El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 23 de junio de 2017

Proceso: Penal – Confirma y modifica sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 110016000000201401348

Procesado: CARLOS ALBERTO VÉLEZ y otros

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS.** [E]stando acreditado que los antes enunciados Procesados participaron en calidad de coautores en la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceras personas, terceros estos que como consecuencia de los fraudes perpetrados en contra de la *DIAN,* de manera ilícita obtuvieron unos incrementos patrimoniales no justificados, es claro que en el escenario de la pena de multa los procesados debían asumir el pago de las sumas de dinero que como consecuencia de su colaboración y del fin perseguido por la misma consiguieron que llegaran a las alforjas de esos terceros, (….) [L]a Sala revocará la decisión del *A quo* de exonerar a los Procesados de marras de pagar la pena de multa, quienes en consecuencia serán condenados al pago de los siguientes sumas de dinero (…).

**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**

Aprobado por Acta # 600 del 22 de junio de 2017. H: 2:00 p.m.

Pereira, veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:52 a.m.

Procesados: CARLOS ALBERTO VÉLEZ; MARÍA HELENA GÓMEZ; RUBÉN DARÍO CASTRO y otros.

Delitos: Concierto para delinquir; enriquecimiento ilícito; falsedad ideológica en documento privado y otros.

Radicado # 110016000000201401348

Procede: Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Publico en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Confirma y modifica el fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta localidad a desatar las alzadas interpuestas por la Fiscalía, el Ministerio Publico y la Defensa en contra de la sentencia proferida por parte del entonces Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Pereira en las calendas del 27 de febrero del 2.015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal de los Procesados **CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO; EDGAR VÉLEZ FRANCO; WILMER FERNANDO VÉLEZ GARCÍA; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; GUSTAVO ADOLFO SALDARRIAGA VÉLEZ; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; RUBÉN DARÍO CASTRO AGUIRRE; YENCY CARDONA RAMÍREZ; MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO,** quienes fueron declarados penalmente responsables de incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; enriquecimiento ilícito de particulares; falsedad ideológica en documento privado; peculado por apropiación y lavado de activos, perpetrados en concursos homogéneos y heterogéneos sucesivos.

De igual forma la Colegiatura desatará el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO en contra de la providencia adiada el 7 de marzo hogaño, en virtud de la cual el Juzgado *A quo* no accedió a una petición en la cual solicitaba que al aludido Procesado se le reconociera la detención domiciliaria por detentar la condición de padre cabeza de familia.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocimientos aducidos al presente proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación, se tiene que para el periodo comprendido entre mediados del año 2.008 hasta finales del 2.010, tanto en esta municipalidad como en otras ciudades del país, funcionaba una organización criminal que de manera reiterativa se dedicó a defraudar a la DIAN mediante fraudulentos procedimientos relacionados con la devolución del *IVA* en lo que atañía con la compra y venta de chatarra y de desechos metálicos con fines de exportación.

Según se desprende de las aseveraciones del Ente Acusador, el entramado criminal era llevado a cabo por un clan familiar, *“Los Vélez”,* liderado por los hermanos CARLOS ALBERTO y EDGAR VÉLEZ FRANCO, quienes se valieron de unas sociedades primarias, las que al parecer eran de papel, Vg. Metales Velhec S.A.S.; KV Metales S.A.S; Reciclajes “El Torito”; Recopiladora de Desechos “Don Pablo” S.A.S. representadas por parientes suyos, las cuales supuestamente se dedicaban al manejo del reciclaje de desechos metálicos, material ferroso y chatarra. Dichos productos de manera artificiosa y ficta eran comercializados, con precios inflados, a otras sociedades, Vg. Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda; Chatarras del Magdalena; Recuperadora Quintero Ltda, etc. las que a su vez los vendían, con fines de exportación, a unas comercializadores internacionales, entre las que se encontraba la sociedad denominada Comercializadora internacional C.I. Recovery C&V SAV.

Con posterioridad dichas comercializadoras internacionales, de manera fraudulenta, mediante el empleo de certificaciones de operaciones inexistentes y de facturas falaces, procedían a iniciar las correspondientes actuaciones administrativas ante la *DIAN,* para conseguir que se les devolvieran los dineros atinentes con el pago del impuesto del *I.V.A.* del cual estaba exonerada tanto la chatarra como el material ferroso que dichas sociedades habían adquirido con fines de exportación. De dichos desechos metálicos, mendazmente se aseguraba que había sido adquirido de sus proveedores con el pago del impuesto del *I.V.A*.

Como consecuencia de la perpetración de dichos fraudes, la Fiscalía aseveró que la *DIAN* fue esquilmada patrimonialmente por *“Los Vélez”* en la suma aproximada de veinte mil millones de pesos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1) Las audiencias preliminares se llevaron a cabo entre el 16 y el 17 de septiembre del 2.014 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las cuales a los entonces indiciados CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO; EDGAR VÉLEZ FRANCO; WILMER FERNANDO VÉLEZ GARCÍA; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; GUSTAVO ADOLFO SALDARRIAGA VÉLEZ; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; RUBÉN DARÍO CASTRO AGUIRRE; YENCY CARDONA RAMÍREZ; MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO, se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir; enriquecimiento ilícito de particulares; falsedad ideológica en documento privado; peculado por apropiación y lavado de activos, perpetrados en concursos homogéneos y heterogéneos sucesivos.

Los procesados se allanaron a los cargos que le fueron enrostrados en su contra por parte del Ente Acusador en los siguientes términos:

* CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO: Concierto para delinquir agravado; enriquecimiento ilícito de particulares; falsedad ideológica documento privado, en calidad de determinador; peculado por apropiación agravado, en calidad de interviniente y lavado de activos.
* EDGAR VÉLEZ FRANCO: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación agravado, en calidad de interviniente y lavado de activos.
* WILMER FERNANDO VÉLEZ GARCÍA: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR: Falsedad ideológica documento privado e enriquecimiento ilícito de particulares.
* RUBÉN DARÍO CASTRO AGUIRRE: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* GUSTAVO ADOLFO SALDARRIAGA VÉLEZ: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* JULIO CESAR TORO VÉLEZ: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* YENCY CARDONA RAMÍREZ: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.
* PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO: Concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito de particulares.

En dichas vistas preliminares el Juez de Control de Garantías se abstuvo de definir la situación jurídica de los acriminados con medida de aseguramiento.

2) Como consecuencia de la aceptación de los cargos por parte de los procesados, el conocimiento de la actuación le correspondió al entonces Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de esta localidad, ante el cual, en las calendas del 14 de octubre del 2.014, se llevaron a cabo las audiencias de verificación y aprobación del allanamiento a cargos, así como la audiencia de individualización de penas.

3) El 27 de febrero del 2.015 se profirió la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía, como el Ministerio Publico y la Defensa. Es de anotar que en la audiencia de lectura del fallo fue ordenada la inmediata privación de la libertad de los procesados, quienes gracias a lo decidido por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, se encontraban en libertad.

4) Estando la actuación en trámite para ser desatado las diferentes apelaciones que fueron interpuestas en contra del fallo condenatorio, la apoderada del Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO deprecó ante el Juzgado *A quo* una petición en la cual solicitaba que se le reconociera la detención domiciliaria por detentar el encausado la condición de padre cabeza de familia. Pero como quiera que el Juzgado de primer nivel, mediante providencia adiada el 7 de marzo hogaño no accedió a lo pedido, la Defensa procedió a interponer y sustentar en su contra un recurso de apelación.

**LAS PROVIDENCIAS CONFUTADAS:**

**- La sentencia proferida en las calendas del 27 de febrero del 2.015.**

En virtud de la antes aludida sentencia, se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados en los siguientes términos:

* CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO: Fue condenado a la pena de 151 meses y 23 días de prisión y al pago de una multa de 27.500 *s.m.m.l.v.* por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado; enriquecimiento ilícito de particulares; falsedad ideológica documento privado, en calidad de determinador; peculado por apropiación agravado, en calidad de interviniente y lavado de activos.
* EDGAR VÉLEZ FRANCO: Fue condenado a la pena de 139 meses de prisión y al pago de una multa de 15.770,05 *s.m.m.l.v.* por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación agravado, en calidad de interviniente y lavado de activos.
* WILMER FERNANDO VÉLEZ GARCÍA: Fue condenado a la pena de 112 meses y 4 días de prisión y el pago de una multa de 760,31 *s.m.m.l.v.* por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR: Fue condenada a la pena de 71 meses 1 día de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de Falsedad ideológica documento privado e enriquecimiento ilícito de particulares.
* RUBÉN DARÍO CASTRO AGUIRRE: Fue condenado a la pena de 101 meses y 3 días de prisión y el pago de una multa de 642,95 *s.m.m.l.v.* por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* GUSTAVO ADOLFO SALDARRIAGA VÉLEZ: Fue condenado a la pena de 99 meses y 16 días de prisión y el pago de una multa de 1.522,99 *s.m.m.l.v.* por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; peculado por apropiación en calidad de cómplice; enriquecimiento ilícito de particulares.
* HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ: Fue condenado a la pena de 81 meses y 26 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA: Fue condenado a la pena de 79 meses y 14 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* JULIO CESAR TORO VÉLEZ: Fue condenado a la pena de 78 meses y 18 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ: Fue condenado a la pena de 80 meses y 7 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* YENCY CARDONA RAMÍREZ: Fue condenada a la pena de 80 meses y 4 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE: Fue condenado a la pena de 78 meses y 28 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.
* PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO: Fue condenado a la pena de 81 meses y 26 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir; falsedad ideológica documento privado; enriquecimiento ilícito.

Los argumentos esgrimidos por el Juez de primer nivel para proceder a declarar la responsabilidad criminal de los aludidos procesales, básicamente consistieron en aducir que acorde con los medios de conocimiento allegados por la Fiscalía, entre los cuales se encontraban informes de policía judicial, copias de las actuaciones administrativas llevadas a la *DIAN* tendientes a la devolución del impuesto del *I.V.A.* certificados de la existencia y representación de las sociedades comprometidas en el fraude, dictámenes periciales del dinero defraudado, transliteraciones de conversaciones que fueron objeto de intercepciones telefónicas, etc… eran lo suficientemente contundentes para demostrar tanto la existencia de los hechos delictivos como el compromiso penal de los procesados, lo cual se vio aún más fortalecido por el deseo manifestado por los acriminados en el sentido de allanarse a los cargos que le fueron endilgados en la audiencia de formulación de la imputación.

Como consecuencia de la acreditación de los requisitos para poder proferir un fallo de condena y la correspondiente declaratoria de responsabilidad penal, el *A quo* procedió a tasar las penas a imponer a los Procesados, para lo cual se fundamentó en los siguientes criterios:

* Al aplicar el sistema de cuartos, ante la carencia de antecedentes penales de los procesados y la no existencia de circunstancias de mayor punibilidad, procedió a partir de los cuartos mínimos de punibilidad, pero al momento de individualizar las penas a imponer decidió aplicar el tope o el máximo del primer cuarto, como consecuencia de la gravedad de la conducta, el daño creado, el cual estaba relacionado con la actividad de defraudar al Estado mediante el apoderamiento de dineros que estaban destinados a la inversión social, lo que puso en riesgo a todo el conglomerado social.
* Se reconoció la existencia del fenómeno del concurso de delitos, por lo que una vez que se escogió el delito base, o sea el de mayor gravedad punitiva, a la pena impuesta por ese reato se le adicionó un incremento punitivo del 24,64% respecto de los demás delitos que heterogéneamente concursaban.
* A las penas impuestas se le reconoció un descuento punitivo del 45% como consecuencia de la temprana aceptación que hicieron los procesados de los cargos endilgados en su contra, aunado al caudal probatorio que en contra de los procesados tenía la Fiscalía.
* Los Procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO, no fueron condenados a pagar la pena de multa que correspondería como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal por incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, debido a la imposibilidad que le asistía al Juzgado *A quo* para poder tasar la pena como consecuencia que del contenido de las pruebas aducidas por parte de la Fiscalía, no era posible determinar el valor en el cual los aludidos Procesados se beneficiaron del delito al incrementar sus patrimonios de manera ilícita.
* Por no cumplirse con los requisitos objetivos, ni con los presupuestos para que los acriminados pudieran ser considerados padres cabeza de familia, a los Procesados no se les reconoció el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria. Pero es de anotar que a la Procesada YENCY CARDONA RAMÍREZ si se le impuso la pena de la prisión domiciliaria por detentar la condición de padre de familia, para así evitar que sus hijos quedaran desamparados en atención a que el cónyuge de la aludida procesada, MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE, también hacia parte de las personas que en el presente asunto fueron objeto de declaratoria de responsabilidad criminal.
* El fallo se abstuvo de ordenar la cancelación de la personería jurídica de las sociedades en las cuales fungía como representante legal el Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO, porque no se adujeron elementos de juicio que soportaran la existencia de tales sociedades ni que el procesado fungiera como su representante legal.

**- La providencia adiada el 7 de marzo hogaño.**

Mediante el presente proveído, el Juzgado *A quo* no accedió a una petición deprecada por la apoderada del Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO, quien solicitó que al aludido encausado se le concediera la detención domiciliaria por detentar la condición de padre cabeza de familia, con base en el argumento consistente en que su familia requería su presencia, debido a que como consecuencia de su estado de privación de la libertad su hija se había vuelto rebelde y desaplicada en los estudios, situación que se agravó a un más con los padecimientos de salud que aquejaban a su otro hijo, a lo cual se le debía aunar que por unos padecimientos psiquiátricos que afectaban a la madre de la prole del Sr. CARLOS ALBERTO VÉLEZ, NURYS DE JESÚS RAMÍREZ GUZMÁN, dicha señora no se encontraba en condiciones de ejercer su rol de madre y cuidadora de los hijos del Procesado.

Como ya se dijo, el Juzgado de primer nivel no accedió a dicha petición, al argumentar que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos objetivos para que el Procesado pueda ser considerado como padre cabeza de familia, porque acorde con lo acreditado por la visita socioeconómica que se practicó al sitio en donde reside dicho núcleo familiar, se puedo acreditar que los miembros de la familia del procesado, además de vivir en un sector de estrato social alto, tenían un alto nivel de vida, percibían ayudas de los demás miembros de su familia y no padecían de dificultades económicas ni estaban en una situación calamitosa.

**LAS ALZADAS:**

**- El recurso de apelación interpuesto por el representante del Ente Acusador.**

La inconformidad expresada por el Fiscal Delegado en contra del fallo opugnado, tiene que ver con la negativa de no condenar a los procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO a pagar la pena de multa que les correspondería sufragar como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal por incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Alega el Fiscal recurrente que son errados los criterios argüidos por el Juez *A quo* para no imponer dicha pena principal, porque en la actuación la Fiscalía si adujo con suficiencia los elementos de juicio con los cuales era posible establecer el monto de los incrementos patrimoniales que los Procesados percibieron de manera ilícita mediante sus fraudulentas peticiones de devolución o reintegro del impuesto del *I.V.A.* como bien se tiene en el caso de la Sra. MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR, quien por intermedio de la empresa *“Chatarras del Magdalena”*, recibió la suma de $5.749.482,00; mientras que el Sr. HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ, mediante la empresa *“Metales Velhec”,* obtuvo la suma de $5.338.793.442; y KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA, valiéndose de las empresas *“Resimetales”* se embolsó la suma de $4.148.476.000.

En lo que atañe con los demás Procesados, expuso el recurrente que acorde con el material probatorio se acreditó que Ellos fungían como proveedores de la organización criminal, por lo que participaron para procurar el incremento patrimonial percibido por otras personas, entre ellos los cabecillas de la banda.

Con base en lo anterior, el recurrente solicitó la modificación de la sentencia opugnada, en el sentido que se establezca que los aludidos procesados sean condenados a pagar la pena de multa que conllevaba su declaratoria de responsabilidad penal por incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

**- El recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Publico.**

La molestia surgida por parte del representante del Ministerio Publico con el fallo opugnado, tiene que ver con la dosificación de las penas impuestas a los Procesados, las cuales en sentir del apelante no son consecuentes con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que las mismas debieron haber sido mayores, como consecuencia del daño social causado, la forma como se llevó a cabo la defraudación, los bienes defraudados, la extrema gravedad de las conductas, lo cual aconsejaba que al momento de la dosificación de las penas se debía partir del límite superior del cuarto mínimo de punibilidad.

Asimismo, el apelante expuso que en el fallo se debió acceder a la petición del apoderado de la *DIAN* en el sentido de cancelar la personería jurídica de las sociedades que fungían a nombre de CARLOS VÉLEZ FRANCO, por lo siguiente: a) En la actuación procesal existían pruebas que demostraban que el aludido Procesado fungía como representante legal de una serie de sociedades que fueron utilizadas a modo de fachada para poder perpetrar el fraude del que fue víctima la *DIAN*; b) La existencia de dichas Sociedades se erigieron como presupuesto para la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada a los Procesados*.*

**- El recurso de apelación interpuesto por el Letrado que representa a los Procesados CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO; WILMER FERNANDO VÉLEZ GARCÍA; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; YENCY CARDONA RAMÍREZ; PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO y MIGUEL ÁNGEL VARGAS LATORRE.**

El malestar expresado por el recurrente en la alzada, tiene que ver con la dosificación de las penas impuestas a los procesados y el no reconocimiento de la prisión domiciliaria. De igual forma el apelante solicitó la nulidad del proceso, a partir dela audiencia de lectura del fallo, porque en su sentir se incurrieron en irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso.

En lo que atañe con los cargos relacionados con las maculas que vician de nulidad la actuación procesal, adujo el apelante que en el presente asunto se conculcó el debido proceso por falta de motivación del fallo, el cual en momento alguno fue leído sino resumido o explicado por parte del Juez de primer nivel, quien al inicio de la audiencia sorprendió a todo el mundo cuando alegó que no iba a leer la sentencia sino a explicarla, porque al parecer aun no la tenía lista por escrito, lo que en sentir del apelante contrariaba las disposiciones del articulo 179 C.P.P. de las cuales se desprende que la lectura del fallo se tornaba en algo obligatorio.

De igual forma, expuso el recurrente que una vez que el *A quo* terminó de explicar o de resumir el fallo, les cercenó la posibilidad de apelarlo oralmente en ese mismo instante, porque sin que existiese razón valedera de ningún tipo, circunscribió al escenario escritural todo lo relacionado con la sustentación de las alzadas que fueron interpuestas en contra de dicha sentencia.

Es más, asevera el recurrente que solamente se vinieron a enterar del contenido de la sentencia el 2 de marzo del 2.015, lo cual les rompió la garantía de atacar el fallo en tiempo, porque se les redujeron los términos para la sustentación de las alzadas de 5 a 4 días.

En lo que atañe con la inconformidad del recurrente con la tasación de la pena, expuso que no comparte el descuento punitivo del 45% otorgado a los Procesados por allanarse a los cargos, lo cual es contrario al sentir de la norma, ya que si los acusados aceptaron los cargos endilgados en su contra en la 1ª oportunidad a la que fueron convocados por la Judicatura, aunados a que siempre estuvieron prestos al llamado de la justicia y que fueron utilizados como idiotas útiles por otras personas que se aprovecharon de ellos, tales factores debieron incidir para que los Procesado se hicieran acreedores de un descuento punitivo del 50%.

De igual forma, en lo que tenía que ver con los incrementos punitivos ante la presencia del fenómeno del concurso de conductas punibles, expuso el recurrente que el *A quo* se equivocó al aumentar en un 24% las penas básicas por los delitos concursantes, las cuales en su sentir debieron aumentarse en un 10% o un 20% debido a que los Procesados actuaron en un grado menor de participación al no detentar el control de la organización criminal, porque ingenuamente fueron manipulados por parte de sus cabecillas.

En lo que corresponde con la negativa del no reconocimiento de la prisión domiciliaria en favor de los Procesados, el recurrente adujo que el *A quo* con su decisión desconoció tanto la disposiciones consagradas en el artículo 44 de la Carta que abogan por el interés superior de los niños, así como que los encartados tienen un arraigo domiciliario, un trabajo digno y ejercen una profesión licita que ameritaba el reconocimiento de la pena sustitutiva.

Asimismo, manifestó el recurrente que el Juez de primer nivel fundamentó su decisión en la ley # 1.709 de 2.014, la cual por ser odiosa a los intereses de los procesados no era la ley a aplicar, ya que si el *inter criminis* ocurrió en el lapso comprendido entre los años 2.008 al 2.010, periodo en el cual entraron en vigencia varias leyes que regulaban la materia de la prisión domiciliaria, se debió aplicar por favorabilidad la Ley # 1.474 del 2.011, en consonancia con el articulo 314 C.P.P. la cual en su artículo 13 no consagra excepciones para que las personas que se allanen a los cargos puedan hacerse merecedoras de la prisión domiciliaria.

A modo de corolario, el apelante solicita que se declare la nulidad del proceso a partir de la audiencia de lectura del fallo, o que en su defecto se modifique el fallo opugnado, para que de esa forma se reconozca en favor de los Procesados el descuento punitivo del 50% por allanarse a los cargos, y que se les otorgue la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión.

**- El recurso de apelación interpuesto por el Togado que representa al Procesado EDGAR VÉLEZ FRANCO.**

El recurrente solicita la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, a partir de la audiencia de formulación de la imputación, porque en su sentir con lo acontecido al Procesado se le conculcó el derecho a la defensa y se vulneraron los principios de la tipicidad y de la legalidad.

Como argumento para soportar la petición de nulidad, expuso el apelante que en el presente asunto se profirió un fallo de responsabilidad penal sin que existiera el mínimo probatorio para que pudiera dictarse una sentencia en tal sentido, ya que probatoriamente no estaba acreditada la existencia de los delitos de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito de particulares, porque acorde con la realidad de lo acontecido se desprendía que los dineros obtenidos por los procesados posiblemente fueron producto de un fraude procesal, y que a ese peculio no era necesario darle trámite alguno para aparentar o maquillar la ilegalidad de su procedencia.

Igual situación acontecía con el delito de peculado por apropiación, cuyos elementos necesarios para su estructuración típica están ausentes, ya que del material probatoria aducido por la Fiscalía se desconoce quiénes eran los funcionarios de la *DIAN* que fungían como ordenadores del gasto y que por ende tenían una relación de disponibilidad o de custodia con los dineros defraudados.

Asimismo el recurrente expreso su inconformidad con la tasación de las penas impuestas al procesado, las cuales consideró como contraria a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, ya que para determinar la gravedad de las conductas el *A quo* no tuvo en cuenta que a EDGAR VÉLEZ FRANCO era un simple personaje prescindible cuya firma fue falsificada en muchas ocasiones, pero a pesar de tal situación procedió a darle un igual tratamiento punitivo que el dado a los principales cabecillas de la defraudación, Vg. BLANCA JAZMÍN BECERRA, y a medirlo con el mismo rasero de punibilidad con el que se midió a CARLOS VÉLEZ, el cual fue acusado de determinador de la empresa criminal.

También el recurrente adujo que el *A quo,* al momento de graduar la gravedad del delito, no tuvo en cuenta que el daño creado a la *DIAN* no era de tal gravedad porque todo fue avalado mediante pólizas de seguros que de una u otra forma garantizarían los perjuicios patrimoniales causados a dicha entidad.

Finalmente, en lo que tenía que ver con los descuentos punitivos del 45% que fueron reconocidos en favor del procesado por allanarse a los cargos, el apelante expuso que el Juez de primer nivel se equivocó porque los procesados debieron hacerse acreedores del máximo descuento, o sea del 50%, ya que Ellos de manera temprana y voluntaria admitieron los cargos endilgados en su contra, a lo que se le debía aunar que ellos participaron en la comisión de dichos reatos de manera contingente e insular.

En consecuencia de los anteriores argumentos, el recurrente clama por la nulidad del proceso y subsidiariamente que se redosifiquen las penas impuesta a los procesados, partiendo de los mínimos, y que se les reconozca el descuento punitivo del 50% por allanarse a los cargos.

**- El recurso de apelación interpuesto por el Letrado que apodera al Procesado GUSTAVO ADOLFO SALDARRIAGA VÉLEZ.**

Aduce el recurrente que en el presente asunto, a pesar que el Procesado se allanó a los cargos, no se debió dictar un fallo condenatorio sino uno de tipo absolutorio como consecuencia de una vulneración en el debido proceso generada en una errónea calificación jurídica de los hechos impetrados al acusado, los cuales son indicativos de una inducción en error mediante el empleo de documentos espurios, lo que es propio de un fraude procesal y no de un peculado perpetrado por un interviniente, a lo que se le debería aunar la atipicidad del delito por el cual el procesado fue declarado penalmente responsable.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente arguyó que el *A quo* valoró de manera errada los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, ya que de los mismos no se acreditaban los presupuestos objetivos para la adecuación típica del delito de peculado por apropiación porque en momento alguno se supo quien fungía como sujeto activo calificado, ni se sabe nada sobre el poder de disposición o la relación funcional que una persona determinada tuviera sobre los bienes producto de la apropiación.

Asimismo el recurrente expresó su inconformidad con la tasación de las penas impuestas a su ahijado judicial, ya que en su sentir las mismas carecen de motivación porque en momento alguno el Juez de primer nivel ofreció una explicación sobre los criterios que tuvo en cuenta para ponderar esas penas, ni por qué las mismas, ante la presencia del fenómeno del concurso de conductas punibles, debían ser incrementadas en 64 meses y 12 días.

Arguye el apelante que tal falta de ponderación y de motivación también se presentó cuando el *A quo* le reconoció a los procesados un descuento punitivo del 45% y no del 50%, lo cual no se compadece con el hecho consistente en que los Procesados con su decisión evitaron un desgaste innecesario de la administración de justicia porque admitieron todo cuando fueron sometidos a un interrogatorio de indiciado y después en las audiencias preliminares se allanaron a los cargos.

**- El recurso de apelación interpuesto por el Letrado que apadrina al Procesado RUBÉN DARÍO CASTRO AGUIRRE.**

La discrepancia propuesta por este recurrente tiene que ver con la dosificación punitiva la cual cataloga como contraria al principio de proporcionalidad y de legalidad, lo que torna esas penas en exageradas e injustas.

Alega el recurrente que el procesado fue condenado a la pena de 101 meses y 3 días de prisión por incurrir en la comisión de los delitos de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento privado, peculado por apropiación e enriquecimiento ilícito de particulares, pero que ante la presencia del fenómeno del concurso de conductas punibles, dichas penas de manera porcentual fueron incrementadas en un 26,67%, lo cual hace que la tasación de esas penas se encuentren por encima del límite inferior del cuarto mínimo.

De igual forma, adujo el apelante que el no reconocimiento en favor del procesado del máximo de los descuentos punitivos por allanarse a los cargos, sino de un 45%, es un proceder que se torna inconsecuente con la actitud asumida por el procesado de allanarse tempranamente a los cargos.

**- El recurso de apelación interpuesto por la abogada que apadrina al Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO en contra de la providencia adiada el 7 de marzo hogaño.**

Expone la apelante que con la decisión recurrida se desconoce que el Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO cumple con todos los requisitos para ser beneficiario de la detención domiciliaria por detentar las condiciones de padre cabeza de familia, porque como consecuencia de la privación de su libertad en la actualidad su familia se encuentra seriamente afectada emocional y económicamente, por lo que se torna necesario su regreso al núcleo familiar para que tal situación pueda ser conjurada porque: a) Su cónyuge, NURIS DE JESÚS RAMÍREZ, padece de una incapacidad sicosensorial que le impide hacerse cargos de sus hijos; b) Uno de sus hijos sobrelleva una enfermedad calamitosa, mientras que la hija, ante la ausencia del padre, se ha vuelto rebelde e inmanejable; c) La esposa y los hijos del procesado viven arrimados en la casa de los abuelos y reciben ayuda económica de varios parientes.

En consecuencia, solicita la apelante que se revoque la providencia apelada, para que de esa forma se reconozca en favor del Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO en consonancia con lo regulado por el # 5º del articulo 314 C.P.P.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora macula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida para que la Colegiatura de oficio proceda a decretar la nulidad de la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por los recurrentes en las alzadas, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra viciada de nulidad la actuación procesal debido a que los Procesados se allanaron a los cargos como consecuencia de una vulneración de sus derechos y garantías procesales?

¿Estuvo errado el Juez de primer nivel al no condenar a los Procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO, a pagar la pena de multa que les correspondería cancelar como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal por incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, así como de abstenerse de ordenar la cancelación de la personería jurídica de las sociedades en las cuales fungía como representante legal el Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO?

¿Por contrariar los postulados que orientan los principios de la proporcionalidad y la razonabilidad, las penas impuestas a los Procesados deben ser redosificadas?

¿Con en el reconocimiento de los descuentos punitivos del 45% concedidos a los Procesados por allanarse a los cargos, se contrariaron los postulados que orientan la justicia premial?

¿Se cumplían con los requisitos para que la pena de prisión impuesta a los Procesados pueda ser sustituida por prisión domiciliaria?

**- Solución:**

**1º) Las irregularidades que supuestamente han viciado de nulidad de la actuación procesal.**

Los recurrentes en sus alzadas han denunciado la ocurrencia de una serie de irregularidades que en su sentir han socavado las bases del debido proceso, las cuales han viciado de nulidad la actuación procesal a partir del momento en el que los Procesados se allanaron a los cargos[[1]](#footnote-1), porque supuestamente la Fiscalía no cumplió con la carga procesal que le asistía de demostrar la tipicidad del delito de peculado por apropiación, e igualmente porque los cargos endilgados a los procesados no se adecuaban típicamente en los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos, porque supuestamente se estaba en presencia de un comportamiento de fraude procesal.

Frente a lo anterior, bien vale la pena recordar que en el presente asunto estamos en presencia de una de las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales, como lo es la de los allanamientos a cargos, en virtud del cual quien se acoge a la misma renuncia al derecho de que su caso sea debatido en un juicio oral, público y contradictorio, a cambio de una compensación punitiva.

Una de las características que destaca a las modalidades de la terminación anticipada de los procesos, acorde con lo consignado en los artículos 293 y 351 C.P.P. es su obligatoriedad e irretractabilidad, por lo que, siempre y cuando no quebranten garantías fundamentales, tienen efectos vinculantes y por ende son de obligatorio cumplimiento tanto para el Juez de Conocimiento como para las partes y demás intervinientes, quienes, una vez que el Juez de la Causa le haya otorgado su correspondiente aprobación, no podrán retractarse ni desdecirse de lo estipulado o acordado.

Tal situación tiene una gran incidencia en el campo de los recursos que por parte de la Defensa y de los demás intervinientes procederían en contra de una sentencia proferida dentro de un proceso abreviado, más exactamente en el escenario de la legitimación del recurrente si partimos de la base que un allanamiento a cargos, previamente aprobado, conllevaría a que el Juez de la Causa necesariamente deba proferir un fallo condenatorio, lo que le cerraría las puertas a la unidad de defensa para impugnar una sentencia de ese talente en la cual se cuestioné la declaratoria de responsabilidad criminal, en atención a que el apelante carecería de interés para recurrir porque la sentencia confutada no le ha irrogado ningún perjuicio a la unidad de defensa debido a que ese binomio obtuvo la consecuencia jurídica de lo que quería cuando el Procesado decidió allanarse a los cargos: un fallo condenatorio.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“El allanamiento es un instituto de carácter procesal, a través del cual la persona imputada o acusada de un delito admite los cargos que le ha formulado la fiscalía, de modo que renuncia a la realización de un juicio público sin dilaciones injustificadas, dentro del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra, bien sea contrainterrogando testigos o controvirtiendo otras pruebas de naturaleza distinta, inclusive con la posibilidad de aportar medios de conocimiento en aras de desvirtuar los que se alleguen en perjuicio suyo.*

*Igualmente, quien se somete a este mecanismo no puede con posterioridad a la manifestación de su aquiescencia retractarse voluntariamente de la misma si en el procedimiento no se incurrió en violación de garantías fundamentales, ni recurrir la decisión que en su contra se profiera sin limitación alguna, pues es claro que al impugnar no podrá referirse a los aspectos que fueron materia de aprobación, sino únicamente los que guarden relación con la pena, mecanismos de sustitución e indemnización de perjuicios.*

*Naturalmente, como contraprestación a ese asentimiento, se hace acreedor a una disminución de la pena que le correspondería por el hecho delictivo…”[[2]](#footnote-2).*

Al confrontar todo lo anterior con las tesis de las discrepancias propuestas por los recurrentes, las que en esencia cuestionan el acervo probatorio que sirvió de soporte al fallo opugnado, observa la Sala que lo que en verdad pretenden los apelantes con tales reclamos no es otra cosa que la de retractarse del allanamiento a cargos, desdecir de lo acordado, al tratar de propiciar un debate probatorio respecto de unos tópicos del cuales habían renunciados como consecuencia de su sometimiento a la aludida modalidad de la terminación abreviada de los procesos.

Tal situación conspiraría de manera negativa en contra de la prosperidad de las pretensiones perseguidas por los apelantes, las cuales reñirían en contra de los postulados que orientan el principio de la lealtad procesal, en virtud del cual se tiene que de la aprobación de un allanamiento a cargos dimanan unos efectos obligatorios y de carácter vinculantes tanto para las partes como para los demás intervinientes.

De igual forma observa la Sala que uno de los recurrentes ha solicitado la nulidad del proceso con base en el argumento consistente en que no hubo motivación del fallo debido a que el Juez de primer en la audiencia de su lectura, decidió no leer la sentencia sino ofrecerles a las partes un resumen de la misma.

Para la Sala los reproches formulados en tales términos por parte del apelante no están llamados a prosperar, porque si bien es cierto que en efecto el *A quo* no hizo una lectura del fallo, ello no quiere decir que se haya incurrido en una violación del debido proceso por falta de motivación, porque contrario a lo reclamado por el apelante tal irregularidad no aconteció, si tenemos en cuenta que el Juez de primer nivel con el resumen que expuso en la audiencia, le dio una explicación razonable y plausible a las partes de las razones tanto de hecho como de derecho que sirvieron de fundamento para proferir la sentencia, lo cual se consolidó aún más cuando les hizo entrega de copias del fallo, lo que a su vez facilitó aún más la labor de quienes decidieron fungir como apelantes en la sustentación de sus alzadas.

Por lo tanto, si la finalidad y la razón de ser del principio de la motivación de las providencias judiciales, es la de permitir que las partes se enteren, sepan y comprendan las razones o motivos por los cuales se toma esa decisión, para que de esa forma pueden sustentar cualquier inconformidad que tengan con lo resuelto y decido, es claro que con lo acontecido, dichos fines se consiguieron satisfactoriamente con el cuestionado proceder del Juez *A quo*.

Sobre lo anterior, bien vale la pena traer a colación lo que ha dicho la Corte en los siguientes términos:

*“El deber de motivar las sentencias, en efecto, incluye la carga de responder las pretensiones de partes e intervinientes, entre otras razones, para garantizarles la facultad de controvertir ante otras instancias, pues si no se conocen los fundamentos del juzgador mal pueden ofrecerse argumentos en su contra…”[[3]](#footnote-3).*

Además, el apelante con sus reclamaciones, desconoce que solamente la falta absoluta de motivación de una providencia es la que se erige como macula que puede viciar de nulidad un proceso, lo cual, no aconteció en el presente asunto, porque, se reitera, el Juez de primer nivel si le ofreció una explicación razones y plausible a las partes respecto de las razones y motivos de su decisión[[4]](#footnote-4).

Ahora, en el remoto de los casos de llegarse a considerar que le asiste la razón al recurrente, bien vale la pena anotar que las presuntas irregularidades denunciadas como causales de nulidad, se encuentran subsanadas con la aplicación de los principios de la convalidación, de la instrumentalidad de las formas y de la transcendencia, en atención a que el recurrente patrocinó y avaló el proceder del Juez de primer nivel sin oponerse al mismo; además, a pesar de presentarse dicha supuesta irregularidad, se consiguió el fin perseguido, el cual no era otro que diferente que el permitir que los sujetos procesales, al enterarse de lo decidido, pudieran expresar su inconformidad; De igual forma no se avizora de qué manera o forma con lo acontecido se vulneraron las bases estructurales del debido proceso, pues todo ocurrió en consonancia con los principios de la oralidad y de la publicidad.

A modo de corolario de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala considera que no es posible acceder las pretensiones nulitatorias perseguidas por los apelantes, porque en momento alguno con el fallo opugnado se vulneraron los presupuestos del principio de la motivación, e igualmente porque lo pretendido en tales términos por los recurrentes, no es otra cosa que la procurar una improcedente retractación del allanamiento a cargos.

**2º) La alzada interpuesta por el representante del Ministerio Publico.**

El reproche principal propuesto por el representante del Ministerio Publico, radica en cuestionar la dosificación de las penas impuestas a los Procesados, las cuales en su sentir considera que no se ajustan a los postulados de los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, ya que como consecuencia de la extrema gravedad de las conductas perpetradas por los acusados y el daño causado a la comunidad, las mismas debieron haber sido superiores, por lo que en el proceso de dosificación punitiva, al aplicar el sistema de cuartos, se debió acudir al límite superior del cuarto mínimo de punibilidad.

Para la Sala los reclamos formulados en semejantes términos por parte del representante del Ministerio Publico no se compadecen de la realidad procesal, porque de una simple y mera lectura del fallo confutado, de bulto y sin necesidad de hacer un gran esfuerzo se desprende que el Juez de primer nivel al momento de dosificar las penas a imponer a los Procesados, como consecuencia de la gravedad y de la dañosidad de sus procederes, decidió partir del límite superior del primer cuarto de punibilidad.

Tal situación, conspiraría de manera negativa en contra de las pretensiones punitivas perseguidas por el apelante, porque lo que resultó ser el tema de su inconformidad, ya había sido satisfecha por el *A quo* en la sentencia, quien, se reitera, al momento de la tasación de las penas, por las razones ya expuestas, decidió partir de extremo máximo del primer cuarto de punibilidad.

En lo que si le asiste la razón al apelante es en todo lo que tiene que ver con el otro tema que fue objeto de su disenso, o sea sobre la negativa del *A quo* de no acceder a una petición formulada por el apoderado de la *DIAN* de cancelar la personería jurídica de las sociedades utilizadas por los principales cabecillas para la comisión de los delitos, porque en afecto, acorde con los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, está claramente demostrado que el «*Clan de Los Vélez»,* liderado por los hermanos CARLOS ALBERTO y EDGAR VÉLEZ FRANCO, se valieron, entre otras, de las sociedades Chatarras del Magdalena; Recuperadora Quintero Ltda; la Comercializadora internacional C.I. Recovery C&V SAV, y AV Comercializadora de Metales EU[[5]](#footnote-5), para gestionar ante la *DIAN* las fraudulentas peticiones de devolución del impuesto del *I.V.A.*

Igualmente está demostrado, con los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, entre los cuales descollan los certificados de existencia y representación librados por las correspondientes cámaras de comercio, que el procesado EDGAR VÉLEZ FRANCO, fungía como representante legal de las sociedades Chatarras del Magdalena y la Recuperadora Quintero Ltda, mientras que el también Procesado CARLOS ALBERTO VÉLEZ FRANCO, cumplía funciones similares con las sociedades Comercializadora internacional C.I. *Recovery* C&V SAV y AV Comercializadora de Metales EU.

Luego, al estar indubitablemente demostrado en la actuación que los Procesados de marras se valieron de personas jurídicas para la comisión de una serie de delitos, dichas sociedades comerciales, acorde con lo reglado en el artículo 91 C.P.P. debieron ser objeto de la sanción de la cancelación de su personería jurídica.

Por lo tanto, al asistirle la razón a lo reclamado en tales términos por parte del Agente del Ministerio Publico, la Sala revocará la cuestionada decisión del *A quo* y en consecuencia ordenará la cancelación de la personería jurídica de las siguientes sociedades mercantiles: Chatarras del Magdalena; Recuperadora Quintero Ltda; la Comercializadora internacional C.I. Recovery C&V SAV, y AV Comercializadora de Metales EU.

**3º) Las discrepancias relacionadas con el reconocimiento de los descuentos punitivos de un 45% de las penas impuestas, que le fueron otorgados a los Procesados por allanarse a los cargos.**

La inconformidad expresada por los recurrentes mediante el presente cargo, tiene que ver con el monto de los descuentos punitivos del 45% que el *A quo* le reconoció a los Procesados como compensación por allanarse a los cargos que le fueron endilgados en la audiencia de formulación de la imputación, los cuales los apelantes consideran como insuficientes, puesto que debieron corresponder al máximo de dichas rebajas punitivas, o sea al 50%, como consecuencia de la colaboración prestada por los Procesados a la administración de justicia, quienes se allanaron a los cargos de manera inmediata la primera vez que fueron convocados, aunado a que en el devenir de la indagación ante la Fiscalía rindieron unos interrogatorios de indiciados en los cuales admitieron su participación en los hechos.

Para determinar si le asiste o no la razón a los recurrentes, la Sala tendrá en cuenta que el instituto de los allanamientos a cargos hace parte de lo que en la actualidad se ha denominado como *Justicia Premial,* la cual en esencia propende por el reconocimiento de una serie de prerrogativas o de beneficios punitivos que se le han de conceder a las personas que estando implicadas en la comisión de un delito, deciden prestarle algún tipo de colaboración a la administración de justicia.

Ahora, en lo que tiene que ver con las concesiones que se le deben de otorgar a una persona que decide colaborar con la administración de justicia, en especial cuando las mismas correspondan con descuentos punitivos, como acontece con la figura del allanamiento a cargos, se tiene que la Justicia Premial opera desde una concepción eminentemente utilitarista y pragmática de costo-beneficio, que se regiría acorde los siguientes términos:

1. A mayor sea la colaboración que el procesado le preste a la administración de justicia, mayores serán los descuentos punitivos, y viceversa, o sea cuando la colaboración sea ínfima o insignificante, los beneficios punitivos serán menores.
2. A mayor sea el desgaste de la actuación procesal, menor será el descuento punitivo, e inversamente cuando el desgaste del proceso sea poco, mayor será la recompensa punitiva.
3. A mayor sea la consolidación probatoria del caso, o la contundencia de los medios de conocimiento, menores serán los descuentos punitivos, y por el contrario cuando los elementos materiales probatorios que a su favor tenga en Ente Acusador sean incipientes, o se esté ante un caso de mucha dificultad probatoria, mayores serán los descuentos punitivos.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“La jurisprudencia de la Sala ha manifestado que los factores a tener en cuenta para aplicar la rebaja contemplada en el precepto 351 de la Ley 906 de 2004, no pueden circunscribirse a las circunstancias que rodeen la realización del injusto al cual se allana el implicado, en tanto ellas se observaron al instante de individualizar la sanción respectiva, sino a las actividades relacionadas con la eficaz colaboración con la justicia, como la economía en la actividad estatal de investigación, las dificultades probatorias para la labor de imputación o la posibilidad de descubrir copartícipes u otros delitos conexos, por ejemplo. Así, en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25726 afirmó:*

*…si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria —como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena— sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena.*

*En tal labor, es de su resorte tener en cuenta, como ya lo ha precisado la Sala, las circunstancias posdelictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, tales como: la significativa economía en la actividad estatal orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, la importancia de la ayuda en punto de la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos, sin ponderar los criterios definidos por el legislador en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 para individualizar la pena, pues para tal momento ya fueron apreciados al establecer la sanción a la cual se aplicará la rebaja en razón del allanamiento a cargos9. (Ver, además, CSJ SP, 6 jun. 2012, rad. 38353 y CSP AP, 22 sep. 2010, rad. 34784).*

*También ha sostenido que el canon 351 no obliga al juez a hacer una mengua de la mitad, en tanto “le asiste la facultad de aplicar criterios razonables para medir el merecimiento de la rebaja, según las circunstancias del proceso y de cada uno de los procesados, de suerte que bien puede aplicar la rebaja en cualquier proporción inferior a la mitad, pero no menor a la tercera parte”. (CSJ SP, 22 feb. 2012, rad. 30777)…”[[6]](#footnote-6).*

En el caso *subexamine* se tiene como un hecho cierto que los Procesados se allanaron a los cargos en una etapa temprana del proceso, por lo que en un principio, tal como lo reclamaban los recurrentes, se podría decir que los encartados debían hacerse merecedores del máximo descuento punitivo al no haber ocurrido un gran desgaste de la actuación procesal. Pero las cosas no son así de fáciles como parecen ser, porque ante tal factor se contrapone el consistente en que la Fiscalía para ese entonces ya tenía consolidado en contra de los ahora procesados suficientes elementos materiales probatorios con los cuales se demostraba con probabilidad de verdad su compromiso penal. A lo que se debe aunar que no ha sido la mejor la colaboración de los procesados con el esclarecimiento de los hechos, ni por el propender por la aminoración del daño patrimonial causado a la Entidad expoliada, ya que hasta el momento no se han dignado en devolver o reintegrar ni un ápice de los dineros defraudados, ni han delatado a sus compinches o las demás personas implicadas en la comisión del delito, tanto es así que contrario a lo aducido por los recurrentes, cuando los encausados acudieron a la Fiscalía a rendir interrogatorios de indiciados, no confesaron sus delincuencias, sino que por el contrario pretendieron excusarse o exculparse al manifestar que fueron unas inocentes víctimas del genio criminal y de la malevolencia de la Sra. BLAHCA JAZMÍN BECERRA SEGURA, quien los engatusó e instrumentalizó para que incautamente participaran en la comisión de unos delitos de los cuales no tenían arte ni parte.

De lo antes expuesto, se puede colegir que a pesar del temprano allanamiento de los procesados a los cargos que le fueron enrostrados, su colaboración con la administración de justicia válidamente puede ser catalogada como nimia, poca o de escasa relevancia, por lo que al ponderar tales factores en consonancia con los postulados utilitaristas que orientan al derecho premial, la Sala, contrario a lo reclamado por los recurrente, es de la opinión que los Procesados no podían hacerse acreedores del máximo de los descuentos punitivos a los que tendrían derecho por allanarse a los cargos. Siendo entonces atinada la decisión del Juez de primer nivel de reconocerle a los acriminados, como compensación por aceptar los cargos, un descuento punitivo equivalente al 45% de las penas a imponer.

**4º) Los cargos relacionados con la negativa de la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.**

Alegan los recurrentes que el Juez de primer nivel se equivocó cuando decidió no reconocerle en favor de los procesados la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, porque en sentir de los apelantes en el proceso existían suficientes elementos de juicio con los que se demostraban que los procesados si se podían hacer merecedores de dicha pena sustitutiva, tales como el arraigo domiciliario, el ejercicio de un trabajo digno y de una profesión licita.

De igual forma, manifestaron los apelantes que el *A quo* fundamentó su decisión negativa con base en las disposiciones consagradas en la ley # 1.709 de 2.014, normatividad que por ser odiosa a los intereses de los procesados no era la aplicable, y por favorabilidad se debió acudir a lo consignado en la Ley # 1.474 del 2.011, en consonancia con el articulo 314 C.P.P. la cual en su artículo 13 no consagra excepciones para que las personas que se allanen a los cargos puedan hacerse merecedoras de la prisión domiciliaria, lo que ocurre en la aludida ley # 1.709 de 2.014.

Finalmente, adujeron los apelantes que la negativa del *A quo* de conceder el sustituto, contrariaba las disposiciones del artículo 44 de la Carta, las cuales le daban una mayor preponderancia al interés superior de los niños, por lo que a los encartados se le debió haber reconocido la condición de padres cabeza de familia.

Acorde con la tesis de la discrepancia propuesta por los recurrentes, la Sala avizora que en esencia lo que pretenden es el reconocimiento de la pena de prisión domiciliara en favor de los Procesados en dos modalidades diversas: la básica y la relacionada con las condiciones de padre/madre cabeza de familia, las cuales exigen requisitos completamente diferentes para su procedencia.

Así tenemos que los apelantes abogan por el reconocimiento de la pena básica de la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38 C.P. pero argumentan que para su concesión no se debió acudir a las disposiciones consagradas en la ley 1.709 de 2.014 que modificaron dicha norma, sino, por ser más favorables a los intereses del procesado, debieron ser aplicadas aquellas que se encuentran consignadas en la Ley 1.474 del 2.011, las que en sentir del apelante no consagran las excepciones y restricciones exigidas por la ley 1.709 de 2.014 para la procedencia de la pena sustitutiva.

Para la Sala los reclamos formulados en tales términos por los recurrentes son equivocados, porque en lo que tiene que ver con el escenario de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, en momento alguno las disposiciones consagradas en la Ley # 1.474 del 2.011 son más favorables que las reguladas en la Ley # 1.709 de 2.014, y más por el contrario ante un conflicto de normas en el tiempo, esta última ley por favorabilidad seria la llamada a primar, por lo siguiente:

* La ley # 1.474 del 2.011 en su artículo 13, al igual que lo hizo la Ley # 1.709 de 2.014 en su artículo 32, consignó una serie de delitos para los que estaban prohibidos la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, entre los que coincidencialmente se encontraban *“Los delitos contra la administración pública”*, interés jurídicamente protegido del cual hace parte uno de los reatos por los que se declaró la responsabilidad criminal de los procesados, o sea el delito de Peculado por Apropiación.
* La ley # 1.474 del 2.011 en momento alguno modificó el requisito objetivo para la procedencia de la prisión domiciliaria, el cual para ese entonces siguió siendo el mismo: *«Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos…..».* Mientras que la Ley # 1.709 de 2.014 si varió tal requisito objetivo, al ampliar su radio de acción, puesto que el mismo quedó circunscrito al evento en el que *«la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos….».*
* A partir de la entrada en vigencia de la Ley # 1.709 de 2.014 se abrogaron los requisitos subjetivos que en el pasado se exigían para la procedencia de la prisión domiciliaria, los cuales fueron reemplazados con la acreditación del arraigo familiar y social del reo.

Por lo tanto, pese a todo lo dicho por los apelantes respecto del arraigo profesional, familiar, laboral y social de los encausados, para la Sala no estarían llamados a prosperar los reclamos formulados en tales términos para que a los Procesados se les reconozca, en su modalidad básica, la pena de la prisión domiciliaria, según aplicación por favorabilidad de la normatividad consagrada en la ley # 1.474 del 2.011, porque de aplicarse las modificaciones que a esa clase de pena sustitutiva les introdujeron ya sea la ley # 1.474 del 2.011 o la Ley # 1.709 de 2.014, de todas formas los Procesados no ser harían acreedores del subrogado, porque: a) No se cumplía con el factor objetivo, en atención a que muchos de los delitos por los cuales los Procesados se allanaron a los cargos son sancionados con penas mínimas que exceden los montos exigidos por las leyes de marras; b) Uno de los delitos por los que se declaró la responsabilidad penal de los acusados: el peculado por apropiación, en ambas leyes se encuentra dentro del listado de reatos para los cuales está prohibido la concesión del aludido sustituto.

De igual forma, los apelantes claman para que a los Procesados les sea subrogada la pena de prisión por prisión domiciliaria por detentar los acriminados la condición de padre/madre cabeza de familia, pero es de anotar, tal y como lo expuso el Juez *A quo* en las providencias confutadas, que en el presente asunto no se cumplían las condiciones para que los Procesados pudieran ser considerados como padres/madres cabezas de familia a pesar de tener progenie, porque la razón de ser de dicha pena sustitutiva no es para favorecer al procesado o condenado sino el procurar la protección del menor de edad y de esa forma precaver que no quede desamparado o expósito como consecuencia de la privación de la libertad de la persona llamada a brindarle protección, custodia o cuidado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido de la siguiente opinión:

*“La finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio…”[[7]](#footnote-7).*

Lo antes expuesto nos quiere decir que le asiste la obligación al interesado de hacerse acreedor de la pena sustitutiva de demostrar que tiene unos menores de edad o personas discapacitadas bajo su manutención, custodia y cuidado, y que no existe otra u otras personas que puedan reemplazarlo o relevarlo en dicho rol en caso que sea privado de la libertad, lo cual a su vez conllevaría a que lo menores de edad queden expósitos o en la inopia.

A pesar de ser cierto que una de las finalidades que se persigue con la presente modalidad de la pena de prisión domiciliaria es procurar la protección de los menores de edad, ello no quiere decir, como lo alegan los recurrentes, que en este escenario, como consecuencia de garantizar la prevalencia del interés superior del menor, por el simple hecho de que un procesado sea padre de unos menores de edad, de manera automática se le deba reconocer la prisión domiciliaria, pues pensar de tal manera seria trastocar el principio consagrado en el artículo 44 de la Carta en una fuente de abusos y de arbitrariedades, que para nada se conduele con la ponderación que debe hacer el fallador de instancia en cada caso en concreto frente a otros factores, tales como el cumplimiento de los principios y de las funciones de las penas.

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

*“A lo anterior se suma que los argumentos del censor son desacertados, porque la condición de madre cabeza de familia no habilita automáticamente la procedencia de la prisión domiciliaria, pues también es necesario examinar el requisito subjetivo, tal como lo establece la normatividad que regula la figura jurídica.*

*(::::)*

*Igualmente, esta Corporación ha precisado que la prevalencia del interés superior de los niños tampoco releva al operador judicial de comprobar los requisitos exigidos por el legislador, en cuanto no constituyen valores absolutos que deslegitimen los fines constitucionales del mecanismo sustitutivo.*

*(::::)*

*Esos derroteros fueron atendidos por el Tribunal al resolver las mismas réplicas, pues sin desconocer que MARGOTH POLANCO MENESES es madre de dos menores de edad que se encuentran al cuidado de ella, según se acreditó por la defensa, sin oposición de la Fiscalía, y que la Ley 750 de 2002 propende por efectivizar la prevalencia de los derechos de los menores, también advirtió que la condición de madre cabeza de familia no se puede convertir en «un blindaje contra la facultad sancionadora del Estado»…”[[8]](#footnote-8).*

A lo expuesto en los párrafos anteriores, se hace necesario aunar que la modalidad de la prisión domiciliaria por detentar el reo las condiciones de padre o madre cabeza de familia debe ser respetuosa y encontrarse en congruencia con los fines y funciones de la pena, en especial con los fines de prevención general y prevención especial, porque reiteramos en esencia se trata de una pena que funge como sustitutiva de la pena de prisión.

Para ratificar la anterior afirmación, solo basta con acudir a lo que sobre ese tópico ha dicho la Corte de la siguiente manera:

*“Por lo tanto, la privación de la libertad en el lugar de residencia del procesado en razón de su condición de padre o madre cabeza de familia no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad, es decir, aquellas en las cuales el derecho reconocido del menor afecta de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena, todo ello dentro del ámbito de los objetivos que el derecho penal imponga por mandato constitucional en el caso concreto…”[[9]](#footnote-9).*

Así las cosas, colige la Sala que son dos los fines que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador al momento de mutar una pena de prisión por prisión domiciliaria por detentar el enjuiciado la condición de padre o madre cabeza de familia: a) La protección de los derechos de los menores de edad o los discapacitados; b) El respeto de los fines y funciones de las penas.

Al aplicar lo antes expuesto en el caso *subexamine*, observa la Sala que el *A quo* estuvo acertado cuando decidió negar la concesión del sustituto cuya aplicación claman los recurrentes, porque en efecto los presuntos beneficiarios de la pena sustitutiva no lograron demostrar que tenían de manera exclusiva bajo su cuidado y protección unos hijos menores de edad o discapacitados, quienes estarían expuestos al abandono por no haber o existir en el mundo persona alguna que los reemplazara en tal misión, ya que era claro que existían otras personas o familiares que podían hacerse cargo de la custodia y la manutención de los menores de edad durante el tiempo en el que los procesados permanezcan recluidos en un establecimiento penitenciario purgando la pena de prisión.

A lo anterior se le debe sumar la modalidad en la cual fue perpetrada la conducta punible por la que se pregonó la responsabilidad criminal de los encausados con las funciones de la pena, seria valido colegir que los procesados no pueden hacerse acreedores a la pena sustitutiva a pesar de detentar la eventual condición de padre o madre cabeza de familia, porque se le estaría enviando un difuso e incorrecto mensaje a la comunidad y a la sociedad en general, que generaría una sensación de malestar e impunidad, en el sentido que las personas que cometen delitos graves que han generado una gran daño y una alarma social, resultan “*premiadas”* con la prisión domiciliaria al acudir a la estratagema de escudarse en sus hijos menores de edad, de quienes no se acordaban cuando perpetraban tan reprochables conductas, para así para hacerle el quite a la prisión intramural y de esa forma poder salirse con las suyas.

Finalmente, observa la Sala que los apelantes cimentaron la tesis de sus discrepancias propuestas en contra del fallo adiado el 27 de febrero del 2.015 y de la providencia interlocutoria que data del 7 de marzo hogaño, con base en las disposiciones consagradas en el # 5º del articulo 314 C.P.P. las cuales regulan la detención domiciliaria, por fungir el procesado como padre o madre cabeza de familia, como sustituto de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Para la Sala la argumentación con la cual los recurrentes pretenden hacer valer su inconformidad, no sería procedentes ni puede ser de recibo, debido a que se soporta en un fundamento errado, ya que si tenemos en cuenta que la privación de la libertad de los procesados resultó ser una consecuencia de la sentencia condenatoria, es claro que acorde con la sistemática procesal, a partir del momento en el que se dicta la sentencia, cualquier tipo de medidas de aseguramiento pierden vigencia para dar paso al escenario de las penas[[10]](#footnote-10), las cuales se rigen por unos principios y unas funciones completamente diferentes de aquellas que orientan a las medidas de aseguramiento. Por ello, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, se tiene establecido que una cosa es la medida de aseguramiento sustituta de la detención domiciliaria y otra cosa distinta es la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, como bien lo ha hecho saber de vieja data la Corte de la siguiente manera:

*“Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.*

*Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.*

*Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos en el artículo 4º del Código Penal -Ley 599 de 2000.*

*La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.*

*Es decir, en la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004…”[[11]](#footnote-11).*

Por lo tanto, por ser errados, en este estadio procesal no pueden ser de recibo la tesis de la discrepancia propuesta por los recurrentes, debido a que de manera equivocada están pretendiendo asimilar los fines de las medidas de aseguramiento con los fines de las penas.

En resumidas cuentas, considera la Colegiatura que el *A quo* estuvo atinado en las decisiones opugnadas, porque en efecto, contrario a los reparos formulados por los recurrentes, no se cumplían con los requisitos necesarios para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria ni estaban dados los supuestos para que los Procesados pudieran ser considerados como padres/madres cabeza de familia.

**5º) Los cargos relacionados con la dosificación de las penas.**

Mediante el presente cargo los recurrentes reprochan el monto de las penas impuestas a los Procesados en el fallo confutado, las cuales catalogan como inmotivadas, descomedidas, desproporcionadas e irrazonables, razón por la que abogan por unas penas cuyo *quantum* sea menor.

Frente a lo anterior, la Sala es de la opinión que el *A quo* al dosificar las penas impuestas a los procesados en momento alguno incurrió en los yerros denunciados por los apelantes, y más por el contrario, además de motivar su decisión, los montos de las penas impuestas resultan ser consonantes con los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad por lo siguiente:

* Se dice que el Juez de primer nivel no motivo el fallo en lo que tenía que ver con la dosificación de las penas impuestas, lo cuales es falso, porque el *A quo* si le ofreció una explicación razonable y plausible a las partes respecto de las razones o motivos por las cuales, después de escoger atinadamente el cuarto mínimo de punibilidad en el que se ubicaría, decidió acudir a los extremos máximos del cuarto de punibilidad elegido, para lo cual adujo, entre otros argumentos, *“la gravedad de la conducta, el daño creado, el cual estaba relacionado con la actividad de defraudar al Estado mediante el apoderamiento de dineros que estaban destinados a la inversión social, lo que puso en riesgo a todo el conglomerado social…..”*.
* No es cierto que al partir el *A quo* de los limites superiores del primer cuarto de punibilidad, las penas impuestas a los Procesados contravengan los postulados que orientan los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad. Para poder llegar a dicha conclusión se hace necesario tener en cuentas que dichos principios propenden por procurar por un punto de equilibrio entre la pena y el delito, para que de esa forma exista una especie de relación de correspondencia o de consonancia entre el monto de la pena, la gravedad del delito y el grado de participación que tuvo en el sujeto agente en su comisión, y así evitar que la sanción punitiva se erija en fuente de abusos y de arbitrariedades.

Luego, si tenemos en cuenta la naturaleza de los múltiples delitos endilgados a los procesados, su grado de participación, el daño patrimonial y social causado, la alarma social generada, la forma tan soterrada y elaborada como se perpetraron los reatos, al ponderar tales factores, acorde con los postulados que orientan los aludidos principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, era válido que al momento de dosificar las penas a imponer se partiera o acudiera a los extremos máximos del cuarto de punibilidad elegido, que en el presente asunto resultó ser el primer cuarto de punibilidad.

De igual forma, considera la Colegiatura que no pueden ser de recibo los reproches formulados por los recurrentes respecto al incremento punitivo del 24,64% con el cual el *A quo* decidió incrementar la pena impuesta por el delito base o de mayor gravedad, ya que tal adición punitiva es respetuosa de las reglas consagradas en el artículo 31 C.P. que orientan la dosificación de las penas en caso de presentarse un concurso de conductas punibles, las cuales condicionan que ese incremento de *“hasta otro tanto”*, no puede ser superior a la suma aritmética de las penas imponibles para los demás delitos individualmente considerados, ni superar el doble de la sanción en concreto de la conducta más grave[[12]](#footnote-12).

En el presente asunto es claro que el monto de los incrementos punitivos escogidos por el *A* quo, además de ser proporcionales con la gravedad de las conductas perpetradas por los Procesados, o sea el del 24,64%, en momento alguno excedía la suma aritmética de las penas de cada uno de los reatos por los cuales los acriminados se allanaron a los cargos ni el doble de la pena tasada para el delito base.

Siendo así las cosas, considera la Sala que las penas dosificadas por el *A quo* no pueden ser catalogadas de arbitrarias, desproporcionadas e ilegales, en atención a que las mismas se encontraban en consonancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a lo que se debe aunar que el Juez de primer nivel aplicó en debida forma los criterios para tasar las penas a imponer en los eventos en los que se esté en presencia de un concurso de conductas punibles.

**6º) La alzada interpuesta por el representante del Ente Acusador.**

El reclamo formulado por el Fiscal Delegado en contra del fallo confutado, tiene que ver con la determinación del *A quo* de no condenar a los Procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO a pagar la pena de multa que les correspondería sufragar como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal por incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, decisión que se fundamentó en el argumento consistente en que en el proceso no existían suficientes elementos de juicio que permitieran determinar con precisión a cuanto ascendió el incremento patrimonial ilícito percibido por los aludidos Procesados.

Dicha decisión ha sido cuestionada por el apelante, por ser contraria a la realidad probatoria, porque en su sentir de la misma si se desprendía el monto de los ilícitos incrementos patrimoniales percibido por los Procesados, aunado a que en el fallo opugnado no se tuvo en cuenta que los encausados participaron en la comisión del delito para propiciar el enriquecimiento ilícito de terceras personas, siendo en este caso aquellas que lideraban a la banda de defraudadores.

Para ofrecer una solución al anterior cargo, la Sala como punto de partida tendrá en cuenta que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el artículo 327 C.P. consagrada dos tipos de penas principales: una pena de prisión, y una pena de multa, la cual corresponde «*al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a 50.000 s.m.m.l.v.»* De igual de la descripción de la conducta típica del reato de marras, se tiene que la obtención del incremento patrimonial no justificado, se puede dar en dos eventos: en beneficio propio, o sea de quien funge como sujeto agente, o en beneficio de un tercero.

En el caso en estudio vemos que la Fiscalía le endilgó cargos a los Procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO, por incurrir, en calidad de coautores, en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, el cual se llevó a cabo en beneficio propio y de terceros. Pero es de anotar que si bien es cierto que de los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía se desprende que efectivamente los Procesados, mediante el empleo de sociedades que se pueden catalogar como de fachada, participaron en el entramado criminal con el que consiguieron esquilmar patrimonialmente a la *DIAN*, también es cierto, como atinadamente lo adujo el *A quo,* que en el proceso no existen pruebas que demuestren de manera específica en cuanto correspondió el incremento patrimonial que de manera directa fue percibido por cada uno de los Procesados como consecuencia de su participación en las delincuencias perpetradas en contra de la *DIAN.*

Por lo tanto, ante la ausencia de prueba que indique a cuando ascendía el incremento patrimonial que ilícitamente percibieron en su propio beneficio los procesados, vemos que en lo que atañe con la dosificación de la pena principal de multa, se estaba ante una sin salida, si se tiene en cuenta que acorde con lo dicho con antelación, la imposición de dicha pena esta inescindiblemente asociada con la tasación de la cantidad de dinero con la cual el sujeto agente haya logrado acrecentar ilícitamente su patrimonio.

Tal situación, en un principio nos hace colegir que el *A quo* estuvo atinado cuando se abstuvo de condenar a los procesados a la pena de multa, porque, se reitera, en el proceso no existe prueba que demuestre a cuanto ascendía el monto del incremento patrimonial que los procesados obtuvieron en su propio beneficio.

Pese a lo anterior, no puede desconocer la Colegiatura que la Fiscalía también les endilgó cargos a los aludidos Procesados por incurrir, en calidad de coautores, en la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros, siendo esos terceros, que fungirían como beneficiados, los hermanos CARLOS ALBERTO y EDGAR VÉLEZ FRANCO[[13]](#footnote-13); lo cual, según lo aludido y acreditados por la Fiscalía se presentó de la siguiente manera:

* La procesada MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR, en su calidad de representante legal de la sociedad *Chatarras del Magdalena*, durante los años 2.009 y 2.010 de manera fraudulenta gestionó ante la *DIAN* unas peticiones de devolución del *I.V.A.* con las que obtuvo la suma global de **$4.782.898.000** la cual terminó en las arcas de EDGAR VÉLEZ FRANCO, quien era el verdadero propietario de la aludida sociedad Chatarras del Magdalena.
* El procesado HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ, mediante la sociedad *Metales Velhec S.A.S.* simulaba fungir como supuesto proveedor de desechos metálicos, material ferroso y chatarra a las sociedades *Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda; Chatarras del Magdalena y Recuperadora Quintero Ltda,* las cuales a su vez con base en los documentos con los que se pretendían acreditar las ventas fictas que esa sociedad les hacía con el cobro del impuesto del *I.V.A.* en el periodo comprendido entre los años 2.007 al 2.009 de manera fraudulenta consiguieron que la *DIAN* les cancelara la suma de **$9.774.3640.000,oo** por concepto de devolución del *IVA.*
* El procesado KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA, mediante la sociedad *KV Metales S.A.S* simulaba fungir como supuesto proveedor de desechos metálicos, material ferroso y chatarra a las sociedades *Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda y Recuperadora Quintero Ltda,* las cuales a su vez con base en los documentos con los que se pretendían acreditar las ventas fictas que esa sociedad les hacía con el cobro del impuesto del *I.V.A.* en el periodo comprendido entre los años 2.007 al 2.009 de manera fraudulenta consiguieron que la *DIAN* les cancelara la suma de **$4.148.470.000,oo** por concepto de devolución del *IVA.*
* El Procesado JULIO CÉSAR TORO VÉLEZ, mediante la sociedad *Reciclajes “El Torito”* simulaba fungir como supuesto proveedor de desechos metálicos, material ferroso y chatarra a la sociedad *Chatarras del Magdalena*, las cuales a su vez con base en los documentos con los que se pretendían acreditar las ventas fictas que esa sociedad les hacía con el cobro del impuesto del *I.V.A.* en el periodo comprendido en el año 2.009 de manera fraudulenta consiguieron que la *DIAN* les cancelara la suma de **$4.686.923.000,oo** por concepto de devolución del *IVA.*
* JOHN ALEXÁNDER CARDONA VÉLEZ, mediante la sociedad *Desechos y Desperdicios Metálicos JACV S.A.S.* simulaba fungir como supuesto proveedor de desechos metálicos, material ferroso y chatarra a las sociedades *Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda Recuperadora Quintero Ltda* y *Chatarras del Magdalena*, las cuales a su vez con base en los documentos con los que se pretendían acreditar las ventas fictas que esa sociedad les hacía con el cobro del impuesto del I.V.A. en el periodo comprendido entre los años 2.008 al 2.009 de manera fraudulenta consiguieron que la DIAN les cancelara la suma de **$8.594.495.000,oo** por concepto de devolución del IVA.
* PAULO CÉSAR MONTOYA ACEVEDO, mediante la sociedad *Recopiladora de Desechos Don Pablo S.A.S.* simulaba fungir como supuesto proveedor de desechos metálicos, material ferroso y chatarra a las sociedades *Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda*; *Recuperadora Quintero Ltda y Chatarras del Magdalena*, las cuales a su vez con base en los documentos con los que se pretendían acreditar las ventas fictas que esa sociedad les hacía con el cobro del impuesto del I.V.A. en el periodo comprendido entre los años 2.008 al 2.010 de manera fraudulenta consiguieron que la DIAN les cancelara la suma de **$5.333.947.000,oo** por concepto de devolución del IVA.

Por lo tanto, estando acreditado que los antes enunciados Procesados participaron en calidad de coautores en la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceras personas, terceros estos que como consecuencia de los fraudes perpetrados en contra de la *DIAN,* de manera ilícita obtuvieron unos incrementos patrimoniales no justificados, es claro que en el escenario de la pena de multa los procesados debían asumir el pago de las sumas de dinero que como consecuencia de su colaboración y del fin perseguido por la misma consiguieron que llegaran a las alforjas de esos terceros, que en el presente asunto serían los hermanos CARLOS ALBERTO y EDGAR VÉLEZ FRANCO, quienes fungirían como los verdaderos representantes de las Sociedades *Comercializadora Metalífera del Occidente Ltda; Chatarras del Magdalena y Recuperadora Quintero Ltda,* las cuales, acorde con lo acreditado por parte del Ente Acusador, fueron utilizadas para la devolución del impuesto del *I.V.A.* que supuestamente le pagaban a los materiales y desechos ferrosos que fictamente los procesados de manera periódica le suministraban o proveían.

Siendo así las cosas, al estar acreditado el monto de los ilícitos incrementos patrimoniales que percibieron terceras personas como consecuencia de la participación de los Procesados MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR; HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ; KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA; JULIO CESAR TORO VÉLEZ; JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ y PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, la Sala revocará la decisión del *A quo* de exonerar a los Procesados de marras de pagar la pena de multa, quienes en consecuencia serán condenados al pago de los siguientes sumas de dinero por concepto de la aludida pena de multa:

* MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR: Deberá cancelar la cantidad de $9.565.796.000 equivalente el doble de la suma de $4.782.898.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la *DIAN.*
* HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ: Deberá cancelar la suma de $19.548.728.000 equivalente el doble de la suma de $9.774.364.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la *DIAN.*
* KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA: Deberá cancelar la suma de $8.29.694.000 equivalente el doble de la suma de $$4.148.470.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la DIAN.
* JULIO CESAR TORO VÉLEZ: Deberá cancelar la suma de $ 9.373.846.000 equivalente el doble de la suma de $4.686.923.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la DIAN.
* JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ: Deberá cancelar la suma de $17.188.990.000 equivalente el doble de la suma de $8.594.495.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la DIAN.
* PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO: Deberá cancelar la suma de $10.667.894.000 equivalente el doble de la suma de $5.333.947.000 con la cual colaboró para que terceros defraudaran a la DIAN.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto de las apelaciones interpuestas por los Letrados Defensores, tanto el contenido de la sentencia proferida por el Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Pereira en las calendas del 27 de febrero del 2.015, como lo resuelto y decidido por ese Despacho en la providencia interlocutoria adiada el 7 de marzo hogaño.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia proferida el 27 de febrero del 2.015, por el l Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de esta localidad, en el sentido de ordenar la cancelación de la personería jurídica de las siguientes sociedades mercantiles: Chatarras del Magdalena; Recuperadora Quintero Ltda; la Comercializadora internacional C.I. *Recovery* C&V SAV, y AV Comercializadora de Metales EU.

**TERCERO: REVOCAR** el fallo opugnado en todo aquello relacionado con la exoneración efectuada en favor de los Procesados de pagar la pena de multa que le correspondería sufragar por haber sido declarados penalmente responsables de incurrir en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, y en consecuencia se les condenará a las siguientes sumas de dinero por concepto de la pena de multa, así: a) **MARÍA HELENA GÓMEZ SALAZAR**: Deberá cancelar la cantidad de nueve mil quinientos sesenta y cinco millones setecientos noventa y seis mil pesos ($9.565.796.000); b) **HÉCTOR GARCÍA VÉLEZ**: Deberá cancelar la suma de diecinueve mil quinientos cuarenta y ocho millones setecientos veintiocho mil pesos ($19.548.728.000); c) **KEVIN ÁLVARO VÉLEZ GARCÍA**: Deberá cancelar la suma de ocho mil doscientos noventa millones seiscientos noventa y cuatro mil pesos ($8.290.694.000); d) **JULIO CÉSAR TORO VÉLEZ**: Deberá cancelar la suma de nueve mil trecientos setenta y tres millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos ($ 9.373.846.000); e) **JOHN ALEXANDER CARDONA VÉLEZ**: Deberá cancelar la suma de diecisiete mil ciento ochenta y ocho millones novecientos noventa mil pesos ($17.188.990.000) y f) **PAULO CESAR MONTOYA ACEVEDO**: Deberá cancelar la suma de diez mil seiscientos sesenta y siete millones ochocientos noventa y cuatro mil pesos ($10.667.894.000).

**CUARTO**: **DECLARAR** que en contra de la presente decisión 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

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Es de anotar que uno de los apelantes fue muchos más allá, al solicitar la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución de los Procesados. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de noviembre de 2015. SP16789-2015. Rad. # 45511. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de abril de 2012. Rad. # 38.020. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras: Sentencia del 4 de mayo de 2.006. Rad. # 24531; Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. # 26818; Sentencia del 20 de enero de 2016. SP136-2016. Rad. # 35787. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de resaltar que esta sociedad en esencia fungía como proveedora de residuos metálicos y ferrosos. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de septiembre de 2.016. SP13157. Rad. # 48453. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional: Sentencia C-154 del siete (7) de marzo de 2007. M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 29 de junio de 2016. AP4170-2016. Rad. # 47078. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de junio de 2.011. Rad. # 35943. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-9)
10. Es de anotar que por obra y gracia de lo resuelto y decidido en las audiencias preliminares llevadas a cabo ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, al momento de la definición de la situación jurídica, a los Procesados no se les impuso ningún tipo de medidas de aseguramiento. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Auto del 31 de marzo 2008. Rad. # 29082. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver entre otras: Sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. # 15868 y Sentencia del 16 de abril de 2008. Rad. # 25304. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sin descartar que detrás de ellos estaba la Sra. BLAHCA JAZMÍN BECERRA SEGURA, quien por intermedio de la sociedad *“R & B Consultores y Asesores”,* fue la encargada de orquestar toda la empresa criminal. [↑](#footnote-ref-13)