



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00248-2019-06646
Procesado: Luis Cornelio Cano Salazar
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 101

Medellín, veinticinco (25) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Se resuelve, por mayoría, el recurso de apelación interpuesto por el representante de la DIAN contra la sentencia condenatoria anticipada proferida el 27 de mayo último por el Juez Segundo Penal del Circuito de Envigado, respecto del señor Luis Cornelio Cano Salazar por las conductas de omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código Penal.

2. ANTECEDENTES

El 10 de agosto de 2022, la fiscal 80 seccional presentó escrito de acusación en contra del señor Luis Cornelio Cano Salazar como autor de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo y sucesivo, previsto en el artículo 402 del Código Penal, conforme a los siguientes hechos:

“El ciudadano LUIS CORNELIO CANO SALAZAR, con CC.70.352.551 **actuando en representación de la sociedad PROYEING SAS.** Con Nit.900458621, presentó sin pago declaraciones tributarias por concepto de VENTAS año 2014 periodo 01; 2015 periodo 1, 2 y 3; 2016 periodo 2 y 3; y 2017 periodo 1 y 2, obligaciones tributarias que ascienden a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS (\$235.160.129.00)”. (Negrillas de la Sala)

Instalada la audiencia preparatoria el 7 de mayo de 2024, y avanzada la misma hasta el cuestionamiento al procesado de aceptación o no de los cargos, el señor Luis Cornelio se allanó, pero previo a ello, en atención al incremento patrimonial informado en los hechos, el Juez advirtió al acusado que la rebaja que le concedería de hasta la tercera parte, por ser de un criterio distinto a la posición jurisprudencial mayoritaria de la Sala Penal de la Corte, podía ser revocada en segunda instancia:

“... la tesis mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia el día de hoy considera que usted no tendría derecho a rebaja de pena si no existiere ese reintegro, por parte del Tribunal Superior de Medellín, algunas Salas, algunos Magistrados, se apartan de la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, este Juez se aparta de la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que considera que el allanamiento a cargos no es equiparable al acuerdo y usted eventualmente tendría derecho a una rebaja hasta de una tercera parte de la pena a imponer, si usted decide aceptar los cargos, este Despacho le otorgaría la rebaja de pena de hasta una tercera parte de la pena a imponer, pero muy seguramente el apoderado de la DIAN impugnaría esa determinación, eventualmente lo haría el señor Fiscal, y debo de ponerle de presente que las Salas Mayoritarias del Tribunal Superior de Medellín consideran que no hay lugar a rebaja de pena... teniendo claro, entonces, que una eventual rebaja de pena podría ser revocada, es decir que por parte del Tribunal Superior de Medellín y la Corte Suprema de Justicia se consideraría que usted no tiene derecho a rebaja de pena,

y que adicionalmente a usted le asiste el derecho a que se le presuma inocente y a un juicio público, oral y contradictorio, debo preguntarle ¿si es su deseo aceptar los cargos o si, por el contrario, usted desea continuar con el desarrollo del proceso?...”

Luego de la verificación del allanamiento, el 27 de mayo de este año se profirió sentencia en la que se condenó al acusado a la pena principal de cuarenta y un (41) meses y quince (15) días de prisión y multa de \$313.562.516, por hallarlo penalmente responsable de los delitos atribuidos. En igual término, como pena accesoria, fue impuesta la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y por prohibición legal se le negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento.

En cuanto a la dosimetría el Juez se ubicó en el primer cuarto de movilidad punitiva de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador (de 48 a 63 meses), puesto que no le fueron endilgadas circunstancias de mayor punibilidad (art. 58 del C.P) y carece de antecedentes penales (art. 55 #1 ídem), e impuso el mínimo de 48 meses, en razón a que la gravedad y modalidad de la conducta punible no supera la intrínsecamente contenida en el tipo penal. Como multa se le impuso el doble de lo no consignado, para un total de \$ 470.320.258 pesos, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 402 del CP, suma que no supera el valor de 1.020.000 UVT y que corresponde al duplo de la sumatoria de las omisiones objeto de aceptación de cargos.

A la anterior pena se le aumentaron 2 meses por cada uno de los 7 eventos de omisión adicionales “2015 periodos

1,2 y 3; 2016 periodos 2 y 3 y 2017 periodos 1 y 2”, estableciéndose una pena privativa de la libertad de sesenta y dos (62) meses de prisión.

En relación con la rebaja por el allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria, que es el objeto de impugnación, se concedió la reducción de la tercera parte de la pena impuesta, fijándose una pena final de cuarenta y un (41) meses y quince (15) días de prisión y multa de \$313.562.516.

Respecto con esta última disposición, en un aparte de la sentencia se explicó que no existe prohibición legal para la concesión de rebajas de pena para este tipo de delitos, y respecto de la discusión en punto al requisito consagrado en el artículo 349 del CPP, acerca del reintegro patrimonial como condición de procedibilidad del descuento punitivo por allanamiento, en los delitos en los cuales se hubiese obtenido incremento patrimonial, a partir de la decisión SP14496-2017 (39831) se reabrió la discusión en lo que atañe a la naturaleza similar o disímil de los allanamientos y acuerdos, postura no pacífica, de la que concluía la no equiparación de ambas figuras y en consecuencia la no exigencia de reintegro patrimonial en este evento, “en razón al principio de interpretación menos traumática para con el acusado”.

En ese sentido hizo un recuento jurisprudencial, los salvamentos de voto y diferencias marcadas por la Corte Constitucional y que, inclusive, subsiste en esta Corporación. Sostuvo también que el allanamiento es un acto incondicionado, en el que el procesado no puede exigir un

descuento específico, ciñéndose a la discrecionalidad reglada del Juez, quien podrá optar por conceder una u otra rebaja ; el acuerdo es condicionado, puesto que de ser aprobado no se puede aplicar una pena distinta a la ofrecida por la Fiscalía; en la dosificación de la pena, el allanamiento se rige por el principio de estricta legalidad, en el cual corresponde verificar los presupuestos de las normas de dosimetría en congruencia con la imputación y acusación, individualizando la pena, mientras que en el acuerdo “al ser una ficción legal, permite a las partes flexibilizar el principio de legalidad, permitiendo a las partes fijar las penas concretas”, y si bien ambas figuras tienen en común la terminación anticipada, que en ambos se requiere una manifestación libre y voluntaria del procesado, la asesoría del defensor y el interrogatorio por parte del juez, estas semejanzas no permiten equipararlas.

Le parece, entonces, que, ante las opiniones disímiles, en donde la jurisprudencia no tiene una postura pacífica, el Juez tiene que optar por la posición que menos afecte al procesado, parte más débil de la ecuación procesal. No se afectan los derechos de las víctimas, puesto que existirán criterios de modulación procesal que permitirán elegir una mayor o menor rebaja de pena, como se advirtió en la decisión del 8 de abril de 2008, radicado 25.306, y la del 27 de septiembre de 2017, radicado 39.831 (SP14496-2017), por lo que “en lógica procesal”, a mayor contribución al alcance de los fines del artículo 348 del CPP, mayor rebaja punitiva deberá adoptarse, teniendo en consideración las circunstancias puntuales de la ilicitud. La ausencia de reintegro patrimonial afectará sustancialmente la rebaja compensatoria por la aceptación de

cargos, mas no condicionará su aplicación, pues hacerlo implicaría suplantar al legislador en desmedro del procesado.

Indicó que la rebaja del 33.33% de la pena a imponer, obedecía a la etapa procesal donde se surtió la aceptación de cargos y a que, si bien el acusado no ha reintegrado el valor de lo apropiado, ha evitado un desgaste superior a la administración de justicia.

2. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El representante de la DIAN censuró la decisión de concesión de rebaja por el allanamiento a los cargos, solicitando se modifique la misma, aplicando la tesis jurisprudencial vigente de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual debía exigirse el reintegro del dinero apropiado obtenido con el delito, con efectos en la pena.

Argumentó que con la conducta omisiva desplegada por el señor Luis Cornelio se afectó a la Administración Pública y los fines estatales. La tesis referida a que los procesados deben realizar el reintegro de lo apropiado en casos de allanamiento para obtener el descuento de la pena ha sido establecida y desarrollada por la Sala Penal de la Corte en las sentencias del 14 de diciembre de 2005, radicado 21347, y SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831, reiterada en auto AP4884-2019, con radicado 54954.

Concluyó que esta postura está fundada en reconocer que el allanamiento es una modalidad de acuerdo y no una

simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del procesado, sin contraprestación, lo que le implica a la Corte el tener que precisar que, además del deber de acreditar el cumplimiento de las exigencias del artículo 349 del CPP, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta imputada.

Igualmente, relacionó aparte de una providencia de una Sala de Decisión de este Tribunal, concluyendo que nos encontramos frente a un conflicto de reglas, dados los diversos criterios que se asumen y que llevan a no garantizar y vulnerar el principio de la seguridad jurídica, donde termina siendo la víctima el afectado cuando debe ser lo contrario.

Le parece que en este caso no resulta procedente, que el Juez de conocimiento emitiera una sentencia con rebaja de pena sin que el procesado hubiera realizado el reintegro de los dineros públicos apropiados, en razón a la tesis jurisprudencial vigente establecida por la Corte Suprema de Justicia en la SP14496-2017, radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017, y reiterada en el AP4884-2019, radicado 54954, del 30 de octubre de 2019. El allanamiento a cargos sí es una modalidad de acuerdo entre el procesado y la Fiscalía y, por tanto, le resultan aplicables para su aprobación el cumplimiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Por tanto, ante la ausencia de reintegro, solicitó que no se acceda a la rebaja de la pena a imponer, teniéndose en

cuenta que dicha omisión también vulnera los derechos de la víctima (DIAN/Estado), especialmente el de la reparación.

3. CONSIDERACIONES

Aunque esta providencia se resuelve por la mayoría de la Sala es de aclarar que en su integridad la misma acoge la doctrina actual de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que demanda tanto para los preacuerdos como para los allanamientos a cargos la devolución del incremento patrimonial obtenido, debido a que desde el punto de vista conceptual tanto uno como otro instituto, pese a sus diferencias, hacen parte de la justicia consensual, de modo que desde la semántica pueden ser referenciados como acuerdos y porque la finalidad de la norma, según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-059 de 2010¹, es evitar que quienes tienen la posibilidad de terminar anticipadamente el proceso iniciado en su contra, accedan a beneficios sin devolver el lucro patrimonial obtenido.

Entonces, frente a la pretensión del apelante y la postura del juez, la Sala fundamentará las razones por las cuales considera que la doctrina mencionada es acertada; pero a la vez, dando énfasis a la razón de la ley, definirá su alcance para recortar su sentido literal, la que hace expresa referencia a la obtención del incremento patrimonial por parte del sujeto activo de la conducta, pues si de lo que se trata con

¹ “En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: 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, asegurando además el pago del remanente”.

dicha regulación es evitar que quien obtuvo incremento patrimonial fruto del delito obtenga beneficios de la justicia consensual sin devolver dicho lucro, su sentido material y lógico es aplicarla al justiciable que obtuvo incremento patrimonial.

3.1. – El carácter debatible del derecho se evidencia en el alcance y sentido que se le ha dado al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal en tanto, aunque su texto ha permanecido incólume, en la jurisprudencia ha tenido variaciones importantes en la interpretación del punto específico de si la expresión acuerdo contenida en dicha disposición comprende o no el allanamiento a cargos.

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. (Negrillas de la Sala)

Como puede dilucidarse, la disposición claramente exige como presupuesto para los acuerdos en que el sujeto activo de la conducta punible que hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, *“reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”*.

Ahora bien, como habíamos advertido esta Sala ha acogido la directriz jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contenida en la

sentencia SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017, radicado 39831, sin que los argumentos expuestos por el juez de primera instancia con base en salvamento de votos de la Corte o de providencias emitidas por otras Salas de Decisión de este Tribunal nos motiven a dejar de hacerlo, pues el asunto se resuelve aceptando la postura que esté fundada en los mejores argumentos, más que con la que ofrezca mejores réditos a los procesados.

Acudir al criterio de favorabilidad para la parte débil puede gozar de razonabilidad y tino, pero solo cuando se han agotado todos los esfuerzos hermenéuticos y pese a ello el resultado de la interpretación se encuentra equilibrado en la fuerza argumentativa que la respalda, lo que no creemos se presente en este evento.

En realidad, en nuestro sistema jurídico no es absolutamente imperioso acoger la jurisprudencia o el precedente —institutos pertenecientes a órdenes distintos— sino que lo determinante es la fuerza argumentativa de la doctrina que los informa y que es la que obliga a acatarlos o a separarse de ellos.

Desde la emisión de la providencia del 5 de febrero de 2018 dentro del proceso con radicado 05001-60-00206-2009-11970, rige para esta Sala el precedente propio de considerar la no viabilidad de ningún tipo de rebaja de pena por allanamiento a cargos en los delitos en que se ha obtenido un incremento patrimonial sin la previa restitución, por cuanto se juzga que la postura jurisprudencial señalada armoniza de

mejor modo con las exigencias de razonabilidad y consistencia del sistema procesal.

En efecto, en rigor, darle relevancia a la caracterización de la aceptación de cargos como un acto unilateral para no demandar el cumplimiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 es desconocer que le precede la oferta de la Fiscalía al imputado de aceptar cargos, así se haga por ministerio de la ley.

Dicho de otra manera: desde el punto de vista conceptual y estructural, media un acuerdo de voluntades así sea por adhesión, la de la Fiscalía quien determina los cargos y anuncia que pueden ser aceptados y sus consecuencias —como lo dispone la ley—, y el allanamiento a cargos en el que queda a voluntad del procesado aceptarlos o no. Obviamente, si los acepta se presenta una comunión de voluntades, que es lo que constituye un acuerdo, y otra cosa es que, como cierta modalidad contractual, se aceptan o no las condiciones fijadas sin discusión.

En términos prácticos, al modo del derecho comercial, el allanamiento a cargos es la aceptación de una oferta en la que se aúnan dos voluntades dadas en momentos distintos así sea sin negociación, pues no todo acuerdo tiene origen en la discusión de sus términos o alcance, por cuanto puede darse por adhesión o aceptación de lo ofrecido.

Lo que quizás explique la confusión de quienes pese a lo dicho insisten en la unilateralidad del allanamiento a cargos,

consiste en que ciertamente queda a discreción, disposición unilateral o a voluntad del imputado aceptar o no los cargos, mientras que dicha disponibilidad debe compartirla en los casos de preacuerdo, puesto que para el efecto requiere que concorra la voluntad del fiscal quien, como se entiende, debe actuar guiado por los fines institucionales, por lo cual lo hará cuando le convenga a su causa.

Pero, si se repara con atención, dicho aspecto no constituye la base de un argumento en favor, sino en contra de dicha postura, por cuanto no resulta razonable exigir la restitución del incremento patrimonial para realizar preacuerdos —cuya naturaleza impone asumir que cuando la Fiscalía los realiza es porque le surge el interés de terminar anticipadamente el proceso— pero a la vez no pueda exigirse dicha devolución cuando el único interesado en esa terminación es el imputado.

Surge, entonces, a favor de la postura de la Sala un argumento por reducción al absurdo: Así, de estimarse correcto no aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 en los casos de allanamiento a cargos, algunos procesados podrían disfrutar a la vez del incremento patrimonial ilícito obtenido y de los beneficios de la justicia consensual por su propia voluntad, mientras que en los casos en que puede suponerse que concurre también el interés concreto de la Fiscalía y del procesado en terminar anticipadamente el proceso no pueda hacerse sin devolver dicho incremento. Se trataría de una incongruencia sistémica incomprensible.

En síntesis, juzga la Sala que en casos como el presente resulta acertado reclamar la satisfacción del presupuesto de procedibilidad echado de menos, bajo el entendido de que la no consignación de lo recaudado por ventas y retención en la fuente generó un correlativo incremento patrimonial, pues debe recordarse que por efectos de su revisión constitucional en el caso del IVA se exige que realmente sea recaudado.

3.2.- Pero no basta con lo anterior, en tanto también es menester determinar si en realidad el procesado, en este tipo de delitos, incrementó su patrimonio personal, con miras a determinar la procedencia o no de la rebaja de pena por allanamiento a cargos. Esto último porque, si bien el sentido que emana del tenor literal del texto del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 podría llevar a considerar que la improcedencia del acuerdo es un asunto objetivo que depende exclusivamente de que el delito por el que se procede haya producido incremento patrimonial, debe considerarse la interpretación sistemática de la norma, con la que se encuentra el real sentido de su finalidad, según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-059 de 2010, de la siguiente manera:

“En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: 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, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la

demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración públicas (vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.

En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.”

A esta visión constitucional se agrega desde los postulados de nuestro preámbulo que demandan un orden justo, pues no consulta la justicia que quien no haya obtenido incremento patrimonial se le prive de la posibilidad de acceder a allanarse a los cargos o preacordar su responsabilidad.

En consecuencia, desde su fin legítimo constitucional y desde imperativos de justicia, además del sentido práctico de la disposición de obtener reintegros del lucro delictivo, es menester que el justiciable haya obtenido incremento patrimonial y no haya querido o podido devolverlo, para que le sea oponible la exigencia del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, si reparamos en que en este caso al procesado se le atribuye la comisión de la infracción penal por ser el representante legal de PROYEING SAS que es la entidad que habría incrementado su patrimonio con el no pago de lo

recaudado, se tiene que no consta que el mismo tenga una relación con dicha sociedad de la cual se desprenda a su vez un incremento patrimonial a su favor, como cuando es el propietario total o parcial de la misma, pues en la medida que tenga acciones en ella, el incremento patrimonial de la sociedad redundará en el propio.

Pero esta última situación debe ser demostrada y pese a que la DIAN anexó a su denuncia o dijo anexar certificados de cámara de comercio sobre la existencia y representación de la sociedad, resulta que no obran en la actuación, de modo que al Tribunal le quedó imposible verificar que el justiciable que se somete a la justicia hubiese obtenido incremento patrimonial, causa por la cual se asumirá que no tuvo y entonces, pese a que en principio sería exigible que reintegrara su lucro, al no constar, este no le será exigible, por lo cual tiene derecho al mismo trato beneficioso que le concedió el juez de primera instancia.

Lo expuesto constituye razón suficiente para confirmar sin modificaciones lo resuelto en primera instancia, aunque con la aclaración de que se hace por razones distintas a las que tuvo el juez de primer grado, en tanto no se trata de que no sea exigible la restitución del incremento patrimonial, sino que, al no constar, no le puede ser exigido.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar la sentencia recurrida obra del Juzgado 2° Penal del Circuito de Envigado.

Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
MAGISTRADO
(Con Salvamento de Voto)

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

John Jairo Gomez Jimenez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Despacho 11 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3bf5a55839969f22444c67eb3448dc3a078900785bef72a6caf786bb7120c432**

Documento generado en 25/07/2024 04:46:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>