

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 050016000248201802024
Procesada: Jesús Aristides Meneses Mira
Delito: Omisión de agente retenedor y recaudador
Asunto: Apelación de Sentencia
Interlocutorio: No. 40 -Aprobado por acta No. 141 de la fecha.
Decisión: Declara nulidad de lo actuado

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 6 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se condenó al señor **Jesús Aristides Meneses Mira**, en calidad de autor del delito de omisión de agente retenedor y recaudador, imponiéndole una pena de treinta y cuatro (34) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de ciento cincuenta y un millones ochocientos veinte mil cuatrocientos

pesos (\$151.820.400), y concediendo la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

La génesis de la presente investigación, lo fue la denuncia promovida por La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), mediante la cual puso en conocimiento del ente acusador que la sociedad Grupo Gypsum SAS, con NIT 900.065.479, cuyo representante legal es **Jesús Aristides Meneses Mira**, presentó once (11) declaraciones de impuesto sobre las ventas – IVA, pero no efectuó el pago de las respectivas obligaciones tributarias por estos conceptos, dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional.

Los conceptos tributarios no cancelados al momento de la realización de la audiencia de formulación de imputación son los siguientes:.

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	VALOR
VENTAS	2013	01	\$9.684.000
VENTAS	2013	02	\$8.026.000
VENTAS	2013	03	\$24.300.000
VENTAS	2014	02	\$596.000
VENTAS	2014	03	\$16.468.000
VENTAS	2014	04	\$16.113.000
VENTAS	2014	05	\$17.327.000
VENTAS	2014	06	\$17.979.000
VENTAS	2015	02	\$5.450.000
VENTAS	2015	03	\$6.033.000
VENTAS	2015	04	\$4.541.000
TOTAL		\$ 126.517.000	

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 2 de febrero de 2022 ante el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía le formuló imputación al señor **Jesús Aristides Meneses Mira** por el concurso de 11 eventos del punible de omisión de agente retenedor y recaudador (artículos 402 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por este ciudadano.

El 19 de abril de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, despacho judicial que celebró la audiencia para la verbalización del mismo el 28 de octubre de 2022, fecha en la cual, el ciudadano exteriorizó su voluntad de aceptar los cargos. Ante esta manifestación, el juez le indicó que existía un precedente jurisprudencial el cual indicaba que para acceder a la rebaja por allanamiento era necesario hacer devolución del incremento patrimonial, pero que la postura de su despacho era contraria a ese precedente y que le entraría a reconocer el descuento punitivo a que hubiere lugar, señalándole que en el evento de surtirse la segunda instancia, esta Corporación podría revocar esa rebaja, a lo que el procesado insistió en su deseo de aceptar de forma unilateral su responsabilidad.

El 19 de enero de 2023 se celebró la audiencia de individualización de la pena; la sentencia condenatoria de primer nivel fue proferida el 6 de febrero de esta anualidad en la que se le impuso al ciudadano una pena de 34 meses y 24 días de prisión, en razón de la rebaja del 40% concedida por el allanamiento a cargos y concediéndole la prisión domiciliaria

por ser sujeto de la tercera edad. Frente a la misma, el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para efectos del recurso, el Juez de primer nivel señaló que no compartía la postura imperante en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dispuso que para acceder a rebajas por allanamientos en delitos que generaron incremento patrimonial en cabeza del acusado se debía efectuar la respectiva devolución de este.

Para el funcionario judicial de primera instancia, este precedente del órgano de cierre era errado por cuanto equiparaba de manera indebida la figura de aceptación unilateral de cargos con la consensuada, cuando en realidad eran dos instituciones totalmente distintas, sin que fuera dable aplicar a la aceptación unilateral un requisito previsto solo para los preacuerdos, máxime cuando existen pronunciamientos de la Corte Constitucional que diferencias ambas formas de terminación anticipada.

Así, luego de efectuar sendas diferenciaciones entre una y otra figura, decidió otorgarle una rebaja punitiva del 40% de la sanción a imponer al señor **Jesús Aristides Meneses Mira** por su aceptación unilateral de cargos, dejando una pena final de prisión de 34 meses y 24 días.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderada judicial de la DIAN inconforme con la decisión del juez *a quo*, interpuso recurso de apelación únicamente en relación con el descuento punitivo concedido al señor **Jesús Aristides Meneses Mira** sin exigirse el respectivo reintegro patrimonial.

Luego de hacer un amplio recuento de la actuación, el recurrente afirmó que el Juez solo enfocó su análisis en los elementos estructurales del delito imputado y en el conocimiento requerido para proferir condena, sin mencionar que para acceder a la rebaja era necesario efectuar la devolución de lo ilícitamente apropiado, tal como era lo pertinente en el caso concreto, donde **Meneses Mira** investido transitoriamente de función pública omitió consignar unos dineros oficiales que no han sido devueltos, siendo inviable el otorgamiento de rebaja alguna por allanamiento a cargos.

Indicó que el Juez no dio argumentos de peso para desconocer el precedente imperante y que con el reconocimiento de la disminución punitiva atacada se estaban resquebrajando los derechos de su asistida, quien era víctima al interior de este proceso.

En consecuencia, solicitó se revoque la decisión de primera instancia, para que en su lugar se exija al procesado el reintegro patrimonial antes aludido y que se modificara el fallo recurrido, en el sentido de no conceder el descuento punitivo otorgado por la sede inicial.

6. LOS NO RECURRENTES

El defensor de **Jesús Aristides Meneses Mira**, describió el traslado como no recurrente, indicando que el funcionario de primera instancia sí hizo un adecuado ejercicio argumentativo para apartarse de la tesis jurisprudencial imperante en materia de reintegro para acceder a rebajas en allanamientos, recabando en que esta es una figura distinta a los preacuerdos y que ello indica la imposibilidad de requerir devolución del incremento.

En consecuencia, impetró se confirmara el fallo confutado.

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 Veintiuno 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.

Dados los planteamientos hechos en la sentencia de primera instancia y el reparo a esta por parte del representante de víctimas el problema jurídico a resolver es del siguiente tenor:

- ¿El reintegro de lo ilícitamente obtenido, previsto en el artículo 349 procesal, como requisito para la aprobación de preacuerdos, se debe hacer extensivo para el caso de los allanamientos, tal como lo tiene establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia?

Planteadas así las cosas, lo procedente será entrar a analizar el problema jurídico propuesto, para, luego de ello, descender al análisis del caso en concreto.

7.2.1. ¿El reintegro de lo ilícitamente obtenido, previsto en el artículo 349 procesal, como requisito para la aprobación de preacuerdos, se debe hacer extensivo para el caso de los allanamientos, tal como lo tiene establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia?

Es cierto que existen diferencias sustanciales entre la justicia premial y la contenciosa, como quiera que tienen ritualidades y consecuencias punitivas diferentes, pues la primera está sometida a un procedimiento muy abreviado, debido a la renuncia por parte del procesado al juicio oral y las penas que emergen de su aplicación son sustancialmente más benévolas que en la justicia contenciosa, precisamente debido a la

colaboración que prestan los acusados a la Administración de Justicia, a través de los allanamientos a cargos o preacuerdos, para finiquitar prontamente el proceso.

No obstante, ello no implica que los dos procesos, el consensual y el contencioso, sean en un todo diferentes y que se rijan por principios y valores diversos y hasta contrarios, porque los dos al ser partes de un solo modelo de justicia, la ordinaria, comparten en mucho la principalística y la axiología que lo irradian.

En los dos sistemas, por ejemplo, el respeto irrestricto a garantías y derechos fundamentales para las partes e intervinientes es un derrotero insoslayable: la dignidad humana y los demás derechos fundamentales (art. 1, 10, 14 C.P.P.), la libertad del procesado como regla general (art. 2 idem), la igualdad (art. 4 idem), la imparcialidad (art. 5), el principio de legalidad (art. 6), la favorabilidad (art. 6) la presunción de inocencia (art. 7), el derecho de defensa material y técnica (art. 8), la publicidad (art. 18), el juez natural (art. 19), la cosa juzgada (art. 21), el restablecimiento del derecho y/o la reparación de víctimas (art. 22) la cláusula de exclusión probatoria (art. 23), la prevalencia de las normas rectoras (art. 25) y los moduladores de la actividad procesal (art. 27), entre otros.

Vistas así las cosas, es claro concluir que son más la similitudes entre los dos procesos que sus diferencias, si se tiene en cuenta, además, que tanto el proceso contencioso como el consensuado son herramientas de control social, que tienen entre sus fines declarados proteger los bienes jurídicos más

caros a la sociedad por medio de la sanción, generalmente cárcel, a los transgresores de la ley o la solución del conflicto mediante la utilización de herramientas de justicia restaurativa¹

¿En qué radica, entonces, la diferencia entre estos dos modelos? Simple: a pesar de que tanto en el sistema de justicia negociada como en el de justicia contenciosa se deben respetar en mayor o menor medida los principios antes enunciados, el contraste sustancial está en la posición que asume el procesado: en la justicia contenciosa se parte de una asunción de inocencia de parte del acusado, la cual lo acompañará durante todo el juicio, lo que implica que la parte acusadora tiene la carga de derruir probatoriamente tal estado más allá de cualquier duda razonable, por lo que todas las garantías procesales antes enunciadas, y otras más, se deben efectivizar al máximo.

En cambio, en el modelo abreviado o consensual, se parte de la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, aceptación que puede ser unilateral e incondicionada (allanamiento a cargos) o bilateral (preacuerdos o negociaciones). Ese hecho permite flexibilizar algunas garantías procesales para lograr el fin propuesto, que no sería otro que el de agilizar la respuesta punitiva del Estado frente a la transgresión de la ley.

Ciertamente en este segundo sistema algunas garantías y principios se relativizan para permitir las negociaciones, por lo que es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja de pena² o que mediante acuerdo entre la

¹ Ley 906 de 2004, arts. 518 y siguientes

² Arts. 351, 356, y 367 de la Ley 906 de 2004

parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena³.

Como resulta evidente, en estos casos existe *prima facie* la flexibilización, más no la anulación, de por lo menos dos principios: de un lado, el de presunción de inocencia, porque para condenar no se requiere plena prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado, sino solo de una mínima y sumaria sobre estas cuestiones, y, de otro, el de legalidad, como quiera que se puede pactar beneficios asociados a una tipificación más benigna, que ciertamente puede contrariar parcialmente la realidad de los hechos, o una pena menos severa en términos de cantidad o calidad (ejecutabilidad), siempre y cuando lo uno o lo otro no desborde unos mínimos legales⁴.

Sin que la Sala se adentre en la discusión sobre la naturaleza jurídica de los principios, la cual es bien álgida tanto en la doctrina⁵ como en la jurisprudencia, partiremos de la premisa de que los artículos 8-L y 348 procesales son principios rectores de la justicia premial, aunque no los únicos como se acaba de ver; si se tiene en cuenta su amplio espectro de aplicación, su

³ Art. 350 *idem*

⁴ Cfr. CSJ. Rads 42184 del 15 de octubre de 2014, 40871 de 2014, 31531 del 8 de agosto de 2009, 31280 del 8 de agosto de 2009 y Corte Constitucional, Rads. C-059 de 2010, C-1260 de 2005

⁵ Para una aproximación al debate: Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa* (5); Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, (10); Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel y Hart, H. (1990). *El concepto de derecho*. G. Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

carácter programático o de directriz, o bien por considerárseles mandatos de optimización. Se evita el debate señalado porque como se verá más adelante, el mismo no es necesario para resolver el problema jurídico aquí planteado.

El literal L del artículo 8 procesal prescribe que para que la aceptación de responsabilidad -unilateral o bilateral- sea válida, la misma debe ser libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con plena asistencia y asesoría del procesado por parte de un abogado.

Por su parte, el artículo 348 como norma programática que es, relaciona cinco fines específicos que se deben tener en cuenta al momento de adelantar un proceso de justicia consensual. Estos son:

- 1.) Toda negociación debe tener como finalidad la humanización del proceso, bajo el entendido que tanto los procesados como las víctimas, son personas inmersas en medio de una gran tragedia. Los unos por estar ante la posible privación de su libertad y la estigmatización social, entre otras muchas cosas, y las otras porque injustamente se han visto afectadas, de manera directa o indirecta en sus derechos.
- 2.) El gran objetivo de la justicia premial debe ser la obtención de pronta y cumplida justicia, en consideración al triste, pero real apotegma de que justicia tardía ya no es justicia.

3.) La justicia premial, en un modelo democrático como el nuestro, debe dentro de lo posible buscar la participación de todos los involucrados en el conflicto penal; esto es, los procesados y las víctimas, en la solución del conflicto, para que la respuesta estatal obtenida sea lo más legítima y adecuada posible.⁶

4.) Como quiera que el delito, en la mayoría de las veces, se traduce en la violación o vulneración del derecho de personas, la reparación de las víctimas tiene que ser uno de los objetivos principales a tener en cuenta si se quiere solucionar de verdad el conflicto.⁷

5.) La finalidad si es agilizar el proceso; pero con el sumo cuidado de no desprestigiar a la Administración de Justicia y evitar su cuestionamiento, para lo cual los fiscales deberán seguir con estrictez las Directivas del Fiscal General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal.

En conclusión, las notas características de un modelo de justicia premial son: primero: la brevedad del proceso por la renuncia al juicio por parte del acusado; segundo, que dicha renuncia es libre, consciente, informada y debidamente asesorada; tercero, se flexibiliza esencialmente los principios de presunción de inocencia y de legalidad y cuarto, se deben tener en cuenta las finalidades establecidas en el artículo 348, como son la humanización del proceso, intervención de los involucrados en la solución del conflicto, reparación de las

⁶ Cfr. Sentencia C-516 de 2007

⁷ Cfr. Sentencias C-228 de 2002 y C-209 de 2007

víctimas y el celo por el aprestigiamiento de la Administración de justicia.

Esos son los rasgos esenciales y distintivos del modelo de justicia consensual que diseñó el legislador; pero ello de ninguna manera puede indicar que sean los únicos estándares por lo que se rige este modelo de justicia; porque, tal como ya se señaló, este también se nutre de muchos principios del proceso contencioso con tal de que no sean incompatibles con su estructura, naturaleza y teleología. Ahí en esencia está descrito el debido proceso para este procedimiento abreviado.

Si esto es así, resulta evidente, entonces, que el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no contraviene de ninguna manera la filosofía ni la principialística de la justicia premial ni menos va en contravía de los principios rectores contenidos en los artículos 8-L y 348 del mismo estatuto, como se analizará a continuación:

El citado artículo 349, tal como se dejó lo suficientemente aclarado en la sentencia C-059 de 2010 que lo declaró exequible, no es una norma que haya sido creada directamente para lograr la reparación de las víctimas, sino que fue producto de una estrategia de política criminal dirigida a evitar que a través de la justicia consensual quienes se hayan lucrado económicamente de un delito, se beneficien con importantes rebajas de pena sin haber devuelto lo ilícitamente obtenido.

Esto antes que violentar este sistema de justicia penal o ir en contra de sus postulados básicos lo que hace es materializar un principio general del derecho consistente en que el delito nunca

puede ser fuente de derechos y obligaciones que en nuestra Carta Política viene inserto en los artículos 2 y 58. Claro, si se permite que una persona que obtuvo un incremento patrimonial a raíz de la comisión de un ilícito obtenga sustanciales rebajas de pena sin devolver el patrimonio ilícito conseguido, lo que estaría haciendo es patrocinar al delito como fuente de enriquecimiento lo cual es un despropósito desde cualquier punto de vista.

Es cierto que rasgos importantes de la justicia premial se encuentran en los citados artículos 8-L y 348; pero de ninguna manera se puede decir que estas dos normas sean los únicos principios que irradian este modelo, tal como ya se advirtió, porque son muchas las normas, tanto de orden legal como constitucional, que lo nutren. Por tanto, el artículo 349 no puede ser interpretado de manera aislada ni solo en referencia a las dos normas principales antes referidas, sino que tiene que verse como otro más de los instrumentos de política criminal insertos en la justicia negociada, justicia que por sumaria y breve que aparezca no puede dejar de lado la mayoría de principios que rigen a toda la justicia ordinaria como son, por ejemplo, la prevención general y especial de la pena, la protección de bienes jurídicos, la salvaguarda de las garantías de todos los intervinientes en el proceso, el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena, la reparación del daño a la víctima, la verdad, la justicia material y el citado principio de que el delito nunca puede ser fuente de enriquecimiento para quien lo comete.

Pero si en gracia de discusión se partiera del hecho de que los artículos 8-L y 348 son por excelencia los referentes axiológicos

y principales de la justicia negociada, tampoco esto afectaría la validez del artículo 349, de un lado, porque no entra en contradicción, ni siquiera aparente, con los contenidos de aquellas normas⁸ y por el contrario afianza varias finalidades del artículo 348: promueve una justicia más justa al evitar enriquecimientos ilícitos, lo cual implica a su vez la evitación del desprestigio de la Administración de Justicia y garantiza eventualmente, así sea de manera indirecta, la reparación del daño a las víctimas.

Por último, es muy importante resaltar el hecho de que para la Corte Constitucional el legislador está plenamente facultado para restringir o incluso prohibir la celebración de preacuerdos en determinadas circunstancias⁹, máxime cuando haya razones de orden principal y constitucional, como pasa claramente con el artículo 349, que no es otra que una talanquera para el enriquecimiento ilícito del infractor de la ley penal que ha usado el delito como vía para obtener incrementos patrimoniales.

Es cierto que esto es una traba para la justicia negocial, eso es indudable; pero es una traba legítima que cumple fines legales y constitucionales, tal como se acaba de ver. La justicia consensuada es muy importante para la solución pronta de los conflictos penales y la descongestión de los Despachos judiciales, además de otra serie de beneficios; pero eso no significa que por cumplir tales cometidos se deje de lado o, peor aún, se contravenga la esencia o la razón de ser de la justicia en

⁸ La primera de las normas simplemente tiene que ver con las condiciones en que resulta válida una aceptación anticipada de responsabilidad del procesado y la segunda con algunas finalidades de la justicia negociada como son la humanización del proceso, una pronta y cumplida justicia, la participación de los involucrados en la solución del conflicto y el apostrogiamiento de la Administración de Justicia

⁹ C-059 de 2010, pag. 38

un Estado Social y Constitucional de Derecho. No se puede olvidar que la justicia consensual es una parte de todo el engranaje del sistema justicia y por tanto no puede resultar disfuncional a él.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibile dejar de aplicar el artículo 349 procesal, con base en el artículo 26, por cuanto este no contraviene sino, por el contrario, promociona los contenidos del artículo 348.

La pregunta que viene a continuación es la siguiente: ¿el condicionamiento del multicitado artículo 349 solo es para los preacuerdos, como se podría deducir de la interpretación literal de su texto, o incluye también los allanamientos?

Tal norma establece que en aquellos eventos en los que con la comisión de la conducta punible se obtenga un incremento patrimonial, será necesario que el procesado reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido. La norma en cita reza:

“Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.”

Respecto de la aplicación de esta regla no solo a los acuerdos sino también a los allanamientos, la Corte Suprema de Justicia ha tenido una cambiante posición, pues en un principio al

considerar que las dos figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían rasgos comunes estableció que la limitante del art. 349 se aplicaba por igual a los dos mecanismos¹⁰, pero 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 acuerdos¹¹.

No obstante, con posterioridad tal criterio se varió nuevamente y fue en la sentencia con radicado número 39.831 de 2017¹² donde la Corte volvió a su postura anterior al considerar que no podía darse diferencia entre allanamiento a cargos y preacuerdos para efectos de la exigencia del reintegro del 50% del incremento patrimonial percibido con el delito y la garantía del recaudo del remanente, como presupuesto de aceptación del mismo, pues la razón de ser de ese reintegro era otro.

El análisis de la esa Corporación se dio de la siguiente manera:

“4.- No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el 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 a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por

¹⁰ Radicados 21954 y 21.347

¹¹ Radicados 25.306, 31.063, 34829, 36502, 40.174

¹² Sentencia SP14496-2017

encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «*acuerdo*» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306, y ratifica la sentada primigeniamente (cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) con todas las consecuencias que de ella se derivan (CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300).

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

“...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.»

Es postura ya no es aislada, pues ha sido reiterada en otras decisiones posteriores¹³ en donde fortalece la misma y deja claro que cuando el delito hubiera servido para incrementar el patrimonio del procesado, sea cual fuere su cantidad, tendrá que aplicarse el artículo 349 si se quiere dar terminación anticipada al proceso y que esa terminación represente algún beneficio para el procesado.

Advierte esta Sala que esta última interpretación que viene teniendo la Corte es la que más se aviene a todo nuestro sistema de justicia, pues no patrocina enriquecimientos ilícitos y por el contrario promueve los valores justicia, equidad y los principios de proporcionalidad y reparación, por lo que esta Sala acoge la última postura de la Corte, en consecuencia, el artículo 349 será aplicable tanto a los preacuerdos como a los allanamientos a cargos.

¹³ AP4884-2019, AP1704-2020 y AP1906-2020

7.2.2. Análisis del caso concreto

En las presentes diligencias al señor **Jesús Aristides Meneses Mira** se le formuló imputación y acusó por un concurso del delito de omisión de agente retenedor y recaudador, como quiera que en la actividad que desarrollaba como representante legal de una empresa, en el año 2013 a 2015, presentó 11 declaraciones por concepto de IVA en ese interregno, por valor de \$126.517.000, pero dichos rubros no fueron cancelados a la DIAN 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 su responsabilidad penal, por lo que el juez procedió a verificar esa voluntariedad y para ello le expuso los cargos por los que se le acusaba y le explicó las consecuencias de su decisión, entre esos, le manifestó la obligatoriedad de reintegro patrimonial prevista en el canon 349 del C.P.P. y su extensión a los eventos de allanamiento a cargos.

Acto seguido, el funcionario de primer nivel le manifestó que él no compartía esa postura jurisprudencial y que le otorgaría una rebaja determinada por su aceptación unilateral de responsabilidad, pero que, no obstante ello, en caso de existir una apelación, era posible que esta Colegiatura revocara la rebaja concedida.¹⁴

¹⁴ Archivo de audio de la audiencia del 28 de octubre de 2022.

Ante la clara y extensa explicación del *a quo*, el procesado continuó férreo en su decisión de allanarse a los cargos formulados por el ente persecutor, sin perjuicio de lo que ocurriera en el evento de surtirse una segunda instancia.

Luego, emitió sentencia condenatoria concediéndole al procesado una rebaja del 40% parte 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 este asunto, lo primero que debe precisarse es que tal y como se vio en la parte general de este proveído, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que prohija la obligatoriedad de aplicar el contenido del artículo 349 del C.P.P. tanto en los allanamientos como en los preacuerdos, es perfectamente legal, coherente, consulta los principios de la justicia premial y por ende de obligatorio acatamiento para los funcionarios judiciales¹⁵. Empero, también lo es que los jueces pueden dejar de aplicar dicho precedente, siempre y cuando tengan razones de mayor valía que las que plantea el Superior en su criterio, lo que implica una carga argumentativa suma, donde tendrá que explicitarse con fundamentos de hecho y de derecho, incluso de rango constitucional, por qué no se debe aplicar el precedente jurisprudencial.

En este caso el juez para apartarse de la regulación que hace la Corte Suprema de Justicia en relación con el incremento patrimonial en materia de preacuerdos, manifestó poder

¹⁵ sentencia C-836 de 2001

desconocerla ante la imposibilidad de igualar los requisitos de la justicia premial consensuada con la que se produce de forma unilateral, por ser dos figuras abiertamente disimiles, situación que tenía asidero en pronunciamientos de constitucionalidad en los que se diferenciaba claramente una institución de la otra.

Por todo lo explicado en el acápite precedente, este criterio de la primera instancia no es compartido por el Tribunal, que por el contrario acoge en un todo el actual precedente de la Corte, por lo que en casos como el presente, en el evento de que haya enriquecimiento patrimonial del procesado en razón del delito cometido, es dable exigir en los allanamientos a cargos la restitución económica prevista en el art. 349 procesal.

En razón de esto, hizo bien el juez *a quo* en explicarle con lujo de detalles la situación al procesado para que le quede lo suficientemente claro que él le concedería la rebaja por allanamiento a cargos; pero que la misma podría ser revocada eventualmente en segunda instancia en caso de que algunas de las partes e intervinientes apelen la sentencia.

¿está demostrado que el procesado tuvo un enriquecimiento a raíz de los delitos cometidos? La Fiscalía determinó eso? El juez indagó adecuadamente sobre, teniendo en cuenta que en razón de la jurisprudencia vigente, ello es un presupuesto para determinar la legalidad del allanamiento

No obstante, existen otros aspectos que fueron obviados tanto por el delegado Fiscal como por el juez de primera instancia que tienen una inusitada incidencia en el respeto y conservación del derecho fundamental al debido proceso y otras garantías fundamentales del encartado, tal como pasará a verse.

En efecto, si se hace un estudio detenido de la actuación surtida en esta causa penal, se tiene que la Fiscalía no estableció en manera alguna -como debió hacerlo- que el encartado haya tenido un enriquecimiento injustificado a raíz de los delitos cometidos.

Nótese como el ente acusador se limitó en el escrito de acusación a referirse a unas retenciones efectuadas por el encartado 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. Es cierto que el encartado aparece como el representante legal de la empresa Grupo Gypsum SAS, pero eso no implica necesariamente que los dineros de las obligaciones tributarias dejadas de cancelar al Estado hayan ido a parar a sus bolsillos.

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 al momento de presentar la acusación, lo cual tiende a generar una mella en las garantías fundamentales y procesales del acusado, pues de ello depende que se exija o no el condicionante del artículo 349 procesal.

Pero ello no terminó ahí, pues el funcionario judicial se dedicó a realizar explicaciones sobre la no necesidad de reintegro de esas sumas en los casos de allanamiento a cargos, sin realizar las respectivas indagaciones sobre el destino final de los dineros dejados de pagar al Estado, siendo se deber indeclinable

requerir en ese sentido a la Fiscalía para que informe qué ocurrió con esas sumas y de ahí verificar si era exigible o no su devolución, previo a referirse a sus planteamientos respecto del precedente vigente de la Sala de Casación Penal.

Resulta evidente que las omisiones tanto de la parte acusadora como del juez se traducen en una ostensible violación al debido proceso, pues solo una vez que hubiese estado determinado con certeza que el procesado acrecentó ilícitamente su patrimonio en razón de los delitos cometidos, era viable determinar si en este caso en concreto se debía exigir o no la aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Como ello no se hizo así, había una imposibilidad jurídica y fáctica de la primera instancia para abordar adecuadamente la solución del caso, falencia que por evidentes razones se traslada a esta segunda instancia.

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 28 de octubre de 2022 ante el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, inclusive, lo que traduce que se dejará sin efecto alguno la sentencia proferida por ese mismo juzgado el 6 de febrero de 2023, para que en su lugar en el momento procesal oportuno el juez de instancia requiera a la Fiscalía para que aclare de una manera adecuada y certera 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 sin la aclaración de este punto en particular resulta imposible determinar si hay lugar o no a la aplicación del artículo 349 procesal lo cual incide de manera importante en la asignación de la pena; 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.

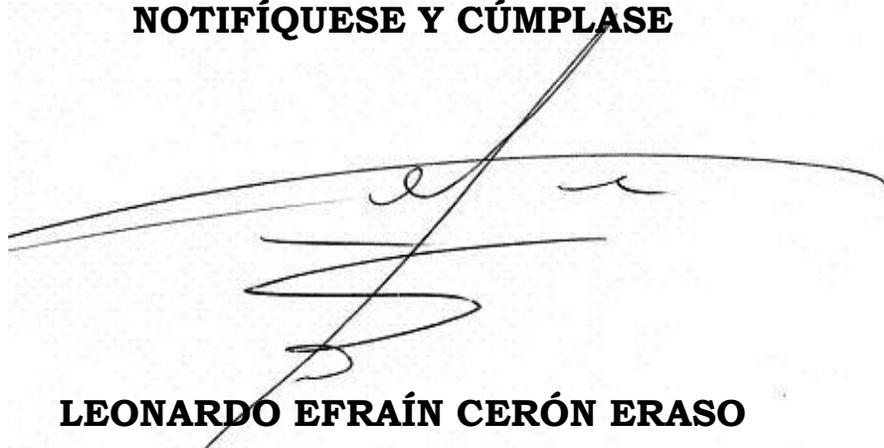
En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

6. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra del señor **Jesús Aristides Meneses Mira** a quien se le endilgó la comisión del punible de omisión de agente retenedor y recaudador, a partir de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 28 de octubre de 2022 ante la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído..

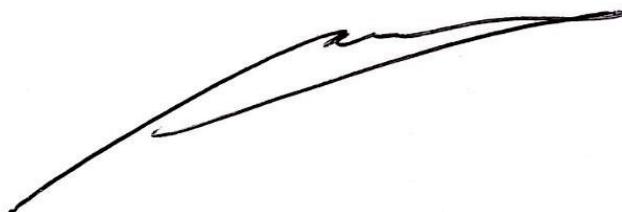
SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de reposición en los términos de Ley. Una vez en firme este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



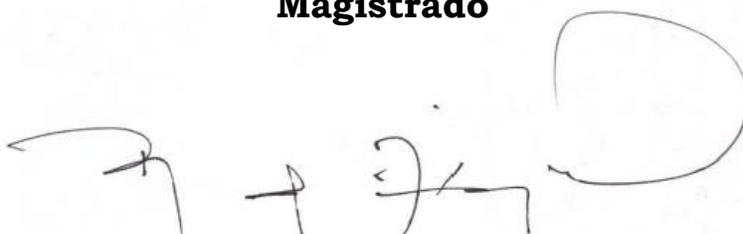
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado