



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 12

(Sesión del 27 de enero de 2025)

Radicado: 05088-60-00200-2017-00460
Sentenciado: Juan Esteban Zulucaica Carvajal
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador
Asunto: DIAN y defensa recurren quantum de la pena impuesta
Decisión: Confirma Parcialmente y Modifica Pena
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 31 de enero de 2025

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado tanto por la Representante de la DIAN como víctima en este asunto, como por el defensor de Juan Esteban Zulucaica Carvajal, contra la decisión del 26 de julio de 2022, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, lo condenó a la pena de 45 meses de prisión y multa de \$16.594.933,333, tras hallarlo autor penalmente responsable de la comisión del delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador.

2. HECHOS

Según fueron anotados en el escrito de acusación, los hechos tuvieron ocurrencia por lo menos a partir del 9 de mayo de 2011 hasta el 11 de noviembre del 2012, cuando Juan Esteban Zulucaica Carvajal, como representante legal de la empresa CASA PARTES S.A.S. con

N1T.900345592-4, con domicilio para la fecha de los hechos en la Calle 47 # 45-13 del municipio de Bello-Antioquia y, luego de haber presentado varias declaraciones de impuesto sobre las ventas, no realizó los pagos vencidos por recaudo del IVA (IMPO-VENTAS), ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN por una suma total de \$9.957.000

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Formulación de Imputación. El 25 de septiembre de 2020, ante el Juez Tercero Penal Municipal de Bello-Antioquia, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a Juan Esteban Zuluca Carvajal como autor del delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador establecido en el artículo 402 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el procesado.

3.2. Formulación de Acusación. El 3 de marzo de 2021, ante la Juez Segunda Pena del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, se acusó formalmente a Zuluca Carvajal, en los mismos términos de la imputación.

3.3. Preparatoria. El 17 de agosto y 29 de septiembre de 2021 se llevó a cabo la audiencia de solicitud de pruebas.

3.4. Juicio Oral que mutó a Allanamiento. El 18 de mayo de 2022, previo a dar inicio al trámite de la diligencia, el abogado defensor de Juan Esteban Zuluca Carvajal manifestó el interés de este en allanarse a los cargos, por lo que se varió el sentido de la audiencia.

Tras haber sido advertido por la Juez de Conocimiento sobre las consecuencias de ello, incluyendo las eventuales implicaciones de aceptar cargos sin la devolución de lo ilícitamente apropiado, se verificó que la aceptación hubiese sido de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su Defensa. En consecuencia, se le impartió aprobación al allanamiento emitiendo el correspondiente sentido de fallo condenatorio.

3.3. Individualización de Pena y Sentencia. El 26 de julio de 2022 se llevó a cabo la audiencia que prevé el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. Para el efecto, la Fiscalía indicó que el procesado está individualizado, tiene arraigo, no tiene antecedentes dentro de los cinco años anteriores y que, por la aceptación de cargos, tiene derecho a la rebaja.

Por su parte el representante de víctimas manifestó que frente a las condiciones establecidas en el 447 del Código de Procedimiento Penal no conocía más que las expuestas por el delegado de la Fiscalía, empero advirtió que debía considerarse que Zuluca Carvajal no ha reintegrado lo apropiado y la Corte Suprema de Justicia desde el caso de los Nule tiene sentado que, para la rebaja de pena por allanamiento a cargos, debe reintegrarse; es decir que en este caso no proceden beneficios.

A su vez la defensa señaló que su representado tiene arraigo, es un padre de familia y de hogar, que responde por su menor hijo de 5 años de edad, que nunca ha tenido antecedentes ni reproche penal, alude a la favorabilidad a efectos del allanamiento sin reintegro solicitando se inhiba de sancionar a su prohijado y se tenga en cuenta la norma más favorable. Solicitó una sentencia inhibitoria porque hay allanamiento, pero no claridad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni los elementos de prueba son insuficientes; empero, de no proceder, solicita entonces se aplique favorabilidad y se otorgue el subrogado del artículo 63 del Código Penal.

3.4. Sentencia de primera instancia. Dada la aceptación de cargos, aspectos como la materialidad de la conducta y responsabilidad del enjuiciado no se discutieron, amén de que la Fiscalía General de la Nación aportó elementos materiales probatorios y evidencia para acreditar el mínimo de tipicidad y responsabilidad que exige el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la tasación de la pena, señaló la Juez de primera instancia en cuanto a las consecuencias jurídicas que acarrea la comisión de la conducta punible de Omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 inciso primero del Código Penal, se fija una pena que oscila entre

48 a 108 meses de prisión, y una multa equivalente al doble de lo no consignado sin que se supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

Entonces, en cuartos la pena de prisión queda en 48 a 63 meses el primer cuarto; de 63 meses 1 día a 78 meses el segundo; de 78 meses 1 día a 93 meses el tercero; y de 93 meses 1 día a 108 meses el último cuarto. Y la pena de multa como esta equivale al doble de lo no consignado, se tiene que por concepto de Ventas 2011 1 son \$20.000 entonces la multa equivale a \$40.000; 2011 2 \$4.547.000 la multa equivale a \$9.094.000; 2011 3 \$2.036.000 la multa equivale a \$4.072.000; 2011 4 \$1.652.000 la multa equivale a \$3.304.000; 2011 5 \$1.401.000 la multa equivale a \$2.802.000; 2012 3 \$ 49.000 la multa equivale a \$ 98.000; y 2012 4 \$ 252.000 la multa equivale a \$ 504.000; en total lo no consignado equivale a \$9.957.000 por lo que la pena de multa ascendería a \$19.914.000

Adujo la *a quo* que, de acuerdo con lo establecido en la audiencia de individualización de pena, no existen circunstancias genéricas de mayor punibilidad, por lo que debía ubicarse en el primer cuarto y tener en cuenta criterios como que, en relación con la gravedad de la conducta, el bien jurídico tutelado es la administración pública, cuya importancia en todo caso ha sido considerada previamente por el legislador al determinar la pena a imponer. En relación con el daño real o potencial creado, resaltó la primera instancia que estos gravámenes son los que permiten el sostenimiento del Estado y de los programas sociales a su cargo. Ahora, respecto a la intensidad del dolo, consideró la Juez que es plena, pues hay un total conocimiento de lo que se hace, del daño y se quiere el resultado, de hecho, la conducta si bien no puede tratarse como concurso -aunque de hecho lo es-, por lo indicado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, a efecto de la pena se considerara la situación, porque en varias oportunidades en el tiempo declaró, pero no pago la suma correspondiente. Frente a la necesidad de la pena, debe mirarse este criterio aparejado con los fines de ésta, principalmente el de prevención especial y retribución, indicando el Despacho que, a efecto de obtener un comportamiento hacia futuro respetuoso de la administración pública y, sobre todo, de no volver a incurrir en una conducta especialmente lesiva, debe corresponder una pena que se compadezca con la afectación, es

necesaria la pena para motivar una reflexión y un cambio. En cuanto a la prevención general se espera que la sanción lleve a la comunidad dos mensajes, uno, que el estado sí actúa frente a estos comportamientos y que cualquiera que realice una conducta similar, tendrá una pena acorde. Esta prevención general también será considerada para fijar la pena.

Dadas estas consideraciones y dentro del primer cuarto, la primera instancia fijó la pena en 54 meses de prisión y multa equivalente al doble de lo dejado de pagar, es decir, \$19.914.000

Respecto a la rebaja de pena por allanamiento, en especial en lo que toca a la devolución del incremento patrimonial, que en este caso es evidente, que no se hizo, precisó la primera instancia que la discusión no ha sido pacífica, sin embargo, al interior del Tribunal Superior de Medellín puede indicarse que se ha llegado a la conclusión mayoritaria que el allanamiento a cargos difiere sustancialmente de la figura de los preacuerdos y por lo tanto, las reglas y en especial las prohibiciones de esta última, no se aplican a los allanamientos.

Sobre el tema se encuentra una posición clara en la Sentencia radicado 05212-60-00206-2020-02307 del 15 de febrero de 2021, del Tribunal Superior de Medellín, sin embargo, no es menos claro que esa posición del Tribunal en algunas de sus salas, se distancia de lo que ha indicado la Corte Suprema de Justicia, de asumir ambas figuras como formas de terminación anticipada. Así lo itera la sentencia SP287-2022, con Radicado 55914 del 9 de febrero de 2022, que haciendo una relación de lo que ha sido la línea jurisprudencial en este tema, afirma que inicialmente se consideró para el año 2005 en el Radicado 21954, que ambas figuras son especies de un mismo género. Sin embargo, a partir de la sentencia 25306 del 2008, la Corte inicia una postura en la que establece diferencias entre el allanamiento y el preacuerdo y por supuesto en los efectos, posición que no fue pacífica. Pero en la sentencia 39831 del 27 de septiembre de 2017, la Corte itera la decisión con Radicado 21954 del 2005 y determina como presupuesto, que el allanamiento y el preacuerdo son formas de acuerdo, por lo tanto, debe reintegrarse al menos el 50% del incremento patrimonial y garantizar el restante, a efecto, según el

artículo 349 de la Ley 906 de 2004, para obtener la rebaja legal. Sin embargo, en la misma sentencia comentada, la SP287-2022, con Radicado 55914, se reconoce que también al caso concreto procede la aplicación al momento de la conducta delictiva, al afirmar:

“De otra parte, guarda relación con el asunto que se acaba de tratar la petición de que se aplique la jurisprudencia vigente para el momento en que se cometió la conducta y no la posterior a la ejecución de la misma. Sobre este tema existe total claridad. La Sala en las decisiones que se acaba de citar resolvió el problema. Así, en el AP del 30 de octubre de 2019, radicado 54954, la Corte decidió:

“Para la Corte no existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, sea porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tratamiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no hay discusión. El problema que se debe resolver es si al aplicar la misma ley –la vigente tanto para el tiempo de ejecución de la conducta y para el momento de resolver la situación que se juzga— se puede desconocer el principio de favorabilidad, cuando al decidir el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente cuando se cometió la conducta, pero si cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante.

La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (Artículo 230 de la Constitución Política). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, implica precisar cuál es la interpretación judicial vigente cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Según lo expresado, la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar los cargos, petición que se manifestó conforme al estado del arte dominante para el instante en que se realizó la solicitud.”

En consecuencia y siguiendo los criterios de favorabilidad esbozados, la Juez hizo la rebaja de pena, en tanto los hechos constitutivos de la conducta, la última para ser más precisos, data del año 2012, cuando la Corte Suprema aún no había emitido la sentencia que cambió la línea jurisprudencial vigente actualmente. Entonces a la pena de 54 meses de prisión, le disminuyó un porcentaje por la aceptación a cargos en la audiencia de juicio oral antes de dar inicio a la misma, tal como prevé el artículo 351 del Código de

Procedimiento Penal, de una sexta parte, como quiera que tuvo lugar en la última oportunidad procesal, así, la sanción de prisión se reduce en 9 meses para quedar en 45 meses de prisión, y la multa se reduce en la misma proporción, que equivale a \$16.594.933,333

Sobre el pago de la multa, se indicó en la audiencia del 447, las condiciones personales del procesado en relación con su situación económica, se dijo que es trabajador en una empresa virtual de ventas de su hermano, consideró que es prudente fraccionar el pago de la multa en cuotas, que no pueden exceder de 24. La primera cuota se cancelará dentro de los 5 días siguientes al próximo mes posterior a la ejecutoria de la sentencia, y así sucesivamente hasta la cuota 24. Como pena accesoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Código Penal, se le impondrá al sentenciado la inhabilitación para el ejercicio de sus derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la pena aflictiva de la libertad.

Respecto a la concesión de beneficios y subrogados, acotó la *a quo* que si bien el defensor se refirió a la condición de padre cabeza de familia no demostró esas calidades, de hecho, no remitió ninguna documentación al respecto, por lo que el análisis de este aspecto será superado indicando que no se acreditó.

Señaló que el artículo 63 del Código Penal regula el subrogado de la condena de ejecución condicional, sin embargo, la norma vigente para el año 2012 era muy distinta, pues en el año 2014 sufrió una modificación por la Ley 1709 en su artículo 29, haciendo más gravosa la exigencia para conceder ese subrogado de la condena de ejecución condicional, de un lado por el quantum punitivo exigido que era inicialmente de 3 años, pero pasó a 4 años y por introducir una prohibición de concesión más amplia para ciertos delitos.

Ahora en relación al beneficio de la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria, contenido en el artículo 38 del Código Penal concordado con el 38B *ibídem* también ha sufrido modificaciones; empero resaltó la *a quo* que la norma anterior, al menos frente a la prisión domiciliaria, es más favorable que

la posterior, por la ampliación de la prohibición de delitos en los cuales puede aplicarse, en consecuencia, a efectos de aplicar el principio de favorabilidad realizó las siguientes precisiones la falladora: i) Momento de ocurrencia del delito. El delito de omisión de agente retenedor o recaudador es una conducta instantánea y de resultado, como ha sido indicado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹. Por lo tanto, se causa superados los dos meses siguientes a la fecha en que debió declarar y cancelar el valor, en este de caso del impuesto a las ventas -IVA-. El último período es el 2012-4, cuya fecha de vencimiento fue el 11 de noviembre de 2012, las demás obligaciones naturalmente tienen fechas de vencimiento anterior, la primera el 9 de mayo de 2011; (ii) El delito se comete como última fecha, la ya indicada, 11 de noviembre de 2012; iii) Al momento de ocurrencia o comisión de los delitos, la norma vigente era el artículo 63 y 38 del Código Penal sin las modificaciones posteriores de la Ley 1909 de 2014.

Frente a la figura de la favorabilidad, los artículos 6° y 29 de la Constitución Política, consagran los principios de la legalidad y el debido proceso, respectivamente. En materia penal es admisible la favorabilidad, luego en este caso, debe aplicarse la norma menos gravosa, es decir, la original de la Ley 599 de 2000, vigente para el 11 de noviembre de 2012, por ser el último período adeudado. Ahora, el problema que se suscita en este caso es por la pena impuesta en punto a la condena de ejecución condicional pues, si se acude a la norma anterior, exige una pena que no supere los 3 años en este caso, no se cumple el requisito y, por lo tanto, habría que acudir a la norma actual, en la cual sí se cumple porque la pena impuesta es inferior a 4 años y en este caso estamos por debajo, pero existe la prohibición por el tipo de delito.

No es procedente entonces aplicar el artículo 63 del Código Penal, que contiene el subrogado de la condena de ejecución condicional, habida cuenta que la exigencia objetiva era una pena impuesta que no excediera de 3 años. Y, en el caso concreto, la pena es de 45 meses, por lo tanto, no se cumple el requisito objetivo. Sin embargo, cosa distinta ocurre con la sustitución de la

¹ Sentencia 41053, del 10 de junio de 2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier, allí se indica: "(...) El tipo penal en comento, que describe la conducta omisiva, se configura en su parte objetiva cuando pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable del impuesto sobre las ventas o el encargado de retener o autorretener por concepto de retención en la fuente, no cumple con esta obligación, siendo por lo tanto una conducta instantánea y de resultado."

pena intramuros por la domiciliaria, dado que se cumplen los requisitos que originalmente contemplaba el artículo 38 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1142 de 2007, vigente al momento de los hechos. Ello por cuanto la sentencia se impone por un delito cuya pena mínima de prisión es de 48 meses y el límite son 60 meses o 5 años; de otro lado, el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permiten a la primera instancia establecer que el condenado en libertad, no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, dado la conducta por la cual se procede y en especial que el condenado siempre ha estado atento al proceso y las diferentes diligencias a las cuales ha sido citado. Deberá prestar caución equivalente a 2 SMLMV, para obtener el beneficio y suscribir diligencia con las obligaciones que constan en el artículo 38 del Código Penal con la modificación de la Ley 1142 de 2007.

3.5. De los recursos.

3.5.1. Apelación de la DIAN. Inconforme con que al procesado se le diera una rebaja del 17% de la pena aproximadamente, sin exigirle el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, al considerar que básicamente frente a ello, la primera instancia simplemente hizo referencia a los elementos estructurales del delito, así como los presupuestos procesales básicos para proferir una sentencia de fondo, esto es lo factico, lo jurídico y lo probatorio. Mencionando sucintamente la *a quo* que, para acceder a la rebaja punitiva, según la jurisprudencia, era necesario que concurra el reintegro del incremento patrimonial fruto del ilícito, pero que hay tesis jurisprudenciales que plantean que es exigible solamente en casos de preacuerdos, y opta por aplicar la teoría de que se debe tener en cuenta la jurisprudencia vigente para el momento en que sucedieron los hechos enmarcada en el principio de favorabilidad.

La antedicha tesis ha sido establecida en sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como la SP1444-2017, con Radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017, desconociendo la primera instancia precisamente la jurisprudencia aplicable al caso, pues es la vigente al momento de producirse el allanamiento a los cargos, que de hecho representa según la teoría del proceso, el hecho jurídicamente relevante; tesis jurisprudencial que reitera la

Corte en el Auto de Apelación AP4884-2019 con Radicado 54954 y ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa.

Luego entonces, los argumentos de disenso de la DIAN se enmarcan en la no exigencia del reintegro del incremento patrimonial para conceder la rebaja de pena, siendo importante indicar que cuando los responsables o agentes de retención cumplen la función de retener o recaudar impuestos, son servidores públicos conforme lo indica la sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional, es decir, tienen una función pública determinada cual es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados y consignárselos al Estado en el término establecido por el gobierno nacional e igualmente tienen una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes, como es el caso del señor Juan Esteban Zuluca Carvajal, quien se apropió de unos dineros públicos y se allanó a los cargos, razón por la cual fue condenado penalmente por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, quien a su vez le concedió una rebaja punitiva sin exigirle el reintegro del incremento patrimonial, como lo estableció la Corte en la SP14496-2017, Radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017, precedente jurisprudencial vigente y reiterado en el AP4884-2019, Radicado 54954 del 30 de octubre de 2019.

Respecto al allanamiento a cargos como una modalidad de acuerdo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017 retoma nuevamente lo precisado por la Corte en sentencia del 14 de diciembre de 2005, con Radicado 21347 sobre el tema referido, y establece lo siguiente:

“...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, la Sala es del criterio que no solamente por 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 el 8 de abril de 2008, Radicado 25306 y ratifica la sentada primigeniamente² con todas las consecuencias que de ella se derivan³; en tal medida, conforme se precisó por la Corte⁴, 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.”

² Cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347

³ CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300

⁴ CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347

Corolario de lo anterior, esta postura que está fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, le implica necesariamente a la Corte el tener que precisar que, a más del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado que del Juez de conocimiento, Fiscalía y defensa demandan, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación.

Bajo este entendido asevera la recurrente que, esta postura cobija no sólo la determinación del porcentaje de rebaja punitiva dentro de los márgenes autorizados por el ordenamiento y el monto preciso de las penas que habrán de imponerse por el juzgador, sino lo concerniente a la procedencia o improcedencia de conceder, en el caso concreto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

Ha precisado vehementemente la Alta Corporación la importancia que todos los efectos de la conducta punible realizada por el imputado, queden debidamente convenidos con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad es libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tornarse de inmediato en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con lo acusado.

Es así que, si el fiscal advierte que por razón de haber adelantado una juiciosa investigación penal en contra del indiciado, cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones legalmente obtenidas que posibilitarían llevarlo a juicio con gran probabilidad de éxito, bien puede oponerse a que el simple allanamiento a cargos de lugar a que en la

sentencia anticipada se le reconozca el máximo porcentaje de rebaja punitiva que la ley permite, cuando a su criterio el monto de la sanción por la conducta realizada debería ser ostensiblemente mayor.

En igual sentido y de conformidad con la tesis jurisprudencial que reitera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el Auto AP4884-2019, con Radicado 54954, precisa lo siguiente:

“... (ii). - Para la Corte no existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, se porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tiramiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no hay discusión. El problema que se debe resolver es si al aplicar la misma ley- la vigente tanto para el tiempo de ejecución de la conducta y para el momento de resolver la situación que se juzga- se puede desconocer el principio de favorabilidad, cuando al decidir el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente cuando se cometió la conducta, pero sí cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante. La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (artículo 230 de la Constitución Política). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, implica precisar cuál es la interpretación judicial vigente cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Según lo expresado, la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar los cargos, petición que se manifestó conforme al estado del arte dominante para el instante en que se realizó la solicitud.

Como se comprende, la Sala no desconoce que pueden surgir conflictos en torno de interpretaciones favorables de la ley y que esa posibilidad mucho tiene que ver con la obligatoriedad del precedente judicial, noción que además permite materializar el principio de igualdad frente a personas que son juzgadas en idénticas condiciones jurídico-procesales. Pero la sala también observa que estas nociones que son válidas en abstracto no son aplicables cuando los reconocimientos de las consecuencias de un determinado instituto dependen de la interpretación judicial vigente para el momento en que se produce la manifestación de voluntad del acusado, que es últimas el hecho procesal relevante que genera la aplicación de la ley al caso concreto.

De manera que, por estas razones, no le asiste la razón al recurrente en cuanto a la presunta infracción del principio de favorabilidad que demanda sobre la base de que la única interpretación posible es la vigente al momento

de expedirse la norma y no elaboraciones jurisprudenciales posteriores que son el producto de la necesaria y cambiante visión de las instituciones judiciales”.

Es así que, arguye la representante de la DIAN, en el *sub examine* no resulta admisible que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, emita sentencia condenatoria con rebaja de pena sin exigir el reintegro de los dineros oficiales apropiados, desconociendo la tesis jurisprudencial vigente establecida en la SP14496-2017, Radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017, precedente jurisprudencial reiterado en el AP4884-2019, Radicado 54954 del 30 de octubre de 2019.

En consecuencia, y de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, es dable afirmar que la Juez de primera instancia tenía el deber de exigir el reintegro de los dineros oficiales apropiados como lo es el incremento patrimonial obtenido con el delito, por parte del señor Juan Esteban Zuluca Carvajal, para otorgarle rebaja de la pena a imponer, hecho que desconoció, vulnerando con ello los derechos de la DIAN y/o Estado en condición de víctima, especialmente el derecho a la reparación.

Así las cosas, manifiesta la apoderada de la DIAN que, en procura de los derechos que la Constitución y la Ley les confiere a las víctimas y en busca de una tutela judicial efectiva, solicita se amparen sus derechos garantizando el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, con el fin de acceder en debida forma a la rebaja de pena que se le concedió a Juan Esteban Zuluca Carvajal por la primera instancia.

3.5.1.1. Pronunciamiento de la defensa como sujeto procesal no recurrente. Frente a los planteamientos esbozados por la Representante de la DIAN para sustentar el recurso de alzada, considera que para el momento de la comisión de los hechos no se hacía necesario el reintegro del incremento patrimonial objeto del delito para obtener beneficios en el allanamiento. Y, en ese orden de ideas también se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad de la ley penal.

Lo anterior en tanto para el momento de los hechos atribuidos al señor Zuluca Carvajal, la legislación penal colombiana no hablaba de la obligación de indemnizar o restituir el incremento patrimonial para obtener beneficio por un allanamiento a cargos. Además, para el momento de los hechos el artículo 68A del Código Penal indicaba que estas prohibiciones contenidas en ese canon no aplicaban si se daba allanamiento a cargos. Entendiendo que el principio de legalidad señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, para la fecha de los hechos se dieron dos modificaciones a la norma y en ambas ocasiones el allanamiento desdibuja la aplicación del artículo 68A del Código Penal.

En este orden de ideas, solicita se confirme la rebaja constitucional por el allanamiento a cargos y, además de eso, se aplique la norma más favorable; ello al considerar que no es procedente la solicitud incoada en la apelación interpuesta por la Representante de la DIAN.

3.5.2. Apelación de la Defensa del sentenciado. Inconforme con el quantum de la pena impuesta a Zuluca Carvajal, el abogado defensor apela específicamente este aspecto pues si bien la primera instancia al momento de tasar la pena a imponer, reconoce que no existen circunstancias de mayor punibilidad y que debe ubicarse en el primer cuarto que va de 48 a 63 meses de prisión, al tratarse de una persona que se acreditó carece de antecedentes penales y además evitó el desgaste judicial en lo que implicaría un juicio, allanándose a los cargos, le llama la atención al defensor que la pena parta de 54 meses y no de 48, que es el mínimo, teniendo en cuenta que la *a quo* no explicó ni motivó la razón por la cual incrementó la pena, que por regla general en esas circunstancias debería haber partido del mínimo.

Dada esa falta de motivación el interior del fallo condenatorio, no le quedó claro a la defensa la razón de la primera instancia para apartarse del mínimo, pues están dadas las condiciones para que la pena impuesta sea de 48 y no de 54 meses, de igual manera considera el defensor que si la Juez se apartó de la pena mínima, debe existir una claridad en ese aumento y además de eso se debió analizar y valorar el allanamiento a cargos.

Resalta que, aunque en la sentencia la Juez señala que acoge lo ordenado por el Tribunal Superior de Medellín en cuanto a que no podía considerarse este asunto como un concurso de conductas punibles, al explicar el aspecto de la intensidad del dolo dice lo contrario al concluir que debe considerarse la conducta como un concurso, desacatando con ello los planteamientos ya realizados por el superior, luego de que decretara una nulidad apelada por la Fiscalía y revocada por el *ad quem*. Entonces, cuando en la sentencia se dice que, a efectos de la pena se considerará como un concurso de delitos, esto demuestra un desacato a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Medellín en auto del 29 de junio de 2022.

De hecho, siguiendo en esta línea más ampliamente, se puede observar se estaría frente a la violación del debido proceso, al encontrarnos con un fallo que está desmarcándose de la acusación que se presentó inicialmente, haciendo más gravosa la situación para el procesado y generando a todas luces una nulidad al ser desconocido no solo el debido proceso (artículo 29 de la constitución Política), sino el principio de congruencia en el sentido de que a la luz del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal se señala que el acusado no puede ser declarado culpable, por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. El apelado es un fallo que va más allá de lo pedido por la Fiscalía, teniendo en cuenta que nunca se acusó por un concurso de delitos. En conclusión, se apela al no estar de acuerdo con la tasación de la pena y la valoración de la conducta como un concurso, cuando ya se había aclarado esta situación por parte del Tribunal Superior de Medellín.

Por otro lado, acota el censor que dentro del fallo existe un aparte que no fue claro para él pues específicamente dentro de las consideraciones para condenar se anota:

“(...) La conducta entendida como comportamiento humano debe estar descrita en un tipo del código penal. Se trata de un concurso de conductas punibles, entre el delito de hurto simple y el acceso carnal en persona en incapacidad de resistir. Encontramos para los efectos el artículo que establece (...)

Arguye el apelante que nada tiene que ver el delito de hurto simple, ni el acceso carnal en persona en incapacidad de resistir con la acusación que se hizo a su prohijado y, en ese orden de ideas, se deja la claridad de que no pueden ser estos delitos tomados en cuenta para condenar como se condenó a Zuluca Carvajal dado que él no tiene antecedentes de ningún tipo y mucho menos se le imputó o acusó por estos delitos.

Solicita entonces se revoque la sentencia recurrida, se declare la nulidad y se adopte la que en derecho corresponda. Subsidiariamente, y de no prosperar, solicita se de aplicación al principio de favorabilidad, para que al procesado se le otorgue el subrogado consagrado en el artículo 63 de suspensión condicional de ejecución de la pena, toda vez que el delito por el que se le condenó no supera la pena de los 48 meses, por lo que a todas luces se cumple con los presupuestos del artículo 63 del Código Penal pues no excede de los 4 años como se indica en el numeral primero, cosa que desconoció la Juez de primera instancia, imponiendo pena privativa de libertad que, aunque es en el domicilio, no deja de ser más restrictiva que la del artículo 63; ello en atención que para el momento de los hechos no existía prohibición para que se otorgue el beneficio.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁵.

4.2. Problemas jurídicos.

Son dos los problemas a los que se enfrenta esta Sala, a saber, i) si era procedente el reconocimiento del descuento por la aceptación unilateral a los cargos que al momento de instalar la audiencia de juicio oral realizó el procesado Juan Esteban Zuluca Carvajal, pese a que no se reintegró lo ilícitamente percibido con la comisión de la conducta punible, conforme a los

5 Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces** del circuito y de las sentencias proferidas por los **municipales** del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y la jurisprudencia actual. Y ii) si fueron suficientes los argumentos para la determinación de la pena a imponer, teniendo en cuenta que la primera instancia se apartó del mínimo de la establecida por la ley. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados se determinará si se configuró nulidad en la decisión.

4.3. Valoración y solución a los problemas jurídicos.

Previo a adentrarnos en el tema de fondo, precisa esta Sala resaltar que, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, la competencia se restringe en esta oportunidad, a decidir sobre los pedimentos elevados por los recurrentes, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación⁶, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

4.3.1. De la solicitud de nulidad.

4.3.1.1. Arguyó la defensa que la Juez de primera instancia, tras la determinación de los cuartos punitivos y luego de precisar que debía moverse en el primer cuarto, al momento de escoger la pena a imponer, se apartó del mínimo establecido bajo el argumento de que en este caso se trataba de un concurso de conductas punibles, desacatando con ello la decisión proferida por esta Sala Penal que, mediante auto, revocó una nulidad decretada por ella de oficio.

Para contextualizar lo acaecido, habremos de recordar que, en efecto, esta Sala resolvió la apelación interpuesta por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en contra de la decisión del 7 de junio de 2022, por medio de la cual la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, tras la manifestación del acusado de querer allanarse a los cargos previo al inicio del juicio oral, decretó de manera oficiosa la nulidad de todo lo actuado dentro de este asunto, a partir de la audiencia de formulación

⁶ Sentencia del 27 de abril de 2022, radicado SP1370-2022, 53.444, M.P. Fernando L. Bolaños P.

de imputación, al considerar que como la Fiscalía al imputar una sola conducta, a pesar de que el acusado cometió 7 veces la misma omisión, desconoció el principio de legalidad del delito, entonces con ello “se pasó por encima el evidente concurso de conductas punibles” por lo que, a juicio de la *a quo*, habría que determinar la pena incrementada hasta en otro tanto por cada una de esas conductas, y entonces como la Fiscalía no lo determinó ella consideraba que aceptar ese allanamiento a cargos por una sola conducta, dejando las otras seis en la impunidad, afecta el principio de legalidad.

Respecto de lo decidido por la primera instancia, esta Sala Penal en auto del 29 de junio de 2022⁷ resolvió lo siguiente:

“5. FRENTE A VALORACIONES RAZONABLES DE LA FISCALÍA NO SE PUEDE IMPONER LA PERSPECTIVA DEL JUEZ.

Desde antaño se ha dicho que, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación —en lugar de la autoría que piensa el juez—, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo, etc.⁸

La trasgresión de derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial, por el prurito de que el Juez razona diferente y mejor⁹.

En el proceso adversarial, por regla general el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”¹⁰

(...)

No obstante, los yerros de la fiscalía, lo único que pudo hacer la Corte fue hacer llamados de atención, pero en modo alguno disponer la nulidad de la actuación. Es decir, constatado el evidente yerro de la fiscalía en la imputación jurídica del concurso de delitos según el artículo 31 del Código Penal, no hay lugar a decretar la nulidad de la actuación.

⁷ Con ponencia del primer revisor de esta Sala, el Magistrado Nelson Saray Botero, y tras haberse derrotado la inicialmente presentada por el ahora ponente Jose Ignacio Sanchez Calle.

⁸ CSJ SP rad. 10.918 de 04-02-1999; CSJ STP rad. 59.043 de 06-03-12

⁹ CSJ SP rad. 39.892 de 06-02-13

¹⁰ CSJ SP 9853-2014, 16 julio 2014, rad. 40.871

(...)

10. NO TODA ACTUACIÓN IRREGULAR GENERA NULIDAD.

Los jueces de control de garantías y de conocimiento, el denunciante (apoderado de la DIAN) y el agente del Ministerio Público, tuvieron oportunidades procesales para la corrección del yerro de la fiscalía, pero no lo hicieron en las oportunidades que brinda la Ley para una intervención de tal jaez, así que ahora, so pretexto de una corrección de legalidad, no se puede anular la actuación para hacer más gravosa la situación de un sujeto procesal que con su comportamiento no ha dado lugar a la generación de una actuación simplemente irregular.

En este asunto, no se cumple el principio de la residualidad propio de las nulidades, pues hay otro remedio para superar la irregularidad, y así no decretar nulidad, que es precisamente la solución menos traumática a través de la determinación de la pena en el caso concreto según los criterios del inciso 3° del Art. 61 del Código Penal.

La nulidad es el remedio extremo, pues no toda irregularidad constituye nulidad¹¹. En virtud del principio de residualidad que gobierna las nulidades no es necesario acudir a esa medida extrema cuando es posible restablecer el debido proceso de una forma menos traumática¹².

El error se debe enmendar, así que sobre el error no se puede construir uno nuevo¹³.

No debe perderse de vista que la nulidad tiene una finalidad garantista, de ahí que no toda irregularidad tiene efectos invalidantes, por lo que sólo procede su decreto cuando sustancialmente se afectan los derechos de los sujetos procesales o la estructura básica del proceso¹⁴.

Es incuestionable que la nulidad del proceso es remedio extremo y que ella no se produce por sí misma, ni por interés del ordenamiento jurídico, si además no se verifica que la irregularidad, siendo de carácter sustancial afectó verdaderamente las garantías del procesado¹⁵.

Se ha dicho por la jurisprudencia que cuando se detecten irregularidades nimias, intrascendentes o irrelevantes, no generan nulidad, y **mucho menos cuando los errores son subsanables.**

11. CONCLUSIÓN

La solución al problema jurídico propuesto, es que no se puede decretar la nulidad cuando jueces, sujetos e intervinientes procesales, pudieron corregir el yerro de la fiscalía en la imputación jurídica del concurso de delitos según el artículo 31 del Código Penal, y no lo hicieron, razón por la cual el procesado no puede sufrir las consecuencias de la inadecuada imputación jurídica del concurso de delitos por parte de la Fiscalía cuando dicho sujeto procesal no dio

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1995

¹² CSJ SP, 16 julio 2014, rad. 40871; CSJ SP 14842-2015, rad. 43.436 de 28 octubre 2015; CSJ SP 11144-2016, rad. 46.537 de 10 agosto 2016

¹³ CSJ SP, 12 diciembre 2012, rad. 35.487.

¹⁴ CSJ SP 206-2022, rad. 53.728 de 9 febrero 2022.

¹⁵ CSJ AP 965-2015, rad. 43.820 de 25 febrero 2015

lugar a la equivocación del ente acusador.” (Negrillas y Subrayas de la Sala)

Se revocó el decreto de nulidad disponiéndose la devolución del expediente al Despacho *a quo* para que continuara con el trámite a que había lugar, es decir, el juicio oral o verificación de allanamiento, si se insistía en ello.

4.3.1.2. Ahora bien, el abogado defensor sabía de esta decisión que –aunque básicamente le da la razón a la *a quo* en el sentido que hubo una indebida adecuación típica de la conducta punible-, dispuso que no era el decreto de nulidad el remedio a aplicar en este caso frente a la irregularidad cometida por el delegado de la Fiscalía, pues con ello no se cumplía con el principio de residualidad toda vez que había otra forma menos traumática de subsanarlo, sin necesidad de dilatar más la actuación.

En el *sub examine* es claro que se está ante un concurso homogéneo de delitos toda vez que el procesado incurrió en la omisión de consignar las sumas retenidas por concepto de IVA por los periodos 2011-1 por \$20.000, 2011-2 por \$4.547.000, 2011-3 por \$2.036.000, 2011-4 por \$1.652.000, 2011-5 por \$1.401.000, 2012-3 por \$49.000 y 2012-4 por \$252.000. Esos comportamientos, valga la pena aclararle al abogado defensor, no conforman una unidad, pues tienen autonomía e independencia propia, en la medida que la omisión al deber tributario se verifica de manera individual frente a cada uno de los periodos causados, los cuales, incluso, tienen fechas de pago totalmente diferentes.

En virtud a lo anterior, consideramos que la solución debida al yerro de legalidad cometido por el Ente Acusador es la que aplicó la *a quo*, es decir, el incremento de “*hasta en otro tanto*” por cada una de las conductas omisivas cometidas por el procesado, ello en aplicación a la regla del concurso de conductas punibles en los términos del artículo 31 del Código Penal. Siendo claro en todo caso que la primera instancia partió del mínimo de la pena establecido en el artículo 402 *ibídem*, esto es, 48 meses de prisión por una de las conductas omisivas, y aumentó un mes más por cada una de las 6 restantes, para un total de 54 meses de prisión.

Por último, resulta importante en todo caso aclararle a la defensa que las nulidades son, por antonomasia, errores *in procedendo*, es decir, errores de actividad procesal o de procedimiento; pero los errores *in iudicando*, o de juicio, no generan nulidad. Así pues, como la pena impuesta resulta razonable y el aumento no fue desproporcionado ni vulnera las garantías fundamentales concretamente el principio de legalidad ni el del debido proceso, se despachará de manera desfavorable la pretensión de la defensa apelante, negando la nulidad y confirmando la pena inicial impuesta por la *a quo*.

4.3.2. Sobre la rebaja de pena por allanamiento a cargos, sin reintegro de lo obtenido con la conducta punible.

Frente al tema, en efecto, la interpretación jurisprudencial de los mecanismos de justicia premial introducidos por la Ley 906 de 2004, ha transitado por la disyuntiva entre considerar el allanamiento a cargos como una forma o modalidad de acuerdo, o como figuras distintas entre sí, no equiparables.

Pues bien, claro está que la postura mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir del año 2017 con la expedición de sentencia SP14496¹⁶ -y retomando la interpretación plasmada en Sentencia del 23 de agosto de 2005 con Radicado 21954, que el allanamiento y los preacuerdos son formas de acuerdo- de manera reiterada ha señalado que el allanamiento a cargos no es una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia, sino una modalidad de acuerdo bilateral entre la Fiscalía y el imputado, en el cual este acepta su responsabilidad con el fin de obtener beneficios punitivos. Es así como al ser el allanamiento una forma de acuerdo, ello implica que en caso de delitos en los que el procesado haya obtenido un incremento patrimonial producto de la conducta punible, a efectos de lograr rebaja de pena por virtud del allanamiento a cargos se le debe exigir lo establecido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal¹⁷.

¹⁶ Sentencia con Radicado 39831 del 27 de septiembre de 2017.

¹⁷ "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"

Lo anterior acogiendo la Corte, como ya se dijo, su postura del año 2005 en la que, a raíz de una pretendida equiparación entre las figuras de la sentencia anticipada contenida en la Ley 600 de 2000 y el allanamiento a cargos contemplado en la para entonces reciente Ley 906 de 2004, se explicó:

“en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado” (Negrillas de la Sala).

Así, entre otras decisiones, en los AP 4884¹⁸ del 30 de octubre de 2019 y 50419¹⁹ de febrero de 2020, Radicado 55166, se ha reafirmado esa postura de entender el allanamiento a cargos como una modalidad de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos, al señalar que:

“Esta alternativa puede concretarse a través de dos opciones: allanándose a cargos, o negociando los términos de la imputación, sea para declararse culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que se elimine alguna causal de agravación punitiva, o un cargo específico, o se tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Acerca de estas dos formas de justicia premial, para lo que ahora es de interés, la Sala sostuvo en una línea jurisprudencial que se inició con la SP del 8 abril de 2008, Rad. 25306, que no había similitud entre allanamiento y preacuerdos, puesto que: “...en el allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito...”

*Esta tesis se mantuvo hasta la SP del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, **retomando la tesis de la SP del 23 de agosto de 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento***

¹⁸ Del 30 de octubre de 2019, Radicado 54954, MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

¹⁹ Del 19 de febrero de 2020, Radicado 55166, MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.” (Negrillas de la Sala)

Hace un par de años el Órgano de Cierre se ratificó e insistió en que allanamiento y preacuerdo son especies de un mismo género y por lo tanto están sometidos a las mismas exigencias cuando el sujeto activo del delito obtiene incremento patrimonial derivado del mismo²⁰, aclarando que ambos modelos no se pueden concebir únicamente como el mecanismo para terminar anticipadamente el proceso, con el argumento de que la idea del sistema penal acusatorio es la de evitar ante todo y por todo el juicio oral, esos institutos no se pueden interpretar solo con base en efectos pragmáticos, que si bien son importantes y deseables, no son los únicos pues, el reconocimiento de las víctimas como actores centrales del proceso penal, implica que su interés es un elemento esencial en la interpretación de las disposiciones procesales.

En virtud de lo anterior se resalta que una de las finalidades de las terminaciones anticipadas del proceso es la de propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, de ahí que esa exigencia del reintegro patrimonial producto del delito no se limite a los preacuerdos pues, tal y como lo sostuvo el Juez de primera instancia, dicha interpretación genera una desprotección a las víctimas, quienes por ley tienen derecho a una pronta e integral reparación del daño; pero además, con la aplicación analógica del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se busca evitar el enriquecimiento de quienes obtienen provecho económico con el delito. E incluso advierte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²¹ que el desconocimiento del mandato contenido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal desacata el cumplimiento de las finalidades de la justicia anticipada.

Consideramos que sostener la tesis contraria, según la cual quien se allana no está en la obligación de reintegrar lo ilícitamente percibido, envía un mensaje errado sobre la rentabilidad de la comisión de delitos contra el patrimonio económico, cuando se pretende que por la aceptación de cargos de quien

²⁰ CSJ SP287 del 9 de febrero de 2022, Radicado 55914.

²¹ *Op. Cit.*

obtuvo las ganancias económicas con su actuar ilícito, además de ello reciba beneficios punitivos como lograr una rebaja de pena bastante sustancial; sería tanto como dar a entender que tras delinquir y luego someterse a la justicia se puede generar una rentabilidad.

Para esta Sala Mayoritaria entonces la exigencia contemplada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituye un presupuesto de validez tanto para preacuerdos como para allanamientos, sin que esto suponga un obstáculo para que quien desee allanarse a cargos sin el reintegro del incremento patrimonial, lo haga, pero siempre y cuando haya sido debidamente informado que, bajo esas condiciones, no obtendría ningún tipo de rebaja de pena por la aceptación, como se hizo en el *sub examine*. Así lo ha señalado la Corte al precisar que:

“aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente [refiriéndose a la sentencia de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831] no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva alguna”

Pues bien, en este caso el procesado fue debidamente informado de las consecuencias de la aceptación de cargos bajo las circunstancias en que lo hizo. No devolvió lo ilícitamente apropiado, ni el valor de lo mismo pues, conforme se extrae de los hechos jurídicamente relevantes, con la conducta punible se obtuvo un incremento patrimonial de más de nueve millones de pesos, es decir, Zuluca Carvajal incrementó su patrimonio en ese monto concreto que no fue reintegrado a la DIAN. El apelante y su prohijado estaban completamente conscientes de la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pues la Juez de primera instancia fue enfática en este aspecto y aun así Juan Esteban se allanó, exteriorizando con ello su voluntad de manera libre, después de ser debida y suficientemente informado.

Además es importante acotar que aunque no desconocemos que el 17 de julio de 2024, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió

una providencia²² con la cual pudiera entenderse un cambio de postura respecto a este asunto concreto de la restricción del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal para los allanamientos, consideramos que dicho criterio no es vinculante pues incluso contó con varios salvamentos de voto, luego no se trata de una postura pacífica del Órgano de Cierre en materia penal, ni tampoco es precedente si se tiene en cuenta que tanto el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “*doctrina legal probable*” y conforman un precedente.

Lo anterior para enfatizar en que una sola decisión contrapuesta no es razón suficiente para apartarse del precedente que por años ha sostenido la Alta Corporación, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia fijada por los Órganos de Cierre es vinculante, sin que ello se deba interpretar como una imposición de la Corte, sino como “*la aplicación de la función Constitucional de unificar la interpretación del derecho que le corresponde a cada órgano de cierre en materia jurisdiccional*”²³. Corolario a lo expuesto, mantenemos la postura que hemos sostenido de forma mayoritaria.

4.3.2.1. Ahora bien, precisado este aspecto, la Juez de primera instancia en el *sub examine*, decidió apartarse del precedente del Órgano de Cierre en aplicación del principio de favorabilidad para lo cual citó la providencia SP287-2022, con Radicado 55914 de la Sala de Casación Penal de la Corte que, incluso, contradice lo decidido por ella respecto a que, por favorabilidad, no aplicaría la postura de la Corte desarrollada en el *ítem* precedente toda vez que no estaba vigente para los años 2011 y 2012 cuando se cometieron las conductas.

Incluso en la decisión traída a colación por la primera instancia se advierte que “***la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la***

²² CSJ, SP1901-2024, Radicado 64214.

²³ SP3883 del 26 de octubre de 2022, Radicado 55897, MP. Hugo Quintero Bernate.

voluntad de aceptar los cargos, petición que se manifestó conforme al estado del arte dominante para el instante en que se realizó la solicitud.”

Luego, no comprende esta Sala la razón para que la Juez, a efectos de tomar su determinación y sustentarla, cite una decisión de la Corte Suprema de Justicia que la contradice. Siendo importante en todo caso resalta que la Alta Corporación ha sido enfática en que la favorabilidad aplica respecto de las leyes y no frente interpretaciones jurisprudenciales sobre el alcance de una disposición normativa; al respecto la sentencia SP3177 del 7 de septiembre de 2022 con Radicado 61025 precisó:

“Cualquiera de aquellas soluciones podría no ser benévola frente al sujeto pasivo de la acción penal, pero ello no implica violación de la garantía de favorabilidad, la cual, como se sabe, opera solo respecto de leyes que entran en conflicto temporal para su aplicación a un supuesto fáctico determinado, y no cuando se trata de la interpretación de la norma, ejercicio en el que no existe obligación legal²⁴ de preferir la más benigna, sino de hallar la correcta o acertada con base en las herramientas y métodos que la doctrina, o la propia ley, prevén para ello (ejemplo: métodos histórico, lógico, sistemático y consecuencialista), independientemente del resultado frente al destinatario.

Es decir, dicho con palabras de reconocida doctrina:

En realidad, si todas las veces que es dudosa la voluntad de la ley se debiera escoger la más benigna, entonces habría terminado la interpretación; bastaría demostrar que respecto a una norma determinada es posible otra interpretación, para que entre las dos se debiera elegir la más benigna. En cambio, la interpretación tiene su razón de ser precisamente porque entre varios significados posibles no es verdad en absoluto que se deba preferir el más benigno; se debe indagar exclusivamente cuál es la voluntad de la ley, la que puede coincidir con el significado más riguroso²⁵.”

Bajo este panorama, tenemos que el actuar de la a quo en relación con el descuento punitivo otorgado a Juan Esteban Zuluaiica Carvajal no puede ser de recibo para esta Sala Mayoritaria, pues como quedó claro en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el allanamiento a cargos, en el entendido de que el acusado no cumplió con la exigencia contenida en

²⁴ El artículo 29, inciso tercero, de la Constitución Política prevé: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; el 6°, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, señala “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados”; el 6°, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000 advierte “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; y el artículo 44 de la ley 153 de 1887 consagra “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”.

²⁵ Concepto de Grispigni, Filippo, “Derecho penal italiano, Bs. Aires, Depalma, t I, 1949, pág. 363”, citado por Fernández Carrasquilla, Juan, en *Derecho Penal Fundamental. Vol. I. Introducción al derecho penal, evolución de la teoría del delito*. Bogotá, Editorial Temis, 1989, pág. 104.

el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el reintegro de por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y el aseguramiento del recaudo del remanente, ninguna duda surge en torno a que resulta completamente improcedente en este evento conceder la rebaja de pena por esa aceptación unilateral de responsabilidad, razón por la cual esta Sala Mayoritaria procederá a modificar la tasación de la pena realizada por la *a quo* en este sentido.

4.3.2.2. Así pues, tenemos entonces que la pena imponible a Zuluca Carvajal en atención a los hechos aquí investigados corresponde a la fijada por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, luego de hacer el correspondiente análisis sobre los presupuestos necesarios para llevar a cabo la dosificación punitiva y antes de aplicar la reducción de las sanciones por virtud del allanamiento a cargos, esto es, 54 meses de prisión y multa por valor de \$19.914.000. Por el mismo lapso de la pena principal se impondrá la accesoria.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR LA NULIDAD solicitada por la Defensa y **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, que declaró penalmente responsable a Juan Esteban Zuluca Carvajal por el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador.

SEGUNDO: En tanto se niega el otorgamiento de la rebaja punitiva por aceptación de cargos al no haber reintegro de lo ilícitamente apropiado, **SE MODIFICA** la pena impuesta, estableciéndose que la pena que debe purgar el señor Juan Esteban Zuluca Carvajal es de 54 meses de prisión y multa de

\$19.914.000. Por el mismo lapso de la pena principal, se le impone la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TERCERO: En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Contra esta decisión, que se notifica en estrados, procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

-Con Salvamento Parcial de Voto-
NELSON SARAY BOTERO

JESÚS GÓMEZ CENTENO

Firmado Por:

**Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Firma Con Salvamento Parcial De Voto

**Jesus Gomez Centeno
Magistrado
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **10bd3ecf177404fba91757fac3e3ae188818b520b4ded067e3513b8dae831094**
Documento generado en 27/01/2025 01:38:08 PM

Radicado: 05088-60-00200-2017-00460
Sentenciado: Juan Esteban Zuluaga Carvajal
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

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