que se adelantó en su contra.
* Su pretensión estaba dirigida a que se declarara la prescripción de la acción penal en su caso, con base en lo dispuesto en el artículo 83 del C.P., según la facultad que le otorga el artículo 38-7 del CPP a los jueces de EPMS.
* Se “l*e está investigando por una pena del año 2003”*, lo que indica que existe inoperancia de la justicia, ya que en el país no pueden existir ni investigaciones ni penas perpetuas.
* El juzgado 1º penal del circuito de Buenaventura lo sentenció a 54 meses de prisión, por violación del artículo 402 del C.P., por hechos que se presentaron en el año 2005, y “esta pena ya prescribió”.
* La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han proferido infinidad de fallos relacionados con las causales de prescripción, que deben ser aplicados en su caso, para que se “se le extinga la pena“.

4. CONSIDERACIONES LEGALES.

4.1 Para resolver el recurso propuesto, hay que referirse inicialmente a la confusa argumentación del recurrente, que unas veces se refiere a la declaratoria de prescripción de la acción penal y otras a la “prescripción de la pena”, como sustento de su pretensión.

4.2 Sobre ese tema hay que manifestar que de acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia el 10 de julio de 2009, se profirió resolución de acusación contra el procesado con base en el ordenamiento previsto en la ley 600 de 2000, sin que se tenga conocimiento de la fecha de ejecutoria de esa decisión[[1]](#footnote-1).

En la misma providencia se manifestó que el acusado: *“llevó a cabo retención en la fuente en los meses de junio y julio de 2003, marzo, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2004, febrero marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2005, que presentó declaración mensual de dichas retenciones en la fuente pero no canceló a la DIAN dichos valores”[[2]](#footnote-2)*

4.3 Se debe tener en cuenta que de acuerdo a lo manifestado en la sentencia la pena para ese delito oscilaba entre 36 y 72 meses, por lo cual puede afirmarse (sin conocer la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación), que frente a la conducta omisiva atribuida al señor Montoya, por no haber consignado las sumas correspondientes a la retención en la fuente, en los años 2004 y 2005 no había transcurrido para esa fecha, el máximo de la pena prevista en ese entonces para la conducta descrita en el artículo 402 del C.P., que era de 6 años, por lo cual no había lugar a la prescripción de la acción penal.

4.4 Como se expuso anteriormente, no se cuenta con ningún dato que indique cual fue la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación, que interrumpiría la prescripción de la acción penal, por un término equivalente a la mitad de la pena por tratarse de un delito tramitado bajo el ordenamiento de la ley 600 de 2000, ya que el expediente solo da cuenta de que la audiencia pública de juzgamiento se inició el 28 de octubre de 2009[[3]](#footnote-3) y que la sentencia fue dictada el 3 de diciembre de 2013.

4.5 Sin embargo hay que mencionar que por tratarse de un caso regulado por la ley 600 de 2000, la prescripción de la acción penal por el delito por el que fue investigado el señor Claros Montoya estaba regulada por el primer inciso del artículo 83 del C.P. que dispone lo siguiente:

*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.”.*

Lo anterior indica que en este caso no opera ese mecanismo de extinción de la pena invocado por el peticionario, en atención a la fecha en la cual se profirió la sentencia de primera instancia, fuera de que en razón de la naturaleza del delito investigado, y la fecha de los hechos, en este caso operaba un incremento de la tercera parte del término de prescripción de la acción penal, como se expuso en la sentencia CSJ SP del 11 de diciembre de 2013, radicado 34468 dictada dentro de un proceso tramitado conforme al ordenamiento de la ley 600 de 2000, en los siguientes términos :

“(...)

*El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública21, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170, donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003, así:*

(…)

*En efecto, en la sentencia C-1144 de 2000 expresó el máximo Tribunal Constitucional del país:*

*Así las cosas, son dos las razones que llevan a la Corte a considerar que la norma impugnada no desconoce la prohibición constitucional según la cual, ‗En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas…´. La primera, circunscrita al hecho de que la obligación fiscal no reposa en el agente retenedor sino en el contribuyente o sujeto pasivo del impuesto, siendo el primero tan sólo un particular al que el Estado le ha encomendado el cumplimiento de una función pública, además, similar a la de aquellos servidores del Estado que manejan fondos oficiales. La segunda, basada en la circunstancia de que la ley no le reconoce al agente recaudador ninguna atribución que le permita suponer, ni siquiera transitoria, que las sumas recaudadas ingresan a su patrimonio con facultad dispositiva. En* *realidad, el retenedor actúa a título de mero tenedor con una finalidad única y específica -recaudar dineros fiscales-, descartándose, por este aspecto, cualquier posibilidad de recibir el tratamiento de simple deudor ante una eventual apropiación indebida de dineros de naturaleza fiscal‖ (subrayas fuera de texto).*

*En esa misma decisión más adelante expresó:*

*Entonces, es legítimo que la ley haya asignado a los agentes retenedores no sólo una función pública específica como es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados, sino también una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes que, para el caso, se asimilan a los de los funcionarios del Estado que manejan dineros de propiedad de la Nación...‖ (subrayas fuera de texto).*

 *Dicha postura fue ratificada en las sentencias C-551 de 2001 y C-009 de 2003. En esta última, tras transcribir los fundamentos expuestos en la C-1144 de 2009, la alta Corporación en cita concluyó lo siguiente:*

*“Siendo de observar que hoy, al amparo del artículo 20 del nuevo Código Penal, dentro del género ‗Servidores Públicos´ se inscriben ‗los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria´. Hipótesis que cobija, lógicamente, al agente retenedor, al responsable del impuesto sobre las ventas y al encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas. Razón por demás suficiente para que los mismos se subsuman como potenciales sujetos activos del tipo penal examinado (subrayas fuera de texto).*

*De acuerdo con la doctrina constitucional antes remembrada, por tanto, los agentes retenedores son particulares que están a cargo de la función pública de recaudar dineros oficiales. Es más, la decisión última mencionada es clara en adscribir la condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.*

(...)”

4.6 En lo que atañe a la prescripción de la sanción penal, se advierte que la sentencia en contra del señor Montoya Claros fue dictada el 3 de diciembre de 2013 y que según la propia manifestación del procesado, fue capturado el día 27 de septiembre de 2014, lo que indica que en su caso no había transcurrido el término de cinco años previsto en el artículo 89 del C.P., que además fue interrumpido por su aprehensión, como lo dispone el artículo 90 *ibídem.*

4.7 Finalmente cabe anotar que en razón de los argumentos invocados por el recurrente, en lo relativo a la presunta prescripción de la acción penal que invoca, le asistió razón al juez 3º de E.P.M.S. de esta ciudad al considerar que esa situación debía ser planteada a través del recurso de revisión, que en este caso y por tratarse de un caso regulado por la ley 600 de 2000, corresponde a la causal prevista en el numeral 2º del artículo 220 del citado estatuto.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primer nivel, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folio 5 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 8 y 9 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 5 [↑](#footnote-ref-3)