



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, dieciséis de junio de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0053 del 08 de junio de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la apoderada de la víctima, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 16 de septiembre de 2020 por el Juez Penal del Circuito de Envigado mediante el cual condenó anticipadamente al acusado JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa por valor de treinta millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos (\$30.846.000), así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable de la autoría del delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"EL CIUDADANO JAVIER AUGUSTO DOMINGUEZ MEJIA C.C. 71.685.622, es denunciado el 14 DE ABRIL DE 2010 por la funcionaria de la DIAN autorizada para ello, abogada de la división jurídica de la dirección de impuestos y aduanas nacionales (DIAN), por cuanto el ciudadano en mención presentó 03 declaraciones de VENTAS, y ADICIONADA UNA NUEVA DENUNCIA EL 19 DE FEBRERO DE 2015 POR 05 OBLIGACIONES DE VENTAS Y UNA RETENCIÓN, sin haber efectuado el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional. Deber que le correspondía, pues para la fecha de los hechos fungía como gerente de "DOMINGUEZ TELECOMUNICACIONES LTDA", CON NIT 900.230.480. DOMICILIO COMERCIAL ENVIGADO.

...

TOTAL DE IVA Y RETENCIÓN DE LA DENUNCIA + ADICIÓN SIN CANCELAR: \$30.846.000.

Es decir, quedando 07 obligaciones (6 de IVA Y 01 RETENCIÓN) pendientes de pago..."

En diligencia preliminar realizada el 26 de febrero de 2019 ante el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, la Fiscal 175 Seccional le formuló imputación al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA por la autoría del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, cargos que no fue aceptado por el implicado.

El 10 de mayo siguiente se radicó escrito de acusación y la formulación oral se instaló el 30 de junio de 2020 ante el Juez Penal del Circuito de Envigado, y al inicio de la diligencia el defensor manifestó que la voluntad de su prohijado era aceptar de manera unilateral su responsabilidad frente al delito que le fue imputado por la Fiscalía General de la Nación, esto es, omisión de agente retenedor o recaudador consagrado en el artículo 402 del código penal, allanamiento a cargos que fue verificado y aprobado por el fallador de primera instancia en la misma diligencia. Acto seguido se corrió el traslado a las partes de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el 16 de septiembre último se dio lectura a la sentencia anticipada, decisión que es objeto de impugnación por parte de la apoderada de la víctima en punto del reconocimiento del descuento punitivo por el allanamiento a cargos sin el correspondiente reintegro del dinero oficial apropiado.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El sentenciador de primera instancia, luego de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para emitir la respectiva sentencia condenatoria, procedió a hacer la dosificación punitiva para lo cual determinó el ámbito de movilidad teniendo en cuenta que el artículo 402 del código penal establece una sanción entre los cuarenta y ocho (48) y los ciento ocho (108) meses de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 de unidades de valor tributario (UVT).

Luego expuso que como en el asunto objeto de examen no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y, en cambio sí concurre la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 599 de 2000, se ubicó en el primer cuarto y fijó la sanción en el límite inferior, esto es, 48 meses de prisión, cifra a la cual le redujo el 50% por el allanamiento a cargos para una pena privativa de la libertad definitiva de 24 meses.

Y sobre la pena de multa anotó el a quo que la rebaja de pena se haría en la misma proporción por lo que pasó a establecerla en treinta millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos (\$30´846.000).

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La apoderada de la DIAN, entidad reconocida como víctima, cuestiona la decisión de primera instancia en dos aspectos concretos: (i) la rebaja punitiva reconocida al procesado por el allanamiento a cargos pese a que no cumplió con el reintegro del incremento patrimonial injustificado obtenido con la comisión del delito, tal y como lo exige el antecedente jurisprudencial vigente; y (ii) la imposición de la pena de multa por valor de \$30.846.000, la cual estima como un error por cuanto la sumatoria de las obligaciones denunciadas arroja una cifra de \$36.233.000.

Luego de hacer un recuento procesal, sostiene la recurrente que en la decisión apelada solamente se hizo referencia a los elementos estructurales del delito, así como a los presupuestos procesales básicos para proferir una sentencia de fondo tales como

lo relativo a lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio, pero que no se mencionó que para acceder a la rebaja punitiva es necesario que concurra el reintegro del incremento patrimonial consagrado en el artículo 349 del código de procedimiento penal, tesis que ha sido establecida por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias Nos. 39831 de 2017 y 54954 de 2019, destacando que en este sentido se ha vuelto a la hipótesis sentada primigeniamente en las providencias Nos 21954 y 21347, ambas de 2005, según la cual la figura del 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.

Adicionalmente, adujo que en el auto AP4884-2019 con radicación 54954, también se expresó que la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de presentarse el allanamiento a cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar la imputación jurídica realizada, razón por la cual le era dable al juzgador de primera instancia exigirle al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA el reintegro de los dineros oficiales apropiados como incremento patrimonial obtenido con el delito como presupuesto para el reconocimiento de la rebaja de pena, pero que, como ello no fue así, se desconoció el precedente jurisprudencial citado en el disenso, vulnerándose así las garantías de la víctima (DIAN/Estado), especialmente el derecho a la reparación.

Y sobre el segundo aspecto indica la censora que la sumatoria de las obligaciones denunciadas arroja un valor total de treinta y seis millones doscientos treinta y tres mil pesos

(\$36.233.000), tal como se desprende de la relación de cada una de las obligaciones denunciadas y que están detalladas en el cuadro expuesto en el acápite de antecedentes de la sentencia recurrida, siendo precisamente esa cifra la que debió tomar como base el fallador para determinar el valor de la pena de multa impuesta.

De conformidad con lo anterior, la recurrente, invocando la protección de los derechos que la constitución y la ley les confiere a las víctimas y en búsqueda de una tutela judicial efectiva, deprecó que se exija el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito como requisito para que el señor JAVIER AUGUSTO DOMINGUEZ MEJIA pueda acceder en debida forma a la rebaja de pena por la aceptación de los cargos, además de que se corrija la pena de multa impuesta al procesado ajustándola a la cifra correcta de conformidad con el valor total de las obligaciones denunciadas.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Dieciocho Penal del Circuito de Medellín mediante el cual le concedió una rebaja punitiva al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA correspondiente al 50% de la pena imponible por el allanamiento a cargos.

De conformidad con los argumentos expuestos por la censora y atendiendo a la naturaleza rogada de la segunda

instancia, el problema jurídico que entrará a estudiar la Sala corresponde en determinar si en este evento deviene exigible el cumplimiento de lo establecido en el artículo 349 del código de procedimiento penal como presupuesto para brindar la rebaja punitiva en virtud de la aceptación unilateral de cargos manifestada por el procesado.

En este punto, deviene importante resaltar que pese a que en la audiencia de individualización de pena y sentencia la apoderada de la víctima solicitó se tuviese en cuenta la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre este tema, y a que el representante del Ministerio Público expuso la razón por la cual estimaba que dicha exigencia no era aplicable en el evento sometido a estudio¹, al momento de conceder el descuento punitivo el Juez Penal del Circuito de Envigado se abstuvo de emitir argumento alguno sobre los motivos por los cuales se apartaba del precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia y que fue le referido por la afectada.

Y es que frente al desarrollo jurisprudencial del cual depreca la recurrente su aplicación en el sub judice, esto es, la exigencia del cumplimiento de lo establecido en el artículo 349 del código de procedimiento penal en los allanamientos que realicen los imputados frente a los delitos de los cuales obtuvieron un incremento patrimonial, debe decirse que esta Corporación estima que dicha postura es una clara y precisa interpretación de la normatividad procesal penal actual, específicamente del Título II del Libro III de esa codificación que regula los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

¹ Minuto 32:23 a 33:54 de la audiencia celebrada el 30 de julio de 2020.

En este sentido, la tesis de que el allanamiento a cargos es una especie de acuerdo surge como una deducción lógica del estudio del título que trata sobre las formas de terminación anticipada y consensuada del código de procedimiento penal, y aunque al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido algunas variaciones en el transcurso de los últimos años, ya que inicialmente consideró que las dos figuras hacían parte de un mismo conjunto y por tanto compartían rasgos comunes y por ello estableció que la limitante del artículo 349 del código de procedimiento penal se aplicaba por igual a los dos mecanismos², luego al asumir que eran institutos procesales disimiles concluyó, con una interpretación exegética de la norma, que la referida condicionante solo era predicable para los preacuerdos³.

No obstante a lo anterior, un nuevo giro dio la Corte Suprema de Justicia en la decisión SP14496-2017, radicado N° 39831 del 27 de septiembre de 2017, al volver a su primigenia tesis indicando que:

"En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que:

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

² Corte Suprema de Justicia, sentencias con radicados N° 21954 del 23 de agosto de 2005 y 21347 del 14 de diciembre de 2005.

³ Radicado N° 25306 del 08 de abril de 2008, entre otros.

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».
(Subrayas fuera del texto original) ⁴

Recientemente, la alta Corporación ha ratificado esta postura al sostener que:

"3.3. *De acuerdo con lo anterior se confirmará la decisión recurrida. Le asistió razón al Tribunal en la medida que, según la vigente interpretación mayoritaria de la Sala, para la aprobación del allanamiento, cuando se trata de conductas ilícitas producto de las cuales el procesado obtuvo un incremento patrimonial, para sí o para terceros, es requisito ineludible e imperativo, por ende, no condonable, la devolución de la mitad del valor apropiado y garantizar el recaudo del monto restante. En consecuencia, la situación subjetiva del procesado –falta de recursos económicos-, en ningún caso lo exonera del cumplimiento de dicha obligación.*" (Subrayas fuera del texto original) ⁵

Por otra parte, en la sentencia SP2259-2018, radicación N° 47681 del 20 de junio de 2018, se estableció que:

"Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta

⁴ Tesis reiterada en la sentencia SP 436-2018, con radicado N° 51833 del 28 de febrero de 2018.

⁵ Corte Suprema de Justicia, AP504-2020, con radicación N° 55166 del 19 de febrero de 2020.

de presente 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.”

De conformidad con lo anterior deviene claro que la exigencia contemplada en el artículo 349 del código de procedimiento penal⁶ resulta completamente aplicable en este evento pero solo como requisito de procedibilidad para la concesión de la correspondiente rebaja punitiva y no de la aprobación de la aceptación unilateral de responsabilidad, pues de lo contrario se estaría entrando en contradicción con el contenido del artículo 288 ibídem en atención a que a todos los imputados les asiste el derecho de poder allanarse a los cargos que la Fiscalía General de la Nación les endilga.

Entonces, una vez verificado lo acontecido en la audiencia en la que se llevó a cabo el allanamiento a cargos por parte del señor DOMÍNGUEZ MEJÍA⁷, tenemos que el Juez Penal del Circuito de Envigado al momento de constatar que la decisión tomada por éste fuera libre, consciente y voluntaria y de comprobar la legalidad de la aceptación de la responsabilidad penal, nada le dijo al implicado sobre la posibilidad de ser beneficiado con algún descuento punitivo como consecuencia de la terminación anticipada del proceso, pues inmediatamente después de haberlo interrogado

⁶ Norma que se encuentra dentro del Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 que regula los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

⁷ Diligencia de formulación de acusación que mutó a verificación de allanamiento celebrada el 30 de julio de 2020.

sobre las anteriores circunstancias el a quo pasó a correr el traslado consagrado en el artículo 447 del código de procedimiento penal, eventualidad de la cual se puede inferir que el consentimiento emitido en este evento no tuvo como presupuesto o fundamento la concesión de alguna rebaja de pena.

A más de lo expuesto en precedencia, se observa que en la audiencia de formulación de imputación la Fiscal 175 Seccional, luego de darle a conocer al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA la imputación fáctica y jurídica, le informó que *“es mi obligación, por una decisión del Tribunal Superior de Medellín de hace 15 días mas o menos, de un caso de mi despacho, donde indica que también le debemos informar que puede ser probable que a usted no le hagan ninguna rebaja toda vez que hay ciertos jueces penales del circuito que acogen una tesis que viene trabajando la Corte Suprema de Justicia desde el 27 de septiembre de 2017 con la sentencia llamada entre comillas, de los Nule, que es el radicado 39831, magistrado ponente José Francisco Acuña Vizcaya, y allí la Corte asimila allanamiento a preacuerdo y de ahí que si tomamos este símil indica que para hacer una aceptación de cargos usted debe reintegrar lo apoderado, lo percibido con el delito”*.⁸

Así las cosas, se tiene que el señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA tenía conocimiento de que en su caso era factible que pese a que se allanara a los cargos atribuidos por la Fiscalía no sería acreedor de ninguna rebaja punitiva en caso de no cumplir con el reintegro del 50% de los dineros que recaudó por concepto del impuesto de venta y retención en la fuente y que no consignó a la DIAN, y asegurar el pago del remanente, razón por la cual no se observa ningún vicio en su consentimiento al aceptar

⁸ Minuto 13:11 a 14:08 de la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2019 ante el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín.

unilateralmente su responsabilidad penal en los hechos investigados.

Bajo este panorama tenemos que el actuar del fallador de primera instancia en relación con el descuento punitivo otorgado al señor DOMÍNGUEZ MEJÍA no deviene pertinente, pues como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en esta providencia y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el allanamiento a cargos, en el entendido de que el procesado no cumplió con la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, 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 Corporación procederá a modificar la tasación de la pena realizada por el a quo en este sentido.

Al respecto tenemos entonces que la pena imponible al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA en atención a los hechos aquí investigados corresponde a la fijada por el Juez Penal del Circuito de Envigado 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, 48 meses de prisión y multa por valor de sesenta y un millones seiscientos noventa y dos mil pesos (\$61.692.000)⁹.

⁹ Cifra que obedece al doble del valor que el acusado dejó de consignarle a la DIAN, Cifra que según la formulación de imputación y el escrito de acusación corresponde a \$30.846.000.

En el mismo lapso de la pena privativa de la libertad queda asignada la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Adicionalmente se aclara que como el guarismo aquí fijado respecto a la pena privativa de la libertad se encuentra acorde con lo instituido en el numeral 1º del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, la suspensión condicional de la ejecución de la pena otorgada al señor DOMÍNGUEZ MEJÍA seguirá vigente.

Finalmente, en relación con la pena de multa y con el propósito de resolver el segundo punto de inconformidad planteado en el disenso, debe decirse que esta Corporación no observa yerro alguno en el que hubiese podido incurrir el fallador al establecer el total de las obligaciones tributarias dejadas de pagar y que fueron objeto de denuncia, pues si bien el cuadro al que hace alusión la recurrente y que fue relacionado en la sentencia de primera instancia en el acápite "*III. Antecedentes*" relaciona 9 períodos que dan una suma de \$36.233.000, lo cierto es que en la formulación de imputación la Fiscalía le comunicó al procesado que *"...de esa denuncia y de esa adición ya usted ha realizado algunos pagos y de acuerdo con certificación dada por la misma Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tenemos que hoy día, de esa primera denuncia, aun está sin pago el impuesto de venta del año 2009, período uno... Es decir, de la primera denuncia tenemos una obligación de ventas por \$2.715.000 y de la adición tenemos cinco impuestos ventas y una de retención para un total de \$28.131.000 de esa adición. Es decir, los cargos por los cuales se le está formulando imputación el día de hoy son impuesto de seis ventas y de una retención que suman en su totalidad \$30.846.000..."*¹⁰.

¹⁰ Minuto 7:14 a 8:48 de la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2019 ante el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín.

La anterior información fue reiterada en el folio 2 del escrito de acusación donde también figura la tabla a la que alude la apoderada de la víctima, pero allí se observa que dos de esas obligaciones aparecen resaltadas, específicamente las referidas a los conceptos de ventas de los meses 06 de 2008 y 02 de 2009 por \$3.837.000 y \$1.550.000, respectivamente, y además de manera textual se detalló: "*TOTAL DE IVA Y RETENCIÓN DE LA DENUNCIA + ADICIÓN SIN CANCELAR: \$30.846.000*".

Entonces, tenemos que la petición expresada por la censora referente a que se tenga como base el valor de \$36.233.000 para imponer la pena de multa no está llamada a prosperar, pues tal y como se dejó sentado en precedencia, la imputación fáctica atribuida por la Fiscalía y aceptada por el señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA en este proceso está fundamentada en unas obligaciones tributarias dejadas de pagar por valor de \$30.846.000.

Por lo expuesto, 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: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2020 por el Juez Penal del Circuito de Envigado, fijándole definitivamente al señor JAVIER AUGUSTO DOMÍNGUEZ MEJÍA la sanción principal en CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN y MULTA POR VALOR DE SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS (\$61.692.000). En el mismo término de la pena privativa de

la libertad queda establecida la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

SEGUNDO: En lo demás, materia de apelación, **SE CONFIRMA** el fallo recurrido.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

-Con aclaración de voto-



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado