REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, veintidós (22) octubre de dos mil veintiuno (2.021)
Acta Nro. 829
Hora: 8:20 a.m.

Procesado: CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE
Rad. # 66170 60 00 066 2016 02241 01
Delito: Omisión de Agente Retenedor
Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto en contra de Sentencia Condenatoria
Temas: Requisitos para la procedencia del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la Pena. Declinación de los incrementos punitivos de la ley # 890 de 2.004.
Decisión: Confirma y modifica el fallo opugnado

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2.020 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que se surtió en contra del ciudadano CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

ANTECEDENTES:

De acuerdo con la denuncia penal formulada por la Dra. JENNY MARCELA IDÁRRAGA RENDÓN, obrando en nombre y representación de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, radicada en la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía el día 25 de agosto de 2.017, se dice que el señor CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE, en su calidad de representante legal de la empresa ELETEC E.U. es responsable del cumplimiento de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de Impuesto sobre las ventas (IVA), que genera la actividad económica de dicha entidad. Igualmente en dicha denuncia se aduce que el aludido ciudadano había incumplido con dicho deber puesto que no consignó a órdenes del erario las sumas relacionadas en sus declaraciones privadas de IVA dentro de los dos meses siguientes a la fecha señalada por el gobierno nacional para su presentación.

Los conceptos, años períodos y valores de las declaraciones presentadas sin pago son: el período 2 del año 2.015 por valor de $23.567.000; el período 3 del año 2.015 por un valor de $31.190.000, y el período 1 del año 2.016 por la suma de $31.786.000. Todo lo anterior para un valor total de $86.543.000.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1. La audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo 9 de mayo de 2.018, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, en la cual al incriminado se le enrostraron cargos por presuntamente haber incurrido en el delito de omisión de agente retenedor o recaudador previsto en el artículo 402 del C.P., los cuales no fueron aceptados por el encartado.

2. En las calendas del 8 de agosto de 2.018 la Fiscalía presentó en contra del procesado el respectivo libelo acusatorio, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, cuyo titular procedió a llevar a cabo la audiencia de formulación de la acusación el 12 de octubre de 2.018, diligencia en la que la F.G.N. reiteró los cargos endilgados al señor CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE.

3. La audiencia preparatoria se instaló el 17 de enero de 2.019 y luego de múltiples aplazamientos y suspensiones, ese acto se pudo materializar el 13 de diciembre de 2.019.

4. El juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 27 de febrero y 7 de septiembre de 2.020. En la última de las diligencias aludidas, el señor CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE decidió aceptar los cargos por los cuales viene siendo investigado, motivo por el cual el *A quo* procedió a emitir el sentido del fallo condenatorio.

5. La sentencia fue proferida el 28 de septiembre de 2.020, la cual fue apelada por el abogado que representa los intereses del procesado.

LA SENTENCIA APELADA:

En la fecha arriba referida, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, emitió el fallo mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE por incurrir en la comisión de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal del acusado CANO LAVERDE, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 48 meses de prisión, sin que fuera merecedor del subrogado de ejecución condicional de la pena privativa de la libertad.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para declarar la responsabilidad criminal del encartado, se basaron en la decisión de aquel de aceptar los cargos, sumado a las pruebas habidas en la actuación, las cuales satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria.

En lo que respecta a la negativa del sustituto penal, el Juzgado de primer grado fundamentó su determinación en la exclusión de beneficios y subrogados penales de que trata el artículo 68A del C.P., señalando que aquellas personas que eran condenadas por delitos dolosos ejecutados en contra de la Administración Pública, no eran merecedoras a ese tipo de prerrogativas, y en ese sentido trajo a colación la sentencia SP1500-2020, Rad. 54332 del 17 de junio de 2.020.

LA ALZADA:

El defensor del señor CANO LAVERDE oportunamente presentó el escrito mediante el cual sustentó el recurso incoado, en el que inicialmente solicitó que se modificara la sentencia de primer nivel y se le concediera a su representado la suspensión condicional de la pena o en su defecto la prisión domiciliaria, por ser estos mecanismos alternativos de la pena de prisión mediante los cuales se pueden alcanzar los fines de las penas.

Hizo alusión a los requisitos previstos en el artículo 63 del CP para acceder a la suspensión condicional de la pena, y a la valoración que debe realizar el fallador frente a la conducta investigada conforme a los lineamientos de la sentencia C-757 de 2.014.

En el caso subjudice el señor CANO LAVERDE demostró un adecuado comportamiento durante las diferentes etapas procesales, lo que aunado a su allanamiento a cargos permite inferir que no requiere purgar la pena impuesta en

un establecimiento carcelario, y que incluso la misma puede ser descontada desde el lugar de su residencia.

Se debe tener en cuenta que el delito por el que fue hallado responsable el aquí encartado no lo hace incapaz para vivir en sociedad ni en su entorno familiar, máxime si se tiene en cuenta que es padre cabeza de hogar, y su núcleo familiar requiere de su presencia ya que dependen de él tanto en la parte económica como en lo que tiene que ver con el cuidado personal, por lo que la sustitución de la pena de prisión resulta ser necesaria en aras de garantizar los derechos sus familiares que se encuentran en estado de desprotección.

Al momento de valorar la gravedad de la conducta que se le enrostra al señor CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE, se debe tener en cuenta que este aceptó los cargos y que la deuda que presenta ante la DIAN se generó a partir de una crisis y de un mal asesoramiento respecto a ese aspecto en particular.

Pese a que existe una prohibición legal para otorgar el sustituto de la ejecución condicional de la pena a aquellas personas que incurren en delitos que atentan en contra de la administración pública, se debe tener en cuenta que en el presente asunto se hace referencia a una persona particular que estaba encargada de recaudar los impuestos de la DIAN sin retribución alguna.

El monto que adeuda el procesado a la DIAN fue contraída en su condición de pequeño empresario y de conformidad con lo señalado en el artículo 28 de la Constitución Política, en ningún evento habrá detención, prisión o arresto por deudas, y por lo tanto dicha obligación no debería ser el fundamento de la privación de la libertad del acusado, máxime si existe un mandato de rango constitucional que así lo prohíbe.

Se debe tener en cuenta que el señor CANO LAVERDE se allanó a los cargos que le fueron enrostrados y mostró un interés a lo largo de la investigación, en aras de colaborar con la justicia, por lo que considera se le debe conceder la suspensión condicional de la pena para que la sanción impuesta se ajuste el principio de proporcionalidad.

LA RÉPLICA:

El apoderado judicial de la DIAN pidió que se dejara incólume el proveído opugnado teniendo en cuenta que el señor CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE había omitido de manera injustificada su deber legal de recaudar el impuesto sobre las ventas como representante legal de la empresa ELECTEC E.U. con lo cual defraudó al erario público.

Adujo que el delito de omisión de agente retenedor o recaudador no se encuentra dirigido a cobrar una obligación, pero si constituye un mecanismo idóneo para recuperar los dineros del estado que fueron apropiados de manera indebida, máxime cuando en casos como el presente, las sumas recaudadas por concepto del IVA son el resultado de una actividad económica que no se desprende del patrimonio del acusado, sino que se obtiene a través de los pagos efectuados por los consumidores finales quienes confían en que esos montos serán legalmente declarados y pagados por parte del obligado.

Finalmente advirtió que frente a la conducta referida en el artículo 402 del C.P. existe una prohibición legal en lo referente al otorgamiento de beneficios y subrogados, y tampoco no resulta apropiado relacionar las consecuencias propias de un delito con lo previsto en el artículo 28 de la Carta Magna, pues como ya se advirtió, el proceso penal que se adelantó en contra del señor CANO LAVERDE no se deriva de una deuda sin cancelar, sino de un comportamiento antijurídico.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con lo consignado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P. es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal de uno de los Circuitos que hacen parte de este Distrito Judicial.

Igualmente, la Sala no avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que haya incidido para viciar de nulidad la presente actuación y que conspire de manera negativa en la resolución de fondo de la presente alzada.

- Problema Jurídico:

Acorde con el contenido de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problema jurídico, se desprende el siguiente:

¿Se cumplían con los requisitos necesarios para que al procesado CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE le fuera concedido el sustituto penal de la ejecución de la pena, o que, en su defecto, la pena de prisión intramural fuera sustituida por prisión domiciliara?

- Solución:

Un análisis del contenido de la actuación procesal, nos enseña que en el presente asunto estamos en presencia de un proceso que finiquitó como consecuencia de la decisión del procesado de allanarse a los cargos, pero con la peculiaridad consistente en que cuando el encausado

expresó tal determinación[1] no se cumplian con los requisitos establecidos en el artículo 349 C.P.P. para la procedencia de la aprobación del allanamiento a cargos, en atención a que acorde con la naturaleza del delito y su comisión, ello incidió para que el encausado obtuviera un incremento patrimonial, por lo que como consecuencia de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la sentencia del 27 de septiembre de 2.017. SP14496-2017. Rad. # 39831, en la que se estableció que los allanamientos a cargos son una modalidad de los preacuerdos, era deber del procesado el reintegrar por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido, y como se sabe el encausado no cumplió con tal obligación, y por ende en un principio no se le debía dar trámite al proceso abreviado generado como consecuencia de la presencia de alguna de las modalidades de terminación anticipada de los procesos penales.

Pese a lo anterior, la realidad procesal nos enseña que el procesado, luego de ser informado de la improcedencia de su petición, en donde se le hizo hincapié que al no cumplir con el requisito del reintegro no podría hacerse merecedor de descuento punitivo alguno, persistió en su deseo de allanarse a los cargos a sabiendas de las consecuencias que generaría tal determinación: la de no hacerse acreedor de descuento punitivo alguno, lo cual dio lugar para que el Juzgado de primer nivel procediera a impartirle aprobación a dicha aceptación de cargos, lo que conllevó, como se sabe, para que se profiriera una sentencia condenatoria en la que al procesado no se le otorgó ningún tipo de descuento punitivo como consecuencia de su determinación de allanarse a los cargos.

Para la Sala, lo acontecido eventualmente podría viciar de nulidad la actuación procesal por incurrirse en una violación del debido proceso, debido a *«que el presupuesto del*

---

[1] Lo que ocurrió al inicio de la audiencia del juicio oral.

reintegro constituye motivo de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso…»[2]*,* o sea que operaria a modo de una especie de causal de procedibilidad para la procedencia de la aprobación de un preacuerdo o de un allanamiento a cargos, lo cual nos quiere decir que en aquellos eventos en los que no se cumpla con ese requisito, no sería factible darle trámite a dicha modalidad de la terminación anticipada de los procesos penales, y por ende el proceso debe seguir su curso normal y ordinario.

A lo anterior, se le debe aunar que proferir un fallo con base en un allanamiento a cargos sin conceder ningún tipo de compensaciones punitivas en favor del procesado podría contrariar los postulados que orientan el derecho premial[3], el que hace parte del debido proceso, según el cual, quien se acoge a alguna de las modalidades de terminación anticipada de los procesos penales, debería hacerse merecedor de algún tipo de descuento punitivo a modo de compensación por evitar un desgate innecesario de la administración de justicia.

Lo anterior, mirado desde una óptica eminentemente ortodoxa, podría dar lugar a la declaratoria de la nulidad de la actuación procesal como consecuencia de haberse socavado las bases estructurales del debido proceso, pues se insiste, al no aprobarse un allanamiento a cargos por no cumplirse con un presupuesto de procedibilidad, la consecuencia lógica es que el proceso debería seguir su curso normal.

Pero de igual manera lo antes expuesto también debería ser visto desde un ámbito pragmático que conjuraría la

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 14 de mayo de 2009. Rad. # 29473.

[3] La Sala hace la salvedad que no se está haciendo mención de aquellas hipótesis en las que por ministerio de la ley existe prohibición expresa de reconocer descuentos punitivos por el acogimiento de cualquiera de las modalidades de terminación anticipada de los procesos penales, en los que de todas formas procederían los allanamientos a cargos, pero sin el reconocimiento de los descuentos punitivos del caso.

declaratoria de la nulidad del proceso, sí partimos de la base consistente que uno de los presupuestos que orientaron la implementación del sistema penal acusatorio radicaba en procurar la implementación de herramientas que propiciaran la participación proactiva del procesado en la solución del conflicto, para de esa forma evitar un desgaste innecesario de la actuación procesal. Por ello, entre las prerrogativas que le asisten al procesado cuando ejerce la defensa material, se encuentra la opción de renunciar a su derecho a tener un juicio oral[4], lo que, como se sabe, acontecería en los eventos de terminación abreviada de los procesos penales.

Por lo tanto, sí en el presente asunto el procesado, con el debido asesoramiento del letrado que lo apadrinaba, a sabiendas que no se haría acreedor de ningún tipo de descuento punitivo, de todas maneras decidió aceptar los cargos enrostrados en su contra, para la Sala no existe duda alguna que válidamente hizo uso de la aludida prerrogativa que le asistía de renunciar al derecho de ser sometido a un juicio; y por ende, sí el procesado lo único que hizo fue hacer uso de un derecho al que válidamente podía renunciar, tal situación dejaría sin cimiento cualquier mácula que podría viciar de nulidad el proceso, ya sea por conculcación del debido proceso o por violación del derecho de la defensa.

A lo anterior, se le debe aunar que cualquier tipo de irregularidad que podría viciar de nulidad el proceso se encontraría saneada acorde con el principio de la convalidación, según el cual *«aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales…»*[5]; lo que ha acontecido de manera tácita en el presente asunto, sí

---

[4] Ordinal L del artículo 8º C.P.P.

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de octubre de 2.011. Rad. # 32143.

tenemos en cuenta que la Defensa, tanto la material como la técnica, auspició y patrocinó para que tuviera lugar la terminación anticipada del proceso. A lo que también se le podría sumar que el procesado, con el debido acompañamiento y asesoramiento del letrado que lo representaba, fue quien unilateralmente decidió allanarse a los cargos a sabiendas de las consecuencias a las que se exponía, lo que repercutiría en la aplicación del principio de protección, en cuya virtud la nulidad *«no la puede invocar si con su conducta dio lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica…»*[6].

En suma, lo antes expuesto es suficiente para que la Sala concluya que, pese a la irregularidad acontecida, en momento alguno se socavaron las bases estructurales del debido proceso, ni se vulneró el derecho de la defensa, lo que hacia improcedente la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

Estando claro que el procesado se allanó a los cargos, sin cumplir con el requisito del reintegro, lo que implicó que no pudiera hacerse acreedor, a modo de compensación, de ningún tipo de descuento punitivo, tal situación podría repercutir para que en el escenario eminentemente punitivo se presentara el fenómeno de la declinación de la Ley # 890 de 2.004, según el cual, en aquellos eventos en los que el procesado, como consecuencia de su decisión de aceptar los cargos enrostrados en su contra, no pueda hacerse acreedor de ningún tipo de descuento punitivo, ello, dentro del espectro punitivo, implicaría una inaplicación de los incrementos punitivos regulados por la Ley # 890 de 2.004, si se tiene en cuenta que la razón de ser de esa ley radicó en operar de manera mancomunada con los preacuerdos y los allanamientos a cargos, para así evitar que quienes se

---

[6] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de marzo de 2021. SP823-2021. Rad. # 57194. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

sometan a esas modalidades de terminación abreviada de los procesos penales puedan hacerse merecedores de penas ínfimas e irrisorias como consecuencia del monto de los descuentos punitivos a los que se harían acreedores las personas que pretendan someterse a la justicia premial.

En tal sentido, vemos que la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la Sentencia del 27 de febrero de 2.013. Rad. # 33.254, y reiterado entre otros en las sentencias del 19 de junio 2013, Rad. 39719; 11 de noviembre 2013, Rad. 36400, ha sido la establecer la inaplicación de los incrementos punitivos regulados en la ley # 890 de 2.004, en aquellos eventos en los que el procesado se allana a los cargos sin que se haga merecedor de descuento punitivo alguno, por cuanto:

> "Pese a admitirse la legitimidad de la prohibición de descuentos punitivos (art. 26 de la Ley 1121 de 2006), en tanto medida de política criminal en lo procesal, salta a la vista una inocultable y nefasta consecuencia, a saber, el decaimiento de la justificación del aumento de penas introducido mediante el art. 14 de la Ley 890 de 2004 o, lo que es lo mismo, la desaparición de los fundamentos del plurimencionado incremento punitivo.
>
> (:::)
> De manera pues que si un aumento de penas carente de justificación se traduce en una medida arbitraria, la aplicación del incremento genérico del art. 14 de la Ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 deviene en desproporcionada.
>
> (:::)
>
> De una parte, la valoración político criminal emprendida a la hora de fijar los límites punitivos en el Código Penal y las posteriores reformas (en el caso de la extorsión: arts. 244 del C.P. y 5° de la Ley 733 de 2002) sigue intacta, pues la inaplicación del aumento genérico de penas que trajo la Ley 890 solamente implica suprimir una medida excesiva y desproporcionada; de otra, mal podría hablarse de

> impunidad y de un trato benigno por parte del Estado a extorsionistas, secuestradores y terroristas, dado que, además de las altas penas asignadas a ese tipo de delincuencia, la mayor dureza en su persecución y castigo también se expresa a través de aspectos procedimentales como la prohibición de conceder rebajas de pena y otros beneficios que, inclusive, se extienden hasta la imposibilidad de redención especial de pena por trabajo y estudio.
>
> (:::)
>
> Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena…"[7].

Es de resaltar que, pese a que en principio la hipótesis de declinación de la Ley # 890 de 2.004 se aplicó frente a las prohibiciones de concesiones de beneficios y descuentos punitivos respecto a los delitos de secuestro y extorsión conforme a lo referido en la Ley # 1121 de 2.006, de igual manera no puede ignorarse que el radio de acción de dicha excepción se amplió a partir de la sentencia del 30 de abril de 2014. SP5197-2014. Rad. # 41157, se adujo que esa misma línea de interpretación podría corresponder a otro tipo de delitos distintos a los de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, siempre y cuando las penas no hayan recibido posteriores modificaciones legislativas, porque en ese evento no procedería la hipótesis de inaplicación de la Ley # 890 de 1.994.

---

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 de febrero de 2.013. Rad. # 33.254

En consonancia con lo anterior, en el aludido precedente, la Corte expuso lo siguiente:

> "El criterio que ha venido desarrollando la Corte desde la casación 33254 de 27 de febrero de 2013, resulta también aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía General de la Nación o se allana a los cargos y sin que reciba ninguna compensación por acudir a alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso; no así en los casos de lesiones personales dolosas, y todos aquellos delitos que conforman el capítulo de las conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales, toda vez que en los mismos la pena no se incrementa con motivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sino por razones de política criminal que buscan una mejor protección de dicho bien jurídico cuando su titular es menor de edad…"[8].

En el caso *subexamine*, vistas las cosas desde un ámbito eminentemente punitivo, considera la Sala que era procedente la aplicación de la hipótesis de la declinación de la ley # 890 de 2.004, por lo siguiente:

- El procesado, por no cumplir con el requisito del reintegro, no se hizo merecedor de ningún tipo de descuento punitivo por allanarse a los cargos.

- La comisión del delito de omisión de agente retenedor ocurrió en el devenir de los años 2.015 y 2.016, antes de la entrada en vigencia del artículo 339 de la Ley # 1819 de 2.016 que modificó el artículo 402 del C.P. que tipifica el delito de marras[9], lo cual quiere decir que en el escenario de la punibilidad se deberían aplicar las penas acorde con la versión original del artículo 402 C.P. las

---

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 30 de abril de 2.014. SP5197-2014. Rad. # 41157. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

[9] La ley # 1.819 de 2016 data del 29 de diciembre de 2016, y según su artículo 376 entraba a regir a partir de su promulgación, que correspondía con la antes aludido fecha.

cuales oscilarían entre tres (3) a seis (6) años de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Otro aspecto que jugaría para que en favor del procesado se aplique la teoría de la declinación de la Ley 890 de 2.004, sería una de las modalidades con las cuales se podría extinguir la acción penal por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, la que sería el pago de la obligación tributaria; dicha modalidad de extinción de la acción penal se constituiría en un sin sentido frente al requisito del reintegro como presupuesto de procedibilidad para la aprobación de un allanamiento a cargos o de un preacuerdo, porque si el procesado cancela la obligación tributaria para hacerse acreedor de cualquier modalidad de terminación anticipada del proceso, tácitamente estaría extinguiendo la acción penal, si tenemos en cuenta, como ya se dijo, que el pago de la obligación tributaria es causal de extinción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 402 del C.P.

Por lo tanto, la Sala es de la opinión consistente que exigir el requisito de pago como presupuesto para la aprobación de un allanamiento a cargos o un preacuerdo, y que se garantice el reintegro del 50% restante al cual alude el artículo 349 del C.P.P., respecto de un delito de omisión de agente retenedor o recaudador, no tendría razón de ser por cuando con dicho pago el procesado estaría extinguiendo la acción penal por el aludido delito.

En consecuencia, esta Colegiatura arriba a la conclusión que en aquellos delitos en los cuales el pago se constituya en causal de extinción de la acción penal, aunado a que con su comisión implique una aumento patrimonial del sujeto agente, en la hipótesis que el procesado no pueda cumplir con la condición de reintegro, y decida someterse a cualquiera de las modalidades anticipadas del proceso

penal, y como consecuencia de su decisión no se haga merecedor de ningún tipo de descuento punitivo, se aplicará, dentro de lo posible, la teoría de la declinación de la Ley 890 de 2.004 en virtud de la cual no se tendrán en cuenta los incrementos punitivos que esta norma le efectuó a los diferentes delitos consagrados en el código penal.

Superado el anterior escollo, observa la Sala que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el no reconocimiento en favor del procesado del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el otorgamiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la de la pena de prisión, pese a que el procesado mostró un adecuado comportamiento en el devenir de la investigación y se allanó de manera voluntaria a los cargos por los cuales fue convocado al juicio, fuera de que el señor CANO LAVERDE es padre cabeza de familia, y además la imposición de una sanción penal, específicamente la detención del encartado fundada en lo que la defensa ha denominado una "deuda", contraviene los postulados del artículo 28 de la Constitución Política.

Frente a los anteriores argumentos que se constituyen la tesis de la inconformidad expresada por el recurrente, la Sala desde ahora advierte que los mismos están condenados al fracaso conforme a lo que se indicará a continuación:

El artículo 63 del C.P. contempla las exigencias legales para el otorgamiento del primero de los sustitutos penales en comento. Esa norma prevé que es posible suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera, segunda o única instancia, por un período de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado, cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta no exceda de 4 años de prisión.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y la conducta investigada no es una de las contenidas en el inciso 2º del artículo 68A del C.P., se concederá el subrogado con base solamente en el requisito objetivo del numeral 1º.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, se puede conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado indiquen que no es necesaria la ejecución de la pena.

Con base en lo anterior, partiendo del hecho de que el procesado fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de un delito de omisión del agente retenedor o recaudador, el cual hace parte de los delitos amparados por el interés jurídico de la administración pública, y haciendo una remisión a las prohibiciones contenidas del inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2.000, fácilmente se puede colegir que como se trata de un delito contra la administración pública, no hay lugar a conceder subrogados ni substitutos penales.

Ahora bien, en lo que respecta a la petición de la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en ocasión a su condición de padre cabeza de familia, de igual manera se dirá que la anterior prohibición consagrada en el artículo 68A del C.P. también se hace extensiva a la concesión de esa pena sustituta en cualquiera de sus modalidades, como bien se infiere de una simple y mera lectura de la disposición de la norma, la cual, reitera la Sala cobija tanto a la prisión domiciliaria básica como a las modalidades de prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia.

En el remoto de los eventos que se diga de manera irracional que la anterior prohibición no cobija a la figura de la detención domiciliaria por detentar el procesado la condición de padre o madre cabeza de familia, de igual forma esta Colegiatura estima que en el presente no están dados los presupuestos necesarios para la procedencia de la aludida pena sustituta en la modalidad enunciada.

Así tenemos que al hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo, frente al que vale la pena señalar que durante el desarrollo de la audiencia del 447 del C.P.P., el abogado que representa los intereses del procesado no emitió pronunciamiento alguno en lo que atañe con la supuesta condición del procesado de padre cabeza de familia acorde con lo regulado por la Ley 750 de 2.002, toda vez que solamente se limitó a solicitarle al *A quo* el otorgamiento de la prisión domiciliaria de manera genérica sin allegar elementos de juicio que respaldasen sus pretensiones.

Tal situación, nos hace inferir que en el presente asunto brilla por su ausencia la acreditación de los requisitos necesarios para la procedencia de la sustitución de la pena de prisión domiciliara por detentar el procesado el procesado la condición de padre de cabeza de familia, por cuanto se desconoce: a) Sí el procesado tiene a su cargo hijos menores o personas incapacitadas para trabajar; b) El arraigo del procesado; c) Cual ha sido el desempeño laboral, familiar y social del procesado, lo que a su vez permitiría concluir que con la concesión del subrogado no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; c) La existencia de otras personas que puedan suplir al procesado en el sostenimiento, cuidado o manutención de aquellos que se encuentren a su cargo en caso de su ausencia.

Lo antes expuesto, nos hace colegir que en el presente asunto no se cumplian con los requisitos necesarios para

que el procesado se hiciera merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni mucho menos se satisfacían las condiciones para que la pena fuera sustituida por la pena de prisión domiciliaria, sea esta pena sustituta la básica o aquella relacionada con la condición del procesado de padre cabeza de familia.

Por otra parte, la Sala no comparte los otros argumentos esgrimidos por el recurrente para censurar la negativa de la concesión de subrogados y de sustitutos penales en favor del procesado, al aducir que al encausado no se le podía imponer una pena privativa de la libertad pues el objeto de la investigación se derivó de lo que considera el apelante como una "deuda", lo que transgrediría una norma de rango constitucional como lo es el artículo 28 de la Carta Política, el cual prohíbe de manera tajante este tipo de eventualidades.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

Al argumentar el recurrente que en el presente asunto se estaría incurriendo en una violación del artículo 28 Superior, en últimas lo que se estaría cuestionando es la tipicidad del delito por la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado, al aducir implícitamente que el acusado fue declarado penalmente responsable por una conducta que es atípica por contrariar la Carta, lo que sería un sinsentido en el escenario de las modalidades de la terminación anticipada de los procesos penales, entre las que se encuentra el allanamiento a cargo, ya que al invocar la Defensa dicha tesis se estarían contrariando los presupuestos que orientan al principio de la irretractabilidad, ya *«que una vez el juez de conocimiento examina que el acuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía es voluntario, libre y espontáneo, y procede a*

aceptarlo, a partir de ese momento no es posible alguna retractación…»[10].

Lo antes expuesto de igual forma conspiraría en contra de la legitimidad del apelante para poder fungir como recurrente por no cumplirse con el requisito del interés jurídico para recurrir, sí se tiene en cuenta que la sentencia que ha sido objeto de un preacuerdo o de un allanamientos a cargos no es susceptible de ser impugnada en todo aquello que tiene que ver con los aspectos relacionados con la responsabilidad penal del procesado, porque la misma solamente puede ser recurrida en lo que atañe con la dosificación de la pena; el reconocimiento de subrogados penales y la indemnización de perjuicios civiles[11].

Sumado a lo anterior, es menester manifestar que el recurrente le está dando una interpretación errada a las disposiciones consagradas en el artículo 28 de la Carta, las cuales están circunscritas es a la prohibición de la pena de prisión por deudas civiles o comerciales, mas no en lo que atañe con la comisión de delitos, como acontece en el caso en estudio en donde el legislador tipificó como conducta punible el incumplimiento de un deber en el que incurre un particular que de manera transitoria se le otorgaron las funciones públicas de recaudar el IVA al no consignar las sumas retenidas por concepto de ese impuesto.

Todo lo anterior lleva a concluir a esta Sala que en el caso objeto de estudio resultó acertado lo decidido por el Juzgado de primer grado, razón por la cual se confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el recurrente.

---

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de junio 11 de 2014. Rad. # 41180. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

[11] En tal sentido, se pueden consultar entre otras las siguientes providencias proferidas Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 08 de julio de 2.009. Rad. # 31531; Providencia del 25 de marzo de 2.015. AP1505-2015. Rad. # 40439.

Finalmente, como consecuencia de la confirmación del fallo opugnado, y como quiera que en el presente asunto es procedente la teoría del decaimiento de los incrementos punitivos regulados en la Ley # 890 de 2.004, tal situación implicaría que las penas impuestas al procesado deban ser redosificadas acorde con la versión original del artículo 402 C.P. las cuales oscilarían entre tres (3) a seis (6) años de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para redosificar las penas la Sala tendrá en cuenta los criterios de dosificación punitivas trazados por el Juzgado *A quo*, el cual partió de las penas mínimas, lo que implicaría que la pena a imponer al procesado serían la de tres (3) años de prisión.

Por otra parte, en lo que atañe con el pago de la pena de multa, como quiera que en el devenir del proceso se acreditó que los dineros omitidos por concepto del pago de IVA ascendían a la suma de $61.648.508,oo ello nos quiere decir que al aplicar la sanción acorde con el equivalente al doble de lo no consignado, la pena de marras correspondería a $123.297.016.

A modo de colofón, se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto No. 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y el Decreto

No. 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, lo que obliga a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes[12].

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, en todo aquello que tiene que ver con la negativa de la concesión en favor del procesado de subrogados y substitutos penales, el contenido de la sentencia adiada el 28 de septiembre de 2.020 proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que se adelantó en contra de CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE por haber incurrido en el delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

SEGUNDO: MODIFICAR el fallo opugnado en lo que atañe con las penas impuestas en contra del procesado CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE, las cuales corresponderán a purgar una pena de prisión de tres (3) años, y el pago de una multa equivalente a $123.297.016,oo.

---

[12] En tal sentido se puede consultar la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, así como lo resuelto por la C.S.J. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas #1, en la Sentencia del 24 de agosto 2021. STP10780-2021. Rad. # 118709, en las cuales se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020.

TERCERO: DISPONER que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto No. 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto No. 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico, medio por el cual podrán interponer los recursos de ley de ser procedente.

TERCERO: Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

Procesado: CÉSAR AUGUSTO CANO LAVERDE
Rad. # 66170 60 00 066 2016 02241 01
Delito: Omisión de Agente Retenedor
Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto en contra de Sentencia Condenatoria
Decisión: Confirma y modifica el fallo opugnado

Firmado Por:

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:
05066b25697673e5788e47e30f76107ff6c67dbe0ea19a7268443264928bac9c
Documento generado en 28/10/2021 02:06:17 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica