



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio anticipado: 2010-56220.

Aprobado mediante acta 29

Medellín, febrero veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve sobre la admisibilidad del recurso de apelación presentado por el apoderado de la DIAN contra la sentencia dictada por vía anticipada el 3 de junio del año pasado por el Juez Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual condenó a **Guillermo León García Flórez** como autor del delito de Omisión del agente retenedor “*de manera concursal homogénea y sucesiva*”, por los siguientes hechos, descritos en la sentencia:

La Fiscalía los presentó de la siguiente manera:

“GUILLERMO LEON GARCIA FLOREZ, fue denunciado el día 24 de Agosto de 2010 por la doctora SANDRA PATRICIA QUIRAMA GRAJALES, abogada de la división jurídica de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales, por cuanto presentó declaraciones tributarias sin pago y no consignó dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada

RAD.: 0500160002062010-56220.
 ACUSADO: Guillermo L. García Flórez.
 DELITOS: Omisión del agente retenedor.
 DECISIÓN: Rechaza el recurso.

por el gobierno nacional para la presentación y pago de las respectivas obligaciones por concepto de ventas y retención en la fuente, así:

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO	FECHA
VENTAS	2009	02	\$5.251.000	13/05/2009
VENTAS	2009	03	\$4.485.000	10/07/2009
VENTAS	2009	04	\$7.227.000	10/09/2009
VENTAS	2009	05	\$3.772.000	12/11/2009
VENTAS	2009	06	\$9.838.000	14/01/2010
RETENCION	2009	04	\$808.000	13/05/2009
RETENCION	2009	05	\$465.000	10/06/2009
RETENCION	2009	07	\$494.000	13/08/2009
RETENCION	2009	08	\$308.000	10/09/2009
RETENCION	2009	10	\$874.000	12/11/2009
RETENCION	2009	12	\$494.000	14/01/2020
		TOTAL	\$34.016.000	

ANTECEDENTES

1. El allanamiento y la sentencia.

Instalada la audiencia preparatoria el 2 de mayo de 2022 y en la oportunidad prevista para cuestionar al procesado acerca de la aceptación unilateral de los cargos, el Juez preguntó si *"la defensa ha hablado con su prohijado acerca de la posibilidad de allanamiento"*, respecto de lo cual indicó *"su señoría si se ha conversado esa situación, pero entonces quisiera saber este defensor cuál sería la postura con respecto a la rebaja de cargos (sic), en caso tal de que haya allanamiento, porque pues como el allanamiento debe ser completamente informado y debe tener claras las consecuencias del mismo..."*. El Juez manifestó: *"pues doctor sería la rebaja de ley..."*, agregando el Fiscal que *"si se hace en este momento sería de la tercera parte la rebaja a la pena..."*.

Luego de un receso solicitado por el defensor para "*conversar con mi defendido*", y que el Juez le explicara al acusado que entre los beneficios de la aceptación de los cargos estaba la de "*una rebaja que sería la tercera parte*", el señor **Guillermo León** se allanó a los que le fueron atribuidos, luego de lo cual el Juez transitó por los siguientes argumentos: "*son varios los requisitos a tener en cuenta habida cuenta que la decisión de aprobar o no el allanamiento a cargos se toma a través de un auto debidamente motivado, tal como lo establece la Sala de Casación Penal en radicado 54708...*".

Consideró que, pese a que se trata de una línea jurisprudencial de la Corte, haciendo referencia a la exigencia de reintegro dispuesta en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, "*tanto para preacuerdos y allanamientos*", primero, no se trataba de una línea pacífica, puesto que incluso al interior de la Sala Penal se han presentado salvamentos de voto sobre el tema por las notorias diferencias entre ambos institutos (negociación vs unilateralidad) por lo que no podía exigirse el reintegro. Segundo, se trata de una omisión de deber, porque el procesado incumplió con ese requerimiento legal de efectuar algunos pagos, pero no aparece en el expediente que se "*haya incrementado patrimonialmente su capital como consecuencia de las conductas punibles*".

Explicó que la decisión del señor **García Flórez** fue libre y voluntaria, que fue asesorado por su defensor, y que existía un mínimo probatorio para demostrar las conductas punibles atribuidas y su responsabilidad penal, razones por las cuales

decidió “aprobar el allanamiento a cargos del procesado”, indicando que¹ “el presente auto obviamente al ser interlocutorio es pasible de los recursos de ley”. Ninguna de las partes o intervinientes, entre ellas el apoderado de la DIAN, interpuso recursos, y se continuó con el traslado dispuesto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

El 3 de junio de 2022 se profirió la respectiva sentencia condenatoria, con los siguientes aspectos relevantes:

(i) Se condenó al señor **Guillermo León García Flórez** a la pena principal de 36 meses de prisión y multa de \$ 68.032.000², como autor de la conducta de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador “de manera concursal homogénea y sucesiva”. Para la dosificación de la pena privativa de la libertad se tuvo en cuenta la ausencia de causales genéricas de agravación y la existencia de una de menor punibilidad (la carencia de antecedentes penales), se partió del límite inferior del primer cuarto, es decir, 48 meses de prisión, se aumentaron 6 meses por el concurso de otros delitos de igual naturaleza, para un total de 54 meses, rebajándose la tercera parte por el allanamiento a los cargos.

(ii) Se dispuso la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

¹ A partir del minuto 35:20.

² “En concordancia con el numeral 402 del CP que determina que la multa es el equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.”

(iii) Se concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena con un periodo de prueba de 36 meses, previa suscripción de acta de compromiso.

Finalmente, en lo que es objeto de discusión, la rebaja de la tercera parte por allanamiento, el Juez hizo referencia a un aparte de una sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal de esta Corporación³, en la que se realizó la distinción entre preacuerdo y allanamiento, concluyendo que se trataba de dos figuras distintas, y que por ello el señor **Guillermo León** podía acceder al beneficio de la rebaja, aun cuando no haya reintegrado el 50 % del valor equivalente al incremento patrimonial percibido, pues se trata de un allanamiento y no de una negociación.

2. La apelación.

El apoderado de la DIAN interpuso recurso de apelación "*en procura de los derechos que la Constitución y la Ley le confieren a las víctimas y en busca de una tutela judicial efectiva*", al no estar de acuerdo con la decisión "*por cuanto avaló la legalidad del allanamiento a cargos sin exigir el reintegro del incremento patrimonial para acceder a la rebaja de la pena y en consecuencia se profiere fallo condenatorio por todas las obligaciones denunciadas sin cumplirse este requisito exigido*", solicitando "*el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, con el fin de acceder en*

³ Radicado: 0521260002062020-02307.

debida forma a la rebaja de pena que se le concedió al señor GUILLERMO LEON GARCIA FLOREZ...".

Manifestó que se trata de un requisito exigido de forma reiterativa por la jurisprudencia de la Corte y de este Tribunal, que desde un comienzo de la actuación todos los documentos están referidos a la misma persona denunciada, es decir, al señor **García Flórez** en representación de la sociedad NIPPON SECURITY E.U., entonces está plenamente identificado como agente retenedor o recaudador, y con la conducta omisiva se lesionó el bien jurídico tutelado (art. 402 del CP.), reprochando, entonces, que el Juez solamente hizo referencia a los elementos estructurales del delito, a los presupuestos procesales básicos para proferir una sentencia de fondo, tales como lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio, sin mencionar que para acceder a la rebaja punitiva era necesario el reintegro del incremento patrimonial.

Resaltó que se desconoció la sentencia de la Sala Penal de la Corte del 27 de septiembre de 2017, SP1444-2017, radicado 39831, vigente al momento del allanamiento a los cargos *"que de hecho representa según la teoría del proceso, el hecho jurídicamente relevante"*, tesis jurisprudencial que reiteró la Corte en auto AP4884-2019, radicación 54954, concluyendo que *"cuando los responsables o agentes de retención cumplen la función de retener o recaudar impuestos, son servidores públicos conforme lo indica la sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional, es decir, tienen una función pública determinada cual es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados y*

consignárselos al Estado en el término establecido por el gobierno nacional e igualmente tienen una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes”.

Luego de transcribir aparte del precedente inicialmente mencionado, manifestó que esa postura estaba fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado sin contraprestación, lo que implicaba el deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349 del CPP, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado. Además, que debía incluir el acuerdo al que las partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación.

Concluyó de manera general que se podía aseverar que esa postura cobijaba no sólo la determinación del porcentaje de rebaja punitiva dentro de los márgenes autorizados por el ordenamiento y el monto preciso de las penas que habrán de imponerse, sino lo concerniente a la procedencia o no de conceder, en el caso concreto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La corporación precisó la importancia de que todos los efectos de la conducta punible realizada, deban quedar debidamente convenidos con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad era libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena

y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tomarse de inmediato, *"en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo"*, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con lo acusado.

Explicó que si el fiscal advierte que por razón de haber adelantado una juiciosa investigación penal en contra del indiciado, cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones legalmente obtenidas que posibilitarían llevarlo a juicio con gran probabilidad de éxito, podía oponerse a que el simple allanamiento a cargos diera lugar a que en la sentencia se reconociera el máximo porcentaje de rebaja punitiva que la ley permite, cuando a su criterio el monto de la sanción por la conducta realizada debería ser ostensiblemente mayor.

Transcribió igualmente aparte del auto AP4884-2019, radicado 54954, precisando que no era posible conceder la rebaja por allanamiento, por lo establecido en el art. 349 de la Ley 906 de 2004. Se dio un incremento patrimonial, ya que se dejó de consignar el dinero recaudado en los periodos indicados por concepto de ventas y retención por parte del señor **Guillermo León**, y en el entendido que la aceptación de cargos es una modalidad de acuerdo, y se estableció jurisprudencialmente que mientras no se reintegre el incremento patrimonial, o cuando menos se devuelva la mitad y se garantice el pago de lo restante, no procedía el

allanamiento. Esta visión se mantuvo hasta la sentencia del 8 de abril de 2008, radicado 25.306, concepción que se reiteró hasta la providencia con radicado 39.831 del 27 de septiembre de 2017.

Resaltó que según la reciente jurisprudencia en materia de allanamiento sin la exigencia del reintegro, emanada de esta Sala Penal⁴, en la cual se citaron argumentos claros frente a la aplicación del precedente jurisprudencial, de acuerdo con lo expuesto por el Juez en la sentencia, en ningún momento se observa los argumentos de hecho y derecho de rango constitucional, "*al citar Sentencia Penal No. 003-2021 radicado: 0521260002062020-02307*". El Juez decidió conceder la rebaja de la pena y apartarse del precedente vinculante, con el argumento de que se trató de una aceptación unilateral, distinto al preacuerdo, y que para acceder a ese beneficio no era obligación que el acusado haya reintegrado el 50% del valor del incremento patrimonial percibido.

Expuso, que conforme a la decisión de una de las Salas de esta Corporación, nos encontramos frente a un conflicto, dado los diversos criterios que asumen los diferentes Magistrados que nos llevan a no garantizar y vulnerar el principio de la seguridad jurídica, donde termina siendo la víctima el afectado, cuando debe ser lo contrario.

⁴ Del 5 abril del 2021, Magistrado ponente Dr. Leonardo Efraín Cerón Eraso, radicado 050016000206201021905.

En ese sentido, criticó la dosimetría realizada, pues se *“tomó como pena del delito de 03 a 06 años de prisión, cuando la norma es clara y lo ha establecido en el Art. 402 del C.P. que va de 48 a 108 meses de prisión lo que equivale de 4 a 9 años, que era la vigente para la fecha de los hechos”*. El Juez tenía el deber de exigir el reintegro de los dineros oficiales apropiados, para otorgarle rebaja de la pena a imponer, vulnerando con ello los derechos de la víctima, especialmente a la reparación.

Finalmente, reiteró *“la solicitud del reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, con el fin de acceder en debida forma a la rebaja de pena que se le concedió al señor GUILLERMO LEON...”*, modificándose lo decidido en la sentencia, en el sentido de no conceder la rebaja de la pena impuesta, establecida en el artículo 402 del C.P.P.; por haber omitido consignar al ESTADO/DIAN, dentro del término establecido por el gobierno nacional, los dineros recaudados y no cancelados (un total de 11 obligaciones), las cuales ascienden a \$ 34.016.000, y en caso de no darse el reintegro del incremento patrimonial, se parta de la pena mínima de 48 meses de prisión, teniendo en cuenta el concurso de delitos.

3. No recurrente.

El Procurador judicial solicitó se confirme la decisión.

Indicó que si bien cita el apelante un antecedente, conocido como *“la sentencia Nule”*, el tema no es pacífico, tanto así que en las mismas salas del Tribunal y de la Corte no existe una

posición uniforme. El *A quo* citó a su superior en la sentencia “No. 003 -2021 Radicado 0521260002062020-02307”, la cual indica la diferencia que existe entre el preacuerdo y el allanamiento, siendo este último de carácter unilateral y obligatorio como oportunidad procesal consagrada en la legislación, diferente a la primera figura. En la Corte se ha señalado que el allanamiento a cargos no depende de la decisión de la Fiscalía, a diferencia de los preacuerdos, situación que se desprende de los artículos 287, 356, 367, 369 de la Ley 906 de 2004. Es una prerrogativa para el sujeto pasivo que difiere de los acuerdos sustancialmente, no tratándose de una cuestión meramente semántica, sino de una diferenciación gramatical, sistemática, teleológica y hermenéutica.

Es cierto que el Juez no acogió las sentencias soporte del recurso, puesto que se alejó del precedente con fundamento en la discusión vigente, de que el allanamiento es diferente al preacuerdo, pero además de lo anterior, considera que existen razones dogmáticas y probatorias válidas para no exigir la devolución y aseguramiento de un incremento patrimonial, y es en relación con la estructura típica del delito de omisión del agente retenedor.

Concluyó que es necesario que se tenga en cuenta los elementos más relevantes de dicha estructura, que evidencian el yerro argumentativo del recurrente, el sujeto activo y la conducta típica. En cuanto al sujeto activo del delito, la jurisprudencia constitucional ha explicado que el delito de omisión de agente retenedor tiene un sujeto activo múltiple,

esto es puede ser sujeto activo tanto el agente retenedor como el autorretenedor. Respecto al primero indicó la Corte lo siguiente:

“...actúa como intermediario entre el contribuyente y la administración tributaria, y se le asignan 2 funciones principales: de un lado, la deducción del monto correspondiente al tributo y, de otro, la declaración y consignación de las sumas retenidas.

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

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

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

Explicó que en la misma sentencia, se citó la C-1144 de 2004, en la que se diferencia entre contribuyente y retenedor, expresando al respecto que mientras el primero es quien en sentido estricto aparece como el sujeto pasivo de la

relación tributaria, es el responsable directo del pago del tributo, es decir, aquella persona natural o jurídica, o el ente sin personería jurídica que debe soportar la carga impositiva siempre que realice o ejerza el hecho generador de la obligación fiscal de carácter sustancial. El retenedor es la persona natural o jurídica sobre la cual el Estado descarga el ejercicio de una función pública consistente en la obligación de recaudar y consignar a su nombre los dineros materia del tributo, sin que éste (el retenedor) sea quien asuma la carga impositiva, teniendo como actividad la simple cooperación con el fisco en la labor de cobro y recaudo del impuesto. Por tanto, es claro que, según los hechos, el acusado es un agente retenedor y no autorretenedor, porque era quien fungía como representante legal de una empresa.

De tal forma que el planteamiento realizado por el apelante es equivocado al señalar que debe diferenciarse entre deuda y propiedad, toda vez que quien adeuda es el contribuyente, en este caso NIPPON SECURITY, mientras que el acusado es el recaudador, esto es, quien tiene la obligación de recaudar y consignar, pero de esto no deriva, que el tener una obligación legal sea propietario de los recursos. En consecuencia, el no cumplimiento del deber que genera la tipicidad de la conducta no implica *per se*, que el sujeto activo incrementó su patrimonio. El delito lo configura la infracción al deber, no consignar en el término indicado, lo cual conlleva un detrimento para el Estado como titular de la obligación tributaria, más no correlativamente un incremento patrimonial en el sujeto activo, teniendo en cuenta que quien tiene representación legal no es necesariamente quien incrementa el patrimonio por el no pago del impuesto,

máxime cuando se trata de una persona jurídica, la cual tiene su patrimonio diferente al del representante legal, siendo claro que la no consignación como su deber, en el tiempo establecido, no constituyó un incremento en su patrimonio.

Lo anterior es aclarado por la legislación civil y comercial, la cual diferencia entre el patrimonio de la persona jurídica y el de la natural. De ahí que le parece errado el planteamiento del representante de la DIAN, cuando indica que en toda la documentación figura como responsable el procesado, pues desconoce la diferencia entre el deber legal que tiene al retenedor, el señor **García**, con sus deberes legales y el efecto patrimonial de quien es el contribuyente, confundiendo a quien se le encomienda una función administrativa (retenedor) con quien es el responsable del pago del tributo (contribuyente).

Expuso que dentro de la estructura típica se destaca también otro elemento, la conducta. Los delitos de omisión propia, como delitos omisivos, difieren en este elemento los delitos comisivos, (art. 25 del C.P.). El delito de omisión de agente retenedor, se expresa en un no hacer lo ordenado por el tipo penal, en este caso consignar las sumas retenidas por concepto de IVA y Retención. Estamos frente a un delito de infracción de deber, pues el tipo penal como delito de omisión propia, sanciona el no cumplimiento de un deber específico, indicado por la Ley al agente retenedor (sujeto activo), precisando que en derecho penal, las conductas se rigen por el principio de tipicidad estricta, derivado del principio de

legalidad y consagrado como norma rectora en el artículo 10 del C.P.

Consideró, entonces, como impreciso e ilegal, hacer referencia, como lo hace el recurrente, acerca de que el procesado se apropió de un dinero, haciendo énfasis en una conducta que no está incluida en el tipo penal, por lo cual no es contradictorio lo planteado por el *ad quo*, al condenar por el delito de omisión de agente retenedor, pero no exigir ningún reintegro, pues la apropiación no solamente no es un elemento del tipo, sino que tampoco fue demostrado, sin que derive de las declaraciones tributarias, que el acusado incrementó su patrimonio en el valor que dejó de pagar. Las declaraciones solo dan cuenta de la tipicidad de su comportamiento al no consignar en el término indicado por la ley las sumas retenidas por impuesto a las ventas y retención en la fuente (\$34.016.000), pues de las declaraciones tributarias presentadas y suscritas por el procesado únicamente se puede estructurar el incumplimiento de su deber legal, lo cual constituye la tipicidad de la conducta de omisión de agente retenedor, más no que al no pagar dichas sumas, sin ser él contribuyente, haya incrementado su patrimonio, razonamiento que no se compadece ni con la estructura del tipo, ni con lo debatido y probado en el proceso, ni siquiera con la lógica, pues de la obligación de pagar y su consecuente no pago, no deriva un incremento patrimonial.

Concluyó que el no cumplimiento del deber que genera la tipicidad de la conducta no implica per se, que el sujeto activo incrementó su patrimonio, pues el delito lo configura la

infracción al deber, no consignar en el término indicado, lo cual conlleva un detrimento para el Estado como titular de la obligación tributaria, más no correlativamente un incremento patrimonial en el sujeto activo, teniendo en cuenta que quien tiene representación legal no es necesariamente quien incrementa el patrimonio por el no pago del impuesto, máxime cuando se trata de una persona jurídica, con un patrimonio diferente al del representante legal, siendo claro en este caso que la no consignación como deber del representante legal en el tiempo establecido, no constituyó un incremento de su patrimonio.

Luego de referirse a los artículos 633 del Código Civil, y al 98 del Comercial, expuso que dicha normatividad dejaba claro que el patrimonio del procesado como representante legal de NIPPON SECURITY era diferente al patrimonio de ésta, y que él no lo incrementó ante el incumplimiento de su deber. Además de ello, es necesario precisar, como lo indicó la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 349 del C.P.P.⁵, en la que la finalidad de la norma acusada es *“evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado...”*, propósito que no se presenta en estos hechos pues el acusado no obtuvo incremento patrimonial derivado de la conducta de omisión. En consecuencia, imponerle una prohibición para la rebaja por la aceptación de su

⁵ Sentencia C-059 de 2010.

responsabilidad implicaría vulnerarle sus garantías, pues en los hechos jurídicamente relevantes no está que el procesado haya obtenido incremento patrimonial.

Acerca del incremento patrimonial, explicó que su demostración recae en el ente persecutor, lo cual implica que los elementos materiales probatorios deben dirigirse a derruir la presunción de inocencia y demostrar la naturaleza y la materialidad de la conducta punible. Por disposición del artículo 7 de la Ley 906 de 2004, a quien le corresponde la carga de la prueba de la responsabilidad penal es a la Fiscalía, la cual debe construir una teoría del caso y allegar los elementos que la soporten, conforme al principio de libertad probatoria. La Fiscalía, y por intermedio suyo la víctima, no acreditaron un incremento patrimonial como consecuencia de la conducta omisiva imputada al procesado. Desde la imputación, ningún hecho, más allá de los jurídicamente relevantes, indicó que el procesado obtuvo un incremento patrimonial. El Estado debe probar cómo y cuánto fue el incremento patrimonial para aplicar la respectiva prohibición, sin que sea posible como se ha planteado, derivarlo de la descripción típica, que implica el no cumplimiento de un deber legal.

Finalmente, en relación con los derechos de las víctimas, expuso que de la sentencia no se deriva ninguna violación a un derecho de la DIAN, puesto que el incremento patrimonial no coincide necesariamente con la reparación. La víctima tiene la posibilidad de realizar el incidente de reparación integral en el proceso penal, como lo ha indicado la Corte Suprema de

Justicia en cuanto a que es en ese trámite que tiene cabida el restablecimiento. Además, también administrativamente cuenta con facultades jurisdiccionales, como lo es el proceso de jurisdicción coactiva, en el cual puede incluso imponer medidas cautelares en aras de garantizar el recaudo de los tributos. De ahí que la primera instancia no cercenó ningún derecho, y falló con respeto de las garantías fundamentales de todas las partes e intervinientes.

CONSIDERACIONES

Conforme al examen preliminar sobre la acreditación de las diferentes condiciones establecidas por la ley para admitir un recurso de apelación, la Sala anuncia que será rechazado.

La relación jurídica que surge a partir de una sentencia o auto, exige, acorde con el artículo 179 de la Ley 906 de 2004⁶, que la sustentación del recurso de apelación satisfaga el deber de presentar una argumentación orientada a controvertir los argumentos que fundamentan una decisión que en particular, de las tomadas, desea que sea revisada en una segunda instancia. La Sala de Casación Penal ha insistido en lo siguiente:

En este sentido, impera precisar que la argumentación sobre la cual descansa el disenso en el recurso de apelación, no comporta la obligación de presentar fórmulas sacramentales, ni reclama derroteros formales específicos, aunque sí demanda precisar las razones concretas de

⁶ Modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010.

inconformidad, que necesariamente deben referirse a los motivos que soportaron la decisión cuestionada.

De esta manera, la crítica ha de contar con un norte específico que haga ver los yerros que soportan la decisión y presente los criterios claros que permitan avalar la tesis de modificación o revocatoria de la misma⁷.

Con esta directriz principal, tenemos que en nuestro caso el apoderado de la DIAN procura la revocatoria de la concesión de la rebaja de la tercera parte de la pena que por el allanamiento en la audiencia preparatoria, se le realizó al señor **Guillermo León García Flórez**, con el argumento principal de que no se reintegró el incremento patrimonial obtenido con la comisión delictiva, conforme lo exige el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte, pero es que para la Sala se trata de un aspecto que ya había sido planteado y debatido precisamente desde la audiencia en la que ocurrió dicha aceptación, respecto de la cual el Juez manifestó, luego de su aprobación, que *“el presente auto obviamente al ser interlocutorio es pasible de los recursos de ley”*, y ningún recurso fue interpuesto por el apoderado de la DIAN, permitiendo con ello que se avanzara a la audiencia de individualización de la pena y sentencia (artículo 447 del C.P.P).

Recordemos lo que ocurrió en la audiencia, destacando la actuación y manifestación del apoderado de la Dian:

⁷ CSDJ.SP Auto del 4 de marzo de 2020, AP789-2020- radicado 56391.

(i) Ante la posibilidad del allanamiento, conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 356 de la misma norma, el defensor en esa diligencia cuestionó al Juez acerca de "*cuál sería la postura con respecto a la rebaja de cargos (sic)*", generando con ello el argumento principal por parte del Juez de primera instancia acerca de que consideraba que pese a que se trataba de una línea jurisprudencial de la Corte, haciendo referencia a la exigencia de reintegro "*tanto para preacuerdos y allanamientos*", no había una línea pacífica, puesto que incluso al interior de la Sala Penal se habían presentado salvamentos de voto sobre el tema por las notorias diferencias entre ambos institutos (negociación vs unilateralidad) por lo que no podía exigirse el reintegro; (ii) también dijo debía tenerse en cuenta que se trataba de una omisión de deber, y que pese a que el procesado incumplió con el requerimiento legal de efectuar algunos pagos, no aparecía en el expediente que se "*haya incrementado patrimonialmente su capital como consecuencia de las conductas punibles*".

(iii) Ninguna observación contraria o controversia planteó el representante de la DIAN, reiteramos, pese a que se concedió la posibilidad de interposición de recursos en contra de la decisión de la aprobación del allanamiento, respecto del cual se especificó la concesión de la rebaja de la tercera parte, permitiendo con ello la ejecutoria de la providencia. "*Sin recursos su señoría*"⁸, dijo al finalizar la decisión.

⁸ Minuto 35:26.

A continuación, (iv) se realizó la audiencia de traslado a las partes para efectos de individualizar la pena, en relación con lo cual, en lo que nos interesa resaltar, el representante de la DIAN expresó a partir del minuto 33:32, lo siguiente:

“este delegado deja a consideración del despacho ya lo que tiene que ver con la tasación de la pena, advirtiéndolo también al despacho que como no existe un reintegro por parte del ciudadano Guillermo León García Flórez, pues obviamente se restringen algunos de los beneficios a que tenga derecho, y que esta se parta pues de los 48 meses, como pena mínima, para el procesado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este es un delito homogéneo y sucesivo, **sin embargo, se le deja al despacho para que a bien tenga determinar la pena**, muchas gracias.”

Tampoco, en esa particular audiencia, el apoderado de la DIAN le solicitó al Juez que no se concediera ningún descuento por el allanamiento ante la ausencia de reintegro, sino que, por el contrario, dejó a su consideración “*determinar la pena*”.

En estas condiciones, no es correcto que se aproveche la posibilidad formal de apelar una sentencia, para ingresar peticiones o generar controversias que ya fueron resueltas con anterioridad, estando presente en la audiencia y con la activa participación de las demás partes e intervinientes.

La legitimación para acceder a una segunda instancia exige la ocurrencia de un perjuicio a la parte o interviniente, esto es, la exclusión o limitación de algún derecho, y concretamente para la víctima, la garantía de participación en el proceso y particularmente el derecho a acceder a una segunda instancia no es absoluta, sino que se encuentra limitada al desarrollo

de los principios de verdad, justicia y reparación que procura obtener y, por tanto, el ejercicio del derecho de impugnar, que indicaba la Corte⁹: "*va de la mano con la acreditación de un daño en concreto, tópico que da fundamento a la legitimación e interés jurídico para promover y activar actos procesales*".

Los derechos de justicia y reparación tampoco son absolutos, como para entender que siempre que se está reconocido en una actuación como víctima, se está legitimado para recurrir una decisión. Por ejemplo, en decisión del 25 de agosto de 2021, radicado 57905 (SP3738-2021), la Sala Penal de la Corte¹⁰ recordó lo siguiente:

"Ese interés que legitima a la víctima para recurrir la sentencia de primera instancia está vigente en el *sub exámine*, pues, no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que, con la sentencia se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de justicia, dado que, *además* del beneficio otorgado por vía del preacuerdo celebrado entre las partes, se concedió una rebaja *adicional* como consecuencia del reconocimiento de una atenuante, de manera que la decisión impugnada le causó un agravio que impacta negativamente su deseo de que se haga justicia **en los términos por ella reclamados**, pues, según se indica en el libelo, entendió que ello generó un doble beneficio para el condenado, sin posibilidad legal para hacerlo.

Por supuesto, la Sala ha sostenido en otras oportunidades que el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, **justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia**

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 4 de marzo de 2015. Radicado 78.826.

¹⁰ Con ponencia del doctor Diego Eugenio Corredor.

entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales.

Ello ha llevado a la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP 18 abr. 2012, rad. 36.608; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; SP 30 abr. 2014, rad. 41.543 y AP 26 abr. 2017, rad. 48.014) **a afirmar que cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, por no existir un agravio la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas. Si los recursos son instrumentos para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de aquéllas o adoptar determinaciones officiosas, no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó¹¹.**" (Negrilla nuestra)

Ningún interés jurídico, entonces, podemos reconocer para apelar la sentencia, cuando desde el acaecimiento del allanamiento se convalidó por parte del representante de la DIAN la procedencia del beneficio del descuento de la tercera parte de la pena, y para terminar de ajustar ni siquiera reclamó de manera concreta, en la audiencia de individualización de la pena, la negativa de rebaja por ausencia de reintegro del incremento. Su participación en la audiencia fue etérea, concluyendo su intervención con la afirmación de que "**se le deja al despacho para que a bien tenga determinar la pena**", por lo que ante esta instancia, finiquitada la oportunidad, no es posible reabrir oportunidades para la oposición a beneficios otorgados por la primera instancia.

¹¹ CSJ SP, 14 Jun 2017. Rad. 47630

En ese sentido, en la decisión antes anotada, también se indicó lo siguiente:

“Empero, en el presente caso no puede predicarse la falta de legitimidad del apoderado de Colpensiones para recurrir la decisión de primera instancia, bajo el argumento que estuvo de acuerdo en los términos del preacuerdo. La razón es evidente: si bien, participó activamente en la negociación por la cual culminó el proceso de manera anticipada, **desde el momento en que se pronunció en relación con los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, es decir, una vez aprobado el preacuerdo, manifestó su inconformidad en punto del eventual reconocimiento de la rebaja punitiva por la causal de atenuación, actitud que descarta de plano mala fe o deslealtad.**

En ese mismo sentido, debe agregarse que el Tribunal Superior de Barranquilla, luego de aprobar el preacuerdo, **no habilitó oportunidad para interponer recursos; de suerte que el único momento para manifestar alguna inconformidad se constituyó luego de la lectura de la sentencia condenatoria.**” (Negrilla fuera del texto original)

En este caso, las dos falencias por parte del representante de la víctima son evidentes: (i) no se opuso a la concesión de la rebaja desde la audiencia en que ocurrió el allanamiento, en la que el Juez habilitó la interposición de recursos, y (ii) en la audiencia del 447 tampoco manifestó su inconformidad, o hizo alguna petición en concreto, en punto del reconocimiento de la rebaja punitiva de la tercera parte.

En conclusión, consideramos que el apelante en representación de la víctima carece de interés jurídico para ejercitar esta pretensión en la medida en que la sentencia no le causó daño a sus intereses.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:

RESUELVE

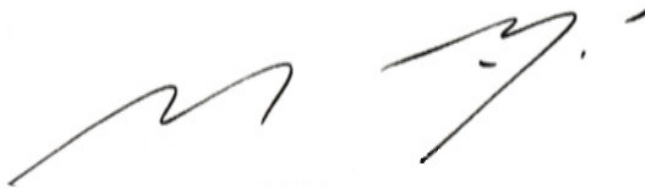
Rechaza el recurso de apelación presentado por el representante de la víctima contra la sentencia condenatoria expedida por el Juez Veintisiete Penal del Circuito de Medellín. Informa que procede el recurso de reposición y cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN