



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, viernes, cinco de noviembre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0111 del veintisiete de octubre
de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la apoderada de la víctima, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 14 de mayo de 2021 por el Juez Penal del Circuito de Envigado mediante el cual condenó anticipadamente al acusado JHON HAROLD GIRALDO OCHOA a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa por valor de cuatro millones novecientos treinta y seis mil pesos (\$4.936.000), así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable de la autoría del delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"El señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA, en calidad de representante legal de la empresa VITROTECH LTDA. con NIT 900.073.432 presentó las declaraciones bimensuales de impuestos sobre las ventas correspondientes a los periodos 2010-01 por \$1.969.000, 2010-05 por \$683.000, 2010-06 por \$989.000, 2011-01 por \$618.000 y 2012-02 por \$677.000, sin haber efectuado el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha señalada por el gobierno nacional para su presentación, teniendo a la fecha pendiente el pago de dichas obligaciones tributarias."

En diligencia preliminar realizada el 22 de julio de 2020 ante la Juez Primera Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado, la Fiscal 229 Seccional le formuló imputación al señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA por la autoría del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, cargo que fue aceptado unilateralmente por el implicado.

El 09 de septiembre siguiente se radicó escrito de acusación con allanamiento y el 19 de abril de 2021 el Juez Penal del Circuito de Envigado instaló la respectiva audiencia en la que verificó y aprobó esa aceptación de cargos y corrió el traslado a las partes de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 14 de mayo último se dio lectura a la sentencia anticipada, decisión que es objeto de impugnación por parte de la apoderada de la víctima.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El sentenciador de primera instancia, luego de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para emitir la respectiva sentencia condenatoria, procedió a hacer la dosificación punitiva para lo cual determinó el ámbito de movilidad teniendo en cuenta que el artículo 402 del código penal establece una sanción entre los cuarenta y ocho (48) y los ciento ocho (108) meses de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 de unidades de valor tributario (UVT).

Luego expuso que como en el asunto objeto de examen no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y, en cambio sí concurre la causal consagrada en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 599 de 2000, se ubicó en el primer cuarto y fijó la sanción en el límite inferior, esto es, 48 meses de prisión, argumentando que la misma es razonable y proporcional teniendo en cuenta que la gravedad del comportamiento reprochado y el daño real o efectivo causado al bien jurídico tutelado no exhibe de mayor entidad o connotación al regulado por el legislador, por tanto, considera que no acompañó al agente en su ejecución un dolo inusitado o superlativo, cantidad a la cual le redujo el 50% por el allanamiento a cargos para una pena privativa de la libertad definitiva de 24 meses.

Y sobre la sanción de multa anotó el a quo que la rebaja de pena se haría en la misma proporción por lo que pasó a establecerla en cuatro millones novecientos treinta y seis mil pesos (\$4.936.000).

Y la rebaja punitiva por el allanamiento a cargos sin que se hubiese realizado el reintegro del incremento patrimonial obtenido con la comisión de la conducta punible, el a quo anunció que su postura encuentra sustento en los reiterados pronunciamientos de la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, entre ellos, los fallos proferidos dentro de los radicados 0500160002482013-01716 (26 de marzo de 2021) y 0500160002482012-03587 (16 de febrero de 2021), en los cuales el superior jerárquico, tras analizar los recursos de alzada esgrimidos en contra de los veredictos impartidos bajo unos supuestos de hecho homogéneos al que hoy nos convoca y prevalido de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, avaló sus decisiones al confirmarlas bajo una interpretación jurídica exegética que se encuentra en consonancia con la interpretación mayoritariamente aceptada del artículo 349 del código de procedimiento penal.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La apoderada de la DIAN, entidad reconocida como víctima, cuestiona la decisión de primera instancia en un aspecto concreto: la rebaja punitiva reconocida al procesado por el allanamiento a cargos pese a que no cumplió con el reintegro del incremento patrimonial injustificado obtenido con la comisión del delito, tal y como lo exige el antecedente jurisprudencial vigente.

Luego de hacer un recuento procesal, sostiene la recurrente que en la decisión apelada solamente se hizo referencia a los elementos estructurales del delito, así como a los presupuestos procesales básicos para proferir una sentencia de fondo tales como

lo relativo a lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio, pero que no se mencionó que para acceder a la rebaja punitiva es necesario que concurra el reintegro del incremento patrimonial consagrado en el artículo 349 del código de procedimiento penal, tesis que ha sido establecida por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicados 39831 de 2017 y 54954 de 2019, destacando que en este sentido se ha vuelto a la hipótesis sentada primigeniamente en las providencias Nos 21954 y 21347, ambas de 2005, según la cual la figura del allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos.

Adicionalmente, aduce que en el auto AP4884-2019 con radicación 54954, también se expresó que la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de presentarse el allanamiento a cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar la imputación jurídica realizada, razón por la cual le era dable al juzgador de primera instancia exigirle al señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA el reintegro de los dineros oficiales apropiados como incremento patrimonial obtenido con el delito como presupuesto para el reconocimiento de la rebaja de pena, pero que, como ello no fue así, se desconoció el precedente jurisprudencial citado en el disenso, vulnerándose así las garantías de la víctima (DIAN/Estado), especialmente el derecho a la reparación.

Y sobre el sustento ofrecido por el a quo para fundamentar su postura sobre la aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, anota la recurrente que en ningún momento se dieron argumentos de hecho y de derecho de rango constitucional

para que pueda seguir prevaleciendo ese criterio, y en cambio, transcribió algunos apartes de otra decisión proferida por una de las salas de esta Colegiatura en la que citaron razonamientos sólidos y claros frente a la aplicación del precedente jurisprudencial por ella invocado.

De conformidad con lo anterior, la censora, invocando la protección de los derechos que la constitución y la ley les confiere a las víctimas y en búsqueda de una tutela judicial efectiva, deprecó que se exija el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito como requisito para que el señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA pueda acceder en debida forma a la rebaja de pena por la aceptación de los cargos.

4. CONSIDERACIONES

Pese a que de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Penal del Circuito de Envigado mediante el cual le concedió una rebaja punitiva al señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA correspondiente al 50% de la pena imponible por el allanamiento a cargos, en este evento la Sala se abstendrá de entrar a resolver el recurso interpuesto por la apoderada judicial de la DIAN al advertirse una irregularidad de orden sustancial que impone declarar la nulidad parcial de la actuación. Veamos:

Frente a la exigencia del cumplimiento de lo establecido en el artículo 349 del código de procedimiento penal en los allanamientos que realicen los imputados frente a los delitos de

los cuales obtuvieron un incremento patrimonial, debe decirse que esta Corporación estima que la postura jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia al respecto es una clara y precisa interpretación de la normatividad procesal penal actual, específicamente del Título II del Libro III de esa codificación que regula los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

En este sentido, la tesis de que el allanamiento a cargos es una especie de acuerdo surge como una deducción lógica del estudio del título que trata sobre las formas de terminación anticipada y consensuada del código de procedimiento penal, y aunque al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido algunas variaciones en el transcurso de los últimos años, ya que inicialmente consideró que las dos figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían rasgos comunes y por ello estableció que la limitante del artículo 349 del código de procedimiento penal se aplicaba por igual a los dos mecanismos¹, luego al asumir que eran institutos procesales disimiles concluyó, con una interpretación exegética de la norma, que la referida condicionante solo era predicable para los preacuerdos².

No obstante a lo anterior, un nuevo giro dio la Corte Suprema de Justicia en la decisión SP14496-2017, radicado N° 39831 del 27 de septiembre de 2017, al volver a su primigenia tesis indicando que:

"En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que:

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencias con radicados N° 21954 del 23 de agosto de 2005 y 21347 del 14 de diciembre de 2005.

² Radicado N° 25306 del 08 de abril de 2008, entre otros.

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».
(Subrayas fuera del texto original) ³

Recientemente, la alta Corporación ha ratificado esta postura al sostener que:

***"3.3.** De acuerdo con lo anterior se confirmará la decisión recurrida. Le asistió razón al Tribunal en la medida que, según la vigente interpretación mayoritaria de la Sala, para la aprobación del allanamiento, cuando se trata de conductas ilícitas producto de las cuales el procesado obtuvo un incremento patrimonial, para sí o para terceros, es requisito ineludible e imperativo, por ende, no condonable, la devolución de la mitad del valor apropiado y garantizar el recaudo del monto restante. En consecuencia, la situación subjetiva del procesado –falta de recursos económicos-, en ningún caso lo exonera del cumplimiento de dicha obligación."*(Subrayas fuera del texto original) ⁴

³ Tesis reiterada en la sentencia SP 436-2018, con radicado N° 51833 del 28 de febrero de 2018.

⁴ Corte Suprema de Justicia, AP504-2020, con radicación N° 55166 del 19 de febrero de 2020.

Por otra parte, en la sentencia SP2259-2018, radicación N° 47681 del 20 de junio de 2018, se estableció que:

"Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva."

De conformidad con lo anterior deviene claro que la exigencia contemplada en el artículo 349 del código de procedimiento penal⁵ resulta completamente aplicable en este evento pero solo como requisito de procedibilidad para la concesión de la correspondiente rebaja punitiva y no de la aprobación de la aceptación unilateral de responsabilidad, pues de lo contrario se estaría entrando en contradicción con el contenido del artículo 288 ibídem en atención a que a todos los imputados les asiste el derecho de poder allanarse a los cargos que la Fiscalía General de la Nación les endilga.

Entonces, una vez verificado lo acontecido en la audiencia en la que se llevó a cabo el allanamiento a cargos por parte del señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA⁶, tenemos que la Fiscal 229 Seccional, luego de darle a conocer la imputación fáctica y jurídica, le informó que *"usted tiene la posibilidad de aceptar los*

⁵ Norma que se encuentra dentro del Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 que regula los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

⁶ Audiencia de formulación de imputación celebrada el 22 de julio de 2020 en el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado.

cargos. ¿Qué implica esta aceptación de cargos? Que usted puede ser acreedor de una rebaja de la pena de hasta la mitad conforme al artículo 351 del código de procedimiento penal, pero implica también que estaría usted renunciando a los derechos que le asisten por ejemplo a guardar silencio y no auto incriminarse y el derecho que le asiste de llegar a un juicio público, donde usted en compañía de la defensa pueda presentar pruebas para controvertir las que la Fiscalía tiene en este momento en su contra...".⁷

Así las cosas, se tiene que la información recibida por el señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA de la delegada de la Fiscalía en la formulación de imputación deviene errónea e ilegal, pues la misma estuvo encaminada a hacerle entender que si se allanaba a los cargos endilgados en la misma audiencia en la que se le comunicaron se haría acreedor de una rebaja de pena de hasta la mitad de la sanción a imponerle, sin que se le hubiese puesto de presente que para ello era necesario que cumpliera con el reintegro del 50% de los dineros que recaudó por concepto del impuesto de venta y que no consignó a la DIAN y asegurar el pago del remanente, eventualidad de la cual se puede inferir que el consentimiento emitido por el procesado al aceptar su responsabilidad penal tuvo como presupuesto o fundamento la concesión de un descuento punitivo que, como ya se dijo, bajo las circunstancias presentadas en el sub iudice no resulta procedente.

En este punto resulta importante señalar que (i) la delegada de la Fiscalía incumplió su obligación de exponerle al implicado en la formulación de imputación las condiciones que la jurisprudencia, como fuente de derecho, había creado para el allanamiento a cargos en delitos donde se percibe incremento

⁷ Minuto 06:53 a 07:36 de la audiencia de formulación de imputación.

patrimonial por parte del victimario; (ii) lo anterior ocurrió con la anuencia de la Juez Primera Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado que nada dijo al respecto a pesar que para ese momento las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia sobre el asunto motivo de estudio ya se habían proferido, por lo que debió haber requerido a la representante del ente acusador para que hiciera las aclaraciones o correcciones pertinentes y (iii) la omisión también se presentó en la actuación ejecutada en sede de conocimiento por el Juez Penal del Circuito de esa misma municipalidad, quien al aprobar el allanamiento a cargos y emitir la sentencia condenatoria con la correspondiente rebaja punitiva tan solo mencionó dos decisiones proferidas por esta Corporación pero sin profundizar en el contenido de las mismas, absteniéndose de exponer argumento alguno sobre los motivos por los cuales se apartaba del precedente fijado por la Corporación de cierre en lo penal.

Bajo este panorama y como la jurisprudencia citada en este proveído se encontraba vigente para el momento en el que se llevó a cabo el acto procesal del allanamiento a cargos, lo que de suyo conlleva a la exigencia del cumplimiento de la cláusula contenida en el artículo 349 del código de procedimiento penal, se concluye que existe un vicio en el consentimiento del señor GIRALDO OCHOA al aceptar unilateralmente su responsabilidad penal en los hechos investigados bajo el ofrecimiento de un beneficio punitivo que no se le puede materializar por las razones que ampliamente han sido explicadas en este proveído.

En este orden de ideas y para encausar la situación desprendida del acto abiertamente ilegal que generó procedimientos y decisiones posteriores revestidos de esa misma condición al ser

atentatorias contra el debido proceso, esta Colegiatura no tiene otra alternativa que decretar la nulidad parcial ordenando que se retrotraiga la actuación al momento procesal en el que el señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA aceptó de manera unilateral los cargos que le fueron endilgados por la Fiscalía en el acto de comunicación llevado a cabo el 22 de julio de 2020, ello con el fin de que el representante del ente acusador que acuda a dicha diligencia agote el trámite de manera debida y con las aclaraciones hechas en el cuerpo de este proveído.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado a partir del momento procesal en el que el señor JHON HAROLD GIRALDO OCHOA aceptó de manera unilateral los cargos que le fueron endilgados por la Fiscalía General de la Nación en la formulación de imputación llevada a cabo el 22 de julio de 2020 ante la Juez Primera Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado, ello de conformidad con lo expuesto a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: En contra de la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado