



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Sentencia de segunda instancia

Radicado. Nro. 05001 60 99166 2021 62917

Acusado: Aldemar de Jesús Sánchez Franco

**Delito: Omisión del agente retenedor o
recaudador.**

Asunto: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín

Aprobada por Acta Nro. 047

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, veintiuno de abril de dos mil veintitrés.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, contra la Sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Caldas - Antioquia, el 14 de septiembre de la anterior anualidad, mediante la cual condenó al señor **Aldemar de Jesús Sánchez Franco** por hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, bajo circunstancias atenuantes de marginalidad, de conformidad con los artículos 402 y 56 del Código

Penal, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Según se expuso en el fallo de primera instancia, el hecho delictivo atribuido al procesado se presentó en los siguientes términos:

“El 29 de julio de 2021, la funcionaria de la DIAN autorizada para ello, denunció al ciudadano ALDEMAR DE JESÚS SÁNCHEZ FRANCO por cuanto éste, en representación legal de la sociedad MADERAS Y TABLEROS SACHEZ (sic) S.A.S, presentó 3 declaraciones del impuesto sobre las VENTAS sin haber efectuado su pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional, relacionándolas así:

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO
<i>Ventas</i>	<i>2018</i>	<i>01</i>	<i>\$ 35.981.000</i>
<i>Ventas</i>	<i>2018</i>	<i>02</i>	<i>\$ 21.572.000</i>
<i>Ventas</i>	<i>2018</i>	<i>03</i>	<i>\$ 25.579.000</i>

Total sin cancelar \$ 83´132.000”.

La formulación de imputación se realizó el 22 de septiembre de 2021, ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de la misma ciudad, y en esa oportunidad el imputado aceptó los cargos, al ofrecérsele por el ente acusador una rebaja del 50%.

El 27 del mismo mes, se presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos, correspondiéndole al Juzgado Penal del Circuito de Caldas¹.

¹ Archivo digital “001EscritoAcusaciónR202100188.PDF” y “002AutoAvocar202100188.PDF”.

Para el 23 de noviembre, antes de dar inicio a la audiencia de formulación de acusación, el ente acusador elevó solicitud de nulidad, advirtiendo un vicio en el consentimiento del procesado, dado que se le ofreció una rebaja que legalmente no procedía, pues a la luz de la jurisprudencia, debía reembolsar lo incrementado en su patrimonio; petición a la cual accedió la judicatura, y al indagar nuevamente al procesado si se allanaba o no a los cargos, este contestó de manera negativa.

La audiencia de formulación de acusación se materializó el 8 de julio de 2022; en ella se aclaró por el órgano persecutor que se trata de un concurso de conductas punibles de omisión del agente retenedor, en 3 eventos, y la adicionó, para reconocerle al señor Sánchez Franco la circunstancia de marginalidad descrita en el artículo 56 del C.P., basado en elementos con vocación probatoria, que dan cuenta de su influjo al momento de la comisión de los citados eventos.

Antes de dar trámite a la audiencia preparatoria el 9 de agosto del mismo año, el acusado Sánchez Franco aceptó los cargos, lo que se verificó por parte del Juzgado de conocimiento de manera satisfactoria.

Se emitió en la misma fecha sentido del fallo condenatorio y se hizo la audiencia de individualización de la pena.

La sentencia condenatoria se profirió el 14 de septiembre de 2022, reconociéndose la circunstancia atenuante de marginalidad e imponiéndose una pena de 10 meses de prisión y multa de \$27.710.666, además de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, negándole el subrogado de la

suspensión condicional de la ejecución de pena y la prisión domiciliaria.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El juzgado de primera instancia encontró en el material incorporado al expediente y la aceptación incondicional de los cargos del procesado, que su comportamiento se adecuó al delito de Omisión del agente retenedor o recaudador (3 eventos), al incumplir con las obligaciones tributarias por las cuales fue acusado, esto es, por el concepto de Ventas, año 2018, períodos 1-3, pues presentó sendas declaraciones del impuesto correspondiente, sin efectuar su pago dentro de los 2 meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional. Halló además satisfechas la antijuridicidad y culpabilidad en cabeza del procesado, y dictó sentencia condenatoria.

Al momento de llevar a cabo el proceso de dosimetría, otorgó rebaja por aceptación de cargos, teniendo en cuenta la circunstancia de obrar bajo condiciones de marginalidad, imponiendo una pena de 10 meses de prisión y multa de \$27.710.666, además de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, negando la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición legal contenida en el inciso 2º del artículo 268 del C.P.².

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El Defensor atacó la decisión de manera parcial, centrándose exclusivamente en la no concesión de la suspensión

² Archivo digital denominado "049SentenciaAllanamientoR202100188.pdf".

condicional de la ejecución de la pena y del sustituto de la prisión domiciliaria.

Considera que la sentencia trae consigo un “*defecto dialéctico de la motivación sofística, aparente o falsa*”³, porque si se le está reconociendo a su prohijado la circunstancia de marginalidad, derivada de sus patologías adictivas, no debió aducirse en el fallo que su comportamiento encajaba en la noción de corrupción, pues está demostrado que la conducta no fue guiada para obtener un lucro, provecho o beneficio económico.

En esa medida, al aplicarse la prohibición de que trata el artículo 68A del C.P.P., la judicatura se basa en un concepto abstracto y genérico, que va en contravía de los Principios Rectores del Derecho Penal (artículos 9 y 12 C.P.), “*reduciéndose de este modo el razonamiento censurado a una especie de responsabilidad objetiva, a todas luces restringida*”.

Depreca se revoque la aludida decisión y se “*declare que los motivos políticos que justificaron la incorporación de la prohibición del artículo 68A del C.P. para los delitos dolosos contra la administración pública, resultan inaplicables al caso concreto*” concediendo al sentenciado la suspensión condicional de la pena, al satisfacerse además los requisitos descritos en el art. 63 *ibídem*⁴.

NO RECURRENTE:

No se emitió pronunciamiento por las demás partes e interviniente, como no recurrentes del recurso.

³ Auto AP-4541-2021, Radicado 59.902,

⁴ Archivo digital denominado “024SustentoApelacionDian”.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, de manera puntual, al reparo efectuado por el apelante según el cual, contrario a lo definido por la Juez Penal del Circuito de Caldas, al procesado **Aldemar de Jesús Sánchez Franco**, se le debió otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin aplicar la prohibición que opera para la concesión de dichos beneficios, acorde con lo dispuesto en el artículo 68A del Código Penal.

Igualmente, debe precisarse que por tratarse de apelante único rige plenamente el principio de *no reformatio in pejus*.

Al adentrarse la Corporación en el tema motivo de alzada, se tiene que el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena está previsto en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, canon que además prevé los requisitos concretos que la persona contra la cual se profiere sentencia de condena debe cumplir en aras de gozar de dicho subrogado:

“Artículo 63. suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales **y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 599 de 2000**, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento”.

Adicionalmente, se tiene que el artículo 68A del Estatuto Punitivo, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, establece una serie de conductas punibles para las cuales está prohibida la concesión de beneficios judiciales o administrativos:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; (...) hurto calificado; (...)”. (Subraya fuera de texto)

Traído a colación el anterior marco legal, esta Sala de Decisión considera acertada la determinación objeto de censura, puesto que de la lectura de esta se advierte que encuentra fundamento y soporte en el contenido del artículo 68A del Código Penal, que obliga a los funcionarios a negar los beneficios o subrogados legales y judiciales, cuando la persona está siendo

condenada por delitos contra la Administración Pública, siendo la Omisión del agente retenedor o recaudador, uno de ellos, independientemente del reconocimiento de atenuantes punitivas.

En tales condiciones, no hay lugar a señalar una “*sofística, aparente o falsa motivación*”, dado el potísimo argumento de la prohibición legal, que es más que suficiente para negar la pretensión de la defensa y, se insiste, la regulación para el efecto señala de manera clara y precisa, que para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, —la que se solicita en el caso concreto—, el delito por el cual se emitió la condena no debe estar enlistado en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, lo cual no ocurre en el proceso adelantado contra el señor Aldemar de Jesús Sánchez Franco.

Si bien, como se anticipara, se le reconoció en la sentencia el influjo de la circunstancia de marginalidad al momento de la comisión del delito, ello no lo eximía de que se le aplicara la prohibición legal descrita en el artículo 68A. Sólo operaba en el ámbito punitivo para disminuirle la pena a imponer.

De esta manera, contrario a lo aseverado por el apelante, no se advierte desacierto alguno en la aplicación de la mencionada norma al momento de proferirse la providencia que negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, máxime cuando los tres eventos de Omisión del agente retenedor, por los cuales se le declara penalmente responsable, acaecieron en el año 2018, esto es, en plena vigencia de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal y, por lo tanto, tal prohibición le es aplicable.

Frente al tema de disenso, ha sido nutrida la jurisprudencia de la Alta Corporación, resultando acertado traer a colación varios pronunciamientos, en los cuales ha sido enfática en señalar que lo procedente es negar la concesión del beneficio deprecado, cuando se trate de condenas por uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

En la Sentencia SP-3212-2020, Radicado 56.030, se dijo:

“En la actualidad excluye de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la administración pública, entre los cuales ciertamente se inscribe el punible de omisión del agente retenedor o recaudador, la expresa prohibición sólo vino a incorporarse al ordenamiento jurídico a partir de la Ley 1474 de 2011 (retomada por las leyes 1709 de 2014, 1773 de 2016 y 1944 de 2018)”.

El Auto AP1506-2020, Radicado 55.665, fue claro en explicar:

“En efecto, la exclusión de concesión de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria sustitutiva de la penitenciaría, en los casos en que el delito por el cual se emite condena constituya un atentado contra el bien jurídico de la administración pública, –entre los cuales se sitúa el de omisión de gente retenedor o recaudador, que integra el Título XV del Código Penal, «Delitos contra la administración pública»-, se produjo por medio del artículo 13 de la Ley 1474 de 2011 «Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública», que entró en vigor el 12 de julio de la misma anualidad⁵, con el siguiente tenor textual:

«EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN. El artículo 68A del Código Penal quedará así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea

⁵ Cfr. Diario Oficial N° 48.128 del 12 de julio de 2011.

efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos. ». (Negritas de la Sala).

Y en la SP1500-2020, Radicado 54.332, se adujo:

“(…), bajo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, se cumple el presupuesto de orden objetivo, en tanto la pena de prisión impuesta no supera los 4 años, el delito por el que se procede, en este caso, sí está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, en el que se mencionan los «delitos dolosos contra la Administración Pública», vale decir, los descritos en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Estatuto Punitivo, en el cual se encuentra tipificado el injusto de omisión del agente retenedor o recaudador (canon 402). (...) Así las cosas, ni en vigencia del artículo 63 original del Código Penal, ni acudiendo a las modificaciones que, de este, realizó la Ley 1709 de 2014, es viable la concesión del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena en el caso objeto de estudio”.

En esa medida, como se observa nítidamente, a la luz de la pacífica jurisprudencia respecto del tema, no se advierte desacertada la decisión tomada por la Juez de primera instancia, pues su fundamentación se realizó conforme a aquella y a la interpretación literal de las normas traídas a colación, sin que se advierta por esta Sala razón alguna para apartarse del mismo.

En esas condiciones, es ostensible la improcedencia del reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena -artículo 63 del Código Penal-, cuando se está en presencia de delitos contra la Administración Pública, tal como lo es el

presente asunto, de ahí que lo procedente es impartir la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, el argumento que se plantea, de manera conclusiva, en el escrito de impugnación, esto es, “*que se declare que los motivos políticos que justificaron la incorporación de la prohibición del artículo 68A del C.P. para los delitos dolosos contra la administración pública, resultan inaplicables al caso concreto*”, no es susceptible de pronunciamiento por esta Colegiatura, porque claramente lo que se pretende correspondería dilucidarse ante el Legislador, quien en materia de política criminal, es el competente para expedir leyes, por lo que no sería la apelación de la sentencia el mecanismo establecido para la modificación de la norma penal, en este caso la del artículo 68A del Estatuto represor.

En síntesis, como no se reúnen los presupuestos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dada la expresa prohibición legal, se confirmará la decisión de primera instancia, por evidenciar que se ajustó a las reglas legales y constitucionales que la rigen.

Por las razones expuestas, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor ***Aldemar de Jesús Sánchez Franco***, por el delito de Omisión del agente retenedor, con la circunstancia de marginalidad. Ello, de

conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



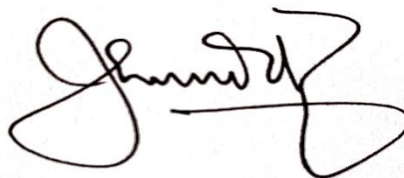
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado.