

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## SALA DE DECISIÓN PENAL

**Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).**

**Radicado:** 050016000206201154244  
**Procesada:** Carlos Mario Marín  
**Delito:** Omisión de agente retenedor y recaudador  
**Asunto:** Apelación de Sentencia  
**Interlocutorio:** No.03 -Aprobada por acta No. 05 de la fecha.  
**Decisión:** Declara nulidad del allanamiento  
**Lectura:** Miércoles, 1º de febrero de 2023

**Magistrado Ponente**  
**Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

### 1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia del 28 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se condenó al señor **Carlos Mario Marín**, en calidad de autor de un concurso del delito de omisión de agente retenedor y recaudador, imponiéndole una pena de treinta (30) meses de prisión y multa de ciento veintisiete millones trescientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$127.440.000), y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

## 2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos que generaron la presente actuación penal fueron denunciados por la abogada de la DIAN el 12 julio de 2012, quien indicó que el señor **Carlos Mario Marín**, representante legal y gerente de Inversiones Guilco LTDA presentó declaraciones tributarias sin pago ni consignó los valores retenidos ni recaudados dentro de la fecha fijada por el Gobierno Nacional, por los siguientes conceptos:

Concepto	Año	Mes	Impuesto	vencimiento
Ventas	2009	06	\$11.518.000	25/01/2010
Retención	2009	09	\$20.036.000	22/10/2009
Retención	2009	10	\$918.000	24/11/2009
Retención	2009	11	\$4.240.000	22/12/2009
Retención	2009	12	\$703.000	25/01/2010
Retención	2010	01	\$45.187.000	22/02/2010
Retención	2010	02	\$25.181.000	23/03/2010
Retención	2010	03	\$19.161.000	26/04/2010
Total			\$115.826.000	

## 3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 6 de agosto de 2019 ante el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía le formuló imputación al señor **Carlos Mario Marín** como autor de un concurso homogéneo y sucesivo de omisión de agente retenedor y recaudador (artículos 402 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por este ciudadano.

El 15 de octubre de 2019, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, despacho que fijó la celebración de la audiencia de formulación de acusación para el 27 de febrero de 2020. En dicha fecha cuando se inició la audiencia de formulación de acusación el ciudadano acusado manifestó aceptar los cargos.

Ese mismo día, se realizó la audiencia de individualización de la pena y se emitió sentencia de carácter condenatorio en contra de **Carlos Mario Marín** y frente a la misma, el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación.

#### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Para efectos del recurso, señaló la Juzgadora de primer nivel que pese al criterio de la Corte Suprema de Justicia atinente a la aplicación del artículo 349 procesal en materia de allanamientos, esto es, a la obligatoriedad del reintegro del incremento patrimonial como mecanismo de validez de los allanamientos, su postura era la de apartarse a ese precedente.

El fundamento de su aserto, lo fue que el contenido del canon precitado era una norma prohibitiva que de aplicarse al instituto de los allanamientos constituía una interpretación *in malam partem*, siendo lo procedente avalar el allanamiento, por lo cual otorgó al procesado una rebaja del 50% de la pena a imponer.

## 5. DE LA IMPUGNACIÓN

Manifestó el apoderado judicial de la DIAN estar inconforme con la decisión del juez *a quo* únicamente en relación con el descuento punitivo concedido al señor **Carlos Mario Marín** del 50% sobre la pena mínima que señaló el legislador para el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, pues advierte que para haberle concedido esa rebaja, el ciudadano tuvo que reintegrar el 50% de incremento patrimonial percibido y garantizar el pago del otro 50%.

Señaló que la funcionaria de primera instancia desconoció que el precedente jurisprudencial sentando por la Corte en la decisión SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017 ha venido siendo reiterado, no es aislado y se encuentra vigente, siendo esta decisión donde precisamente la Corte sentó una variación de su criterio inicial a través de una actividad argumentativa y clara; por manera que no puede ser una razón para desconocerlo el hecho de que el funcionario de primer grado considere que ese criterio no compagina con la anterior postura de la misma Corporación, esto es la que tuvo entre los años 2008 y 2017, de la cual hace un breve exordio para concluir que ese cambio quedó suficientemente claro para todos los juristas.

Precisó errada la decisión del juez de primera instancia por advertir que, según la actual y vigente posición jurisprudencial, le era obligatorio exigirle al procesado el reintegro para conceder una rebaja por el allanamiento a cargos, en tanto otorgarle algún descuento sin el aludido reintegro no consulta los

derechos de las víctimas y desatiende el precedente judicial que le era de obligatorio acatamiento al juez.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia, para que en su lugar se exija al procesado el reintegro patrimonial antes aludido.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

El defensor del procesado señaló, en primer lugar, que debía declararse desierta la apelación por cuanto la parte apelante, si bien adujo que se tomaría el termino de 5 días para sustentar sus censuras y que si bien la argumentación de su recurso debía hacerse ante el superior funcional, lo cierto es que el recurrente no esgrimió en la audiencia de proferimiento de sentencia los breves reparos contra la decisión que le eran exigidos.

En segundo término, señaló que la aplicación del artículo 349 procesal a los allanamientos no ha sido pacífica y que debía prevalecerse la interpretación restrictiva realizada por la primera instancia por comportar una protección a los derechos de su asistido, máxime cuando consideró que la *a quo* no se está apartando de ningún tipo de precedente jurisprudencial, dado que no está dado el número de decisiones exigidas para esos efectos.

En consecuencia, solicitó se mantuviera firme la decisión recurrida.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1 Competencia.**

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el representante de la víctima en contra de la sentencia del Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos.

### **7.2. Problema jurídico**

Sea lo primero indicar que, contrario a lo señalado por el no recurrente, la actual arquitectura del sistema penal con tendencia acusatoria, abandonó la exigencia de sustentación previa, habilitando que el recurso se presente por escrito dentro de los 5 días siguientes a la notificación del fallo, tal como acertadamente ocurrió en este asunto sin que exista la causal alegada para declarar desierta la alzada.

Aclarado lo anterior y dados los planteamientos hechos en la sentencia de primera instancia y el reparo a esta por parte del representante de víctimas el problema jurídico que se debería resolver en este caso sería del siguiente tenor:

- ¿Los fundamentos jurídicos dados por la juez *a quo* son lo suficientemente sólidos para apartarse del precedente actual de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que establece que para obtener rebajas por allanamiento a cargos se requiere dar cumplimiento a las exigencias del artículo 349 procesal?

Sin embargo, de la revisión de la actuación procesal surge la inquietud de si en la misma se respetó el debido proceso y si el procesado aceptó el cargo formulado por la Fiscalía General de la Nación de manera libre, consciente y sobre todo informada.

De resultar positiva la respuesta habrá lugar a resolver de fondo el asunto, pero si es lo contrario, no quedará otra alternativa que anular parcialmente el proceso por violación de garantías fundamentales del procesado.

En consecuencia, lo procedente para la Sala en este momento es realizar un breve exordio sobre el instituto jurídico de las nulidades y los principios que lo gobiernan, para luego entrar a verificar lo que ocurrió en el caso concreto.

### **7.2.1. Las nulidades en el proceso penal colombiano**

Dentro de la arquitectura propia de la Ley 906 de 2004, se ha traído el tema de las nulidades como un remedio extremo a aplicar en aquellos eventos donde existan insalvables yerros en el procedimiento que den al traste con las garantías

fundamentales, en especial las que guardan relación con el derecho de defensa y el debido proceso.<sup>1</sup>

No obstante, para que pueda acudirse al extremo remedio de la anulación de lo actuado, no basta con la mera comprobación de la existencia de la violación al derecho de defensa o al debido proceso, sino que, además, esta debe cumplir con los principios de: *i*) taxatividad, esto es que la irregularidad se encuentre señalada en la ley como causal de nulidad; *ii*) trascendencia, en el entendido que el acto debió afectar garantías fundamentales de las partes e intervinientes o las bases del proceso mismo; *iii*) instrumentalidad de las formas, esto es que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión; *iv*) protección, que indica que no puede ser invocada por el sujeto que la produjo, salvo los eventos de falta de defensa técnica; *v*) convalidación, en punto de la ausencia de ratificación del yerro por la parte perjudicada; y, *vi*) subsidiaridad, esto es que no puede ser subsanado por otro mecanismo procesal<sup>2</sup>.

### **7.2.2. Análisis del caso concreto**

En las presentes diligencias al señor **Carlos Mario Marín** se le formuló imputación por un concurso homogéneo y sucesivo de omisión de agente retenedor y recaudador, como quiera que la actividad que en su calidad de gerente y representante legal de una compañía presentó declaraciones de impuestos a las ventas

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

<sup>2</sup> Cfr. SP, may. 9/2007, rad. 27022; SP, 29 oct. 2010, rad. 30300; AP1173-2014, 12 mar., rad. 43158; SP5054-2018, nov. 21, rad. 52288, entre otros



y retenciones sin consignar los rubros a la DIAN dentro del plazo establecido como era su obligación.

Al momento de celebrarse la audiencia de acusación de manera voluntaria, libre y debidamente asesorado de su defensor, el procesado manifestó querer aceptar los cargos, por lo que la juez procedió a verificar esa voluntariedad del señor **Marín** y para ello le expuso los cargos por los que se le acusaba y le explicó las consecuencias de su decisión, tales como la pena a imponer, los elementos que soportaron la imputación y que eran los que permitían inferir razonablemente su compromiso con el hecho delictual endilgado.

Luego de esa labor, el imputado procedió a ratificar su aceptación unilateral e incondicional de los cargos endilgados desde la imputación.

Después, dio paso a la instalación de la audiencia del 447 procesal donde la Fiscalía hizo alusión de forma somera a la prohibición de rebajas sin reintegro del incremento patrimonial; tal situación también fue puesta de presente por la representación de víctimas y de ello se ejerció oposición por cuenta del defensor del procesado.

Luego, emitió sentencia condenatoria concediéndole al procesado la rebaja del 50% por el allanamiento a cargos, indicando desconocer o inaplicar la jurisprudencia que regula lo atinente al reintegro del incremento patrimonial, para lo que explicitó las razones jurídicas y fácticas que para ello tenía.

Para resolver el asunto la Sala comenzara por decir que aquí se presentan dos cuestiones problemáticas: el primero atinente a la verificación del ingreso de los dineros dejados de cancelar al patrimonio del acusado y el segundo respecto de la debida información que se le otorgó al encartado por parte de la funcionaria de primer nivel en el marco de la aceptación de cargos.

En primer lugar, se tiene que en el escrito de acusación se hizo alusión a unos periodos de tiempo en los cuales el señor **Carlos Mario Marín** realizó retenciones que no fueron debidamente canceladas a la DIAN, empero, en ninguno de esos periodos, se hizo alusión al destino que tuvieron los dineros recaudados y dejados de cancelar.

Esta situación no es de poca monta para la presente actuación, habida cuenta que para exigir el respectivo reintegro patrimonial en cabeza del procesado era necesario verificar el destino final de las sumas monetarias, situación que no fue lo suficientemente aclarada por el delegado del Ente Acusador y tampoco fue exigida en lo más mínimo por la funcionaria de primer nivel al momento de referirse a la exigibilidad o no de la devolución de los dineros, siendo su deber en la actuación inquirir a la parte requirente que señalara qué ocurrió con esas sumas y de ahí verificar si era exigible o no su devolución.

En segundo término, la Sala observa que el acto a través del cual se hizo la verificación y aprobación del allanamiento a cargos fue ambiguo, incompleto y poco claro por parte de la juez, en tanto la funcionaria nunca le explicó la tesis derivada del precedente judicial que le exigía un reintegro, ni mucho

menos le puso de presente qué podría suceder en segunda instancia, con independencia de que hiciera valer su criterio.

En efecto, la Sala advierte que con la explicación incompleta y vaga que la juez le dio al señor **Carlos Mario Marín** vició el consentimiento de este, en tanto no le explicó qué era el reintegro, cómo se aplicaba, porqué se aplicaba, porqué ella no lo aplicaría y, lo más importante aún, cuál era el abanico de posibilidades que tenía el encartado en caso de aceptar su responsabilidad sin reintegrar lo que exige el 349 procesal.

En ese sentido, que debió hacer la *a quo* era haberle señalado claramente al señor **Marín** que existía un precedente jurisprudencial vigente que lo obligaba a reintegrar el valor del incremento patrimonial que obtuvo con el delito, pero que ella no acogía ese precedente y por ende no se lo exigiría, aceptaría su allanamiento sin ese condicionamiento y otorgaría una rebaja de pena, pero tenía que haberle puesto de presente qué podría suceder en caso de que la decisión que se emitiera como consecuencia del allanamiento fuera apelada, indicándole que podría ocurrir que la segunda instancia sí aplicara ese precedente y decidiera negarle la rebaja de pena que le iba a dar por la aceptación de los cargos.

Así y solo así, se entendería un consentimiento pleno, pues el encartado pese a conocer tales situaciones, decidiría libremente aceptar su responsabilidad y las consecuencias de ese acto.

En efecto, le sobraba derecho al señor **Carlos Mario Marín** de allanarse a cargos sin devolver lo ilícitamente obtenido porque eso es un acto que ningún obstáculo puede tener, pero para que ese deseo de allanarse se entienda válido debe ser no solo libre y voluntario, sino consciente e informado, conciencia que se adquiere con el conocimiento de lo sucedido, sus consecuencias y demás cuestiones inescindibles a su decisión.

Es evidente pues que, según lo visto, existen unas irregularidades procesales que generan vacíos en la actuación y que viciaron el consentimiento del procesado al momento de aceptar los cargos endilgados por la Fiscalía General de la Nación, pues, como se dijo, claramente la juez debió verificar el destino final de los dineros y, una vez realizado ello, ponerle de presente la obligación de reintegrarlos y las consecuencias que tenía sino lo hacía, que no eran otras que la aceptación de su allanamiento sin derecho a rebaja alguna.

Lo anterior, a todas luces se convierte en una aceptación viciada por parte del ciudadano, porque el hecho de que la juez de conocimiento no comparta la posición de la Corte y la desatienda, no significa que deba omitir poner de presente cuáles eran las condiciones que la jurisprudencia, como fuente de Derecho, había creado para el allanamiento a cargos en delitos donde se percibe incremento por parte del victimario.

Para la Sala es claro que el acto de la verificación de la legalidad del allanamiento estaba en cabeza de la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, quien sin excusa alguna debía velar por

suministrar una información veraz y completa al procesado con miras a evitar vicios en el consentimiento y que ese acto de aceptación voluntaria de cargos estuviera previsto de todas las garantías y se predicara libre, consciente, voluntario e informado. Sin embargo, como no se efectuó la labor debida por dicha funcionaria, lo procedente será anular tal acto y retrotraer el trámite para que se haga debidamente.

En consideración de lo antes expuesto y frente a una flagrante violación del debido procesado y demás garantías fundamentales del acusado, esta Colegiatura decretará la **NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 27 de febrero de 2020 ante la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, inclusive, lo que traduce que se dejará sin efecto alguno la sentencia proferida por ese mismo juzgado en esa misma fecha, para que en su lugar la Fiscalía aclare de una manera adecuada si esos dineros estatales o parte de ellos fueron a parar al patrimonio del acusado y en caso de que ello sea afirmativo se le pongan de presente a este las alternativas que se pueden dar en el caso de que decida allanarse a cargos sin la devolución de lo ilícitamente apropiado, tal como se explicó con antelación.

Se llega a esta extrema solución, pues del estudio de los principios que rigen esta figura legal, se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso; es trascendente porque afecta las garantías legales y constitucionales del procesado a obtener una información veraz

y completa sobre las consecuencias de su aceptación unilateral de cargos y los distintos escenarios que se podrían derivar de su acto volitivo; y, por último, no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se rehaga el trámite para salvaguardar de manera efectiva las prerrogativas superiores y procesales del encartado.

Por último, existe una situación anómala que preocupa profundamente a la Sala y lo es el trámite impartido a la remisión del proceso a segunda instancia por parte del juzgado de origen.

Resulta abiertamente inadmisibile que una decisión que fue proferida desde el 27 de febrero de 2020 y que fue apelada desde el 11 de marzo de esa misma anualidad, solo sea remitida a la Oficina de Reparto para lo de su resorte el 12 de agosto de 2022, esto es, casi 2 años y 5 meses después, situación que debe ser investigada.

En razón de lo anterior, esta Corporación dispondrá la compulsas de copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para que, en el ámbito de su competencia, indague sobre las moras presentadas en este trámite procesal y de las que puedan ser responsables todos los sujetos que han fungido como jueces y empleados del Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, desde el mes de marzo del año 2020 hasta agosto de 2022.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

## **6. RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra del señor **Carlos Mario Marín** a quien se le endilgó la comisión un concurso homogéneo y sucesivo de omisión de agente retenedor y recaudador, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 27 de febrero de 2020 ante la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

**SEGUNDO: COMPULSAR COPIAS** de esta actuación con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para que proceda a adelantar las indagaciones sobre la evidente mora en el trámite de remisión a segunda instancia de este expediente y la posible responsabilidad de los sujetos que han fungido como empleados y jueces del Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, acorde con lo señalado en la parte motiva

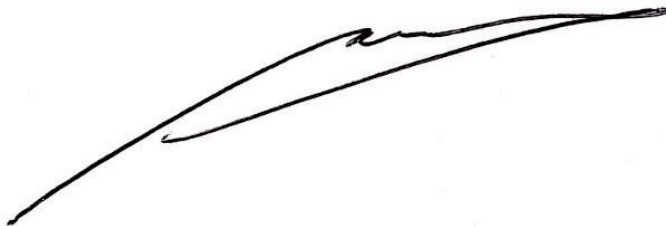
**TERCERO:** La presente decisión es susceptible del recurso de reposición en los términos de Ley. Una vez en firme este

proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a complex, cursive shape.

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
**Magistrado**

A handwritten signature in black ink, featuring a long, sweeping horizontal stroke with a small loop at the end.

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
**Magistrado**

A handwritten signature in black ink, including a large, prominent circular flourish on the right side.

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**  
**Magistrado**